

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO  
2 / 2021

APRILE - GIUGNO

## Il Consiglio di Stato si pronuncia per la prima volta sulla legittimazione ad agire dell'Anac ex art. 211 del Codice dei contratti pubblici

*Carola Audisio*

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-23

*Con la sentenza n. 6787 del 3 novembre 2020 il Consiglio di Stato riconosce ed analizza la legittimazione ad agire dell'Autorità nazionale anticorruzione, in seguito alla modifica normativa dell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici (con d.lgs. n.56/2017) che ha introdotto i commi 1-bis e 1-ter alla predetta disposizione.*

***The Council of State rules for the first time on the National Anti-Corruption Authority's legitimacy to act under Article 211 Code of the public contracts***

*With decision no. 6787 of November 3, 2020, the Council of State recognizes and analyzes the legitimacy of the National Anti-Corruption Authority to act, following the legislative amendment of art. 211 of the Code of public contracts (Legislative Decree no. 56/2017) which introduced paragraphs 1-bis and 1-ter to the aforementioned provision.*

Con la sentenza che qui si segnala<sup>[1]</sup>, il Consiglio di Stato riconosce la legittimazione attiva all'impugnazione degli atti di gara da parte di Anac, nei casi in cui – come in quello oggetto della pronuncia – ha emesso un parere motivato segnalando alla Stazione appaltante le gravi violazioni riscontrate in materia di appalti e, a fronte del rifiuto da parte dell'Amministrazione di conformarvisi entro il termine assegnato dall'Anac stesso, ha impugnato gli atti ritenuti illegittimi.<sup>[2]</sup>

Nella controversia in esame, la società ricorrente (la quale detiene il 25 delle quote sociali della società consortile) ha appellato la sentenza di primo grado – con cui il

T.A.R. Lombardia aveva accolto il ricorso di Anac fondato su una serie di illegittimità degli atti della procedura di gara indetta dalla società consortile – sostenendo, per quanto qui rileva, l’inammissibilità del ricorso introduttivo di Anac per difetto di legittimazione *ex lege* all’impugnazione degli atti di gara.<sup>[3]</sup>

Quanto al quadro giuridico di riferimento, occorre preliminarmente evidenziare che, secondo l’art. 211 del d. lgs. n. 50 del 2016, la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo è conferita all’Anac secondo due modalità distinte: la prima attribuisce all’Autorità il potere di «*agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*» (art. 211, comma 1-*bis*); la seconda invece è preceduta dall’emissione di un parere motivato da parte dell’Autorità, indicante alla Stazione appaltante le «*gravi violazioni*» che viciano i provvedimenti oggetto di esame e contenente un invito all’Amministrazione a conformare la propria attività al predetto parere, e solo «*se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall’ANAC, [questa] può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo*» (art. 211, comma 1-*ter*).

La disposizione di rango legislativo è stata poi attuata con un apposito Regolamento dell’Anac citato in nota, che disciplina l’esercizio della legittimazione all’impugnazione degli atti di gara da parte dell’Autorità con riferimento ad entrambe le modalità previste dal Codice dei contratti pubblici. In particolare, riguardo alla prima modalità, detto Regolamento definisce le fattispecie che integrano «*i contratti a rilevante impatto*» (art. 3) e le categorie di atti impugnabili (art. 4); riguardo alla seconda, lo stesso elenca tassativamente le ipotesi di «*gravi violazioni delle norme in materia di contratti pubblici*» (art. 6), specifica il procedimento per l’emissione del parere motivato (art. 8), i rapporti con la stazione appaltante (art. 9) ed i termini per la proposizione del ricorso (art. 10).<sup>[4]</sup>

Come segnalato dal Consiglio di Stato, «*in entrambe le ipotesi la motivazione della decisione dell’Autorità di agire in giudizio deve rendere conto della sussistenza dei presupposti ricavabili dall’art. 211 del Codice dei contratti pubblici e, nei termini in cui siano conformi, dalle disposizioni regolamentari citate, dalle quali, peraltro, non si evincono ulteriori elementi cui sia condizionato l’esercizio del*

*potere di azione attribuito all'Anac».*<sup>[5]</sup>

Una simile conclusione non può essere messa in discussione, come sostenuto dall'appellante, includendo tra i presupposti normativi cui l'Autorità deve dare considerazione, anche la dimostrazione della sussistenza degli elementi tipici dell'autotutela amministrativa di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. Infatti, il Consiglio di Stato chiarisce che la norma primaria non subordina il potere di agire dell'Anac a ulteriori valutazioni che investano le ragioni di interesse pubblico, specifico e concreto, all'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato come previsto per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. Ciò vale non solo per l'ipotesi di ricorso diretto nei confronti degli atti di gara relativi a contratti a rilevante impatto, ma anche per l'ipotesi del ricorso preceduto da parere cui la Stazione appaltante non ha conformato la propria attività.

Tale parere infatti è certamente volto a sollecitare l'eliminazione delle violazioni riscontrate, ma non per questo «è riconducibile all'ambito degli strumenti di autotutela, posto che non ha natura vincolante per l'amministrazione destinataria e nemmeno crea un obbligo di agire in autotutela e in conformità al suo contenuto (come, invece, prevedeva l'art. 211, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, per la "raccomandazione vincolante" dell'Anac, al cui mancato adeguamento seguiva l'applicazione di una sanzione pecuniaria: disposizione abrogata dall'art. 123, comma 1, lett. b), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)».<sup>[6]</sup>

Inoltre, si consideri che la pronuncia in oggetto non si discosta dall'orientamento espresso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel pronunciarsi sullo schema di regolamento per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 del Codice dei contratti, che aveva qualificato il parere di cui al comma 1-*ter* come un «atto privo di natura provvedimentale, trattandosi di un atto di sollecitazione all'eventuale autonomo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante».<sup>[7]</sup>

Tornando al caso di specie, secondo il Consiglio di Stato, le delibere dell'Autorità illustrano in maniera adeguata ed esaustiva le ragioni che hanno portato alla proposizione del ricorso con riguardo ai presupposti legittimanti previsti dall'art. 211 cit. e dal relativo Regolamento, sia in relazione al comma 1-*ter*, in seguito all'inadempimento della Stazione appaltante nel conformarsi al parere a lei

indirizzato, sia in relazione al comma 1-*bis*, in ragione del rilevante valore del contratto.<sup>[8]</sup>

Peraltro, non si giustifica la necessità di una particolare motivazione della decisione di agire in giudizio da parte dell'Anac. Infatti, la legittimazione attribuita ad Anac è volta a prevenire illegittimità nel settore dei contratti pubblici, con particolare riferimento all'impugnazione dei bandi e degli altri atti generali, in relazione a «*gravi violazioni*» del Codice dei contratti pubblici.

Così configurata, la predetta legittimazione non può essere qualificata dunque come legittimazione eccezionale o straordinaria rispetto al criterio con cui si identifica l'interesse ad agire o a ricorrere – dato dal collegamento dell'interesse a ricorrere con la titolarità (o l'affermazione della titolarità) di un interesse tutelato dall'ordinamento sul piano sostanziale. Infatti, sussiste certamente un collegamento tra l'Autorità e gli interessi che la legge affida alla sua cura, i quali non hanno ad oggetto la sola tutela della concorrenza ma sono volti a prevenire specifiche illegittimità nel settore dei contratti pubblici, e ciò indipendentemente da iniziative dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di gara.<sup>[9]</sup>

Tale ultimo punto era peraltro già stato messo in luce dall'Adunanza Plenaria la quale aveva precisato come l'Autorità agisce nell'interesse della legge mentre il partecipante alla gara agisce nel proprio esclusivo interesse, volto primariamente ad ottenere il bene della vita connesso all'aggiudicazione e dunque non necessariamente coincidente con quello pubblicistico affidato ad Anac.<sup>[10]</sup>

La *ratio* della legittimazione è dunque da rinvenirsi nella tutela degli interessi particolari e differenziati, di natura pubblica, di cui l'Autorità è portatrice, legati alla corretta applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici e, di conseguenza, della piena ed effettiva realizzazione degli obiettivi posti dal legislatore con la citata disciplina, consentendo alla stessa di agire al fine di ristabilire la legalità violata a prescindere dall'iniziativa di singoli concorrenti che lamentino una lesione diretta e immediata della loro sfera giuridica.<sup>[11]</sup>

È interessante infine considerare che la legittimazione attiva di Anac si inserisce nel solco di altre fattispecie di fonte legislativa che hanno riconosciuto alle autorità indipendenti il potere di agire in giudizio (si vedano, ad esempio, l'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990 per l'Agcm; e, più recentemente, l'art. 36, comma 2, lett. m) e n), del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla

legge 24 marzo 2012, n. 27, per l'Autorità di regolazione dei trasporti).<sup>[12]</sup>

In particolare, occorre soffermarsi brevemente sul potere di azione in giudizio dell'Agcm, legittimato a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo contro «*gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela delle concorrenza e del mercato*» (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990).<sup>[13]</sup>

Secondo la giurisprudenza amministrativa, tale potere si snoda in una “*struttura essenzialmente bifasica*” posto che l'art. 21-bis individua una prima fase a carattere consultivo, che concerne l'emissione del parere motivato in cui sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate ed i rimedi da adottare per eliminarle, ed una seconda fase in sede giurisdizionale, la quale tuttavia ha carattere «*solo eventuale*» in quanto «*il ricorso potrebbe anche non essere depositato, nell'eventualità in cui la stessa Amministrazione abbia ritenuto di procedere in autotutela o, ancora, nell'ipotesi in cui l'Agcm consideri esauritivi i chiarimenti e le osservazioni proposte dall'Amministrazione*». <sup>[14]</sup>

Alla luce di tale interpretazione, della quale il Consiglio di Stato con la sentenza qui segnalata ha sancito espressamente l'estensione anche ai poteri conferiti all'Anac, pare potersi concludere che la legittimazione attiva dell'Anac costituisce un'ulteriore ipotesi di applicazione, a livello nazionale, del modello della procedura di infrazione dell'Unione europea.<sup>[15]</sup>

Quest'ultima, come noto, è infatti caratterizzata da due fasi. La fase precontenziosa – attivata dalla Commissione in caso di sospetto dell'inadempimento di obblighi europei da parte di uno degli Stati membri – che si articola in una contestazione diffida, in cui si precisa l'oggetto dell'inadempimento e si invita lo Stato a presentare le proprie osservazioni, ed un parere motivato, in cui la Commissione espone le ragioni alla base del proprio convincimento e fissa un termine allo Stato per conformarsi. Solo nel caso in cui lo Stato interessato non adotti i provvedimenti necessari ad adeguarsi alla disciplina europea e dunque persista nell'inadempimento degli obblighi che gli incombono in base al Trattato, la Commissione propone ricorso avanti alla Corte di Giustizia, aprendo così la fase contenziosa.

1. Cons. Stato, sezione V, 3 novembre 2020, n. 6787.

2. Per una ricostruzione generale dell'istituto si rinvia a S. Tranquilli, *Legittimazione ad*

- impugnare dell'Anac*, in M.A. Sandulli – R. De Nictolis (a cura di) *Trattato sui Contratti pubblici*, vol. V, *Concessioni di lavori e servizi partenariati precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2019; si veda inoltre M. Lipari, *La legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *lamministrativista.it*, 2018/3.
3. T.A.R. Lombardia, sezione II, 3.02.2020, n. 240. Si segnala che questa sentenza rappresenta la prima pronuncia in materia di legittimazione ad agire dell'Anac ex art. 211 del Codice dei contratti pubblici.
  4. *Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.*, approvato il 13.06.2018.
  5. Cons. Stato, n. 6787, *cit.*, punto 8.4.
  6. *Ibidem*, punto 8.5.
  7. Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, sezione affari normativi, n. 1119, 26 aprile 2018, punto III.3.2. Si veda inoltre, in dottrina, E. Romani, *La legittimazione straordinaria dell'Anac: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2019, p. 261 ss.
  8. Cons. Stato, n. 6787, *cit.*, punto 8.7.
  9. Concordi in dottrina, con particolare riferimento all'interesse ad agire dell'Agcm ma proponendo una qualificazione in termini di interesse sostanziale applicabile anche all'interesse ad agire dell'Anac, S. Menchini – A. Motto, *Profili processuali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis L 287/1990: legittimazione ad agire ed oggetto del processo*, in *Concorrenza e Mercato*, 2018, p. 17 ss.
  10. Cons., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto 19.3.5.
  11. Si veda anche T.A.R. Salerno, sezione I, 2 gennaio 2021, n. 1, punto 7. In dottrina, secondo G. Greco, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, l'Anac ha assunto il ruolo di «soggetto garante della legalità del sistema nel suo complesso, chiamato a realizzare e coniugare gli opposti interessi al rapido ed efficace svolgimento delle procedure selettive, al fine della massima esplicazione della concorrenza fra gli operatori del mercato, e alla prevenzione e repressione della corruzione e di tutte le forme di illegalità che possono verificarsi durante dette procedure», divenendo così, secondo M. Ramajoli, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, p. 581 ss., «interprete privilegiato dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle procedure contrattuali».
  12. Per altre ipotesi si rinvia a Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4 del 2018 *cit.*, punto 19.3.4.
  13. Sui poteri dell'Agcm, M. Clarich, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, p. 99 ss.
  14. T.A.R. Toscana, sezione I, 7 dicembre 2017, n. 1521, punto 2; in termini, anche Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2017, n. 1521. In dottrina, M. Ramajoli, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2018, p. 83 ss., precisa che

*«la necessaria fase sollecitatoria che si concretizza nel previo parere-diffida formulato dall’Autorità resta ancora una forma di moral suasion, potenzialmente in grado di eliminare la situazione distortiva. Essa mira ad instaurare un dialogo preliminare con le singole pubbliche amministrazioni interessate, come emerge dal fatto che il ricorso giurisdizionale potrebbe non essere proposto non solo qualora le amministrazioni decidano di adeguarsi ai rilievi dell’Autorità, ma anche nel caso in cui l’Agcm consideri esaustivi i successivi chiarimenti presentati dalle amministrazioni. La Commissione speciale del Consiglio di Stato, sia pure a proposito dei pressoché similari poteri di cui gode l’Anac (art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del Codice dei contratti pubblici), ha parlato di “vigilanza collaborativa” (...)».*

15. G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. II, *Parte speciale*, V ed., Milano, 2019, cap. XX (“il modello comunitario della procedura di infrazione”) p. 403 ss., ove si osserva che *«si tratta di un istituto molto simile a quello dell’art. 21-bis della legge 287/1990 e soprattutto (...) risulta anch’esso un’applicazione (a livello nazionale) del modello della procedura di infrazione (...)».*