CORSO PREPARATORIO AGLI ESAMI DI STATO ETICA E PRATICA PROFESSIONALE DELL'INGEGNERE

(ing. Massimino Cavallaro)

Salerno 03 Luglio 2018

NOTA SULLA VALENZA VINCOLANTE DELLE LINEE GUIDA ANAC

Sebbene le disposizioni che autorizzino l'ANAC ad emanare linee guida siano contenute in un decreto legislativo, questo risulta a sua volta emanato dal Governo in adempimento della delegazione legislativa ricevuta dal Parlamento con la legge 28 gennaio 2016 n.11; la quale, a sua volta, rappresenta lo strumento normativo attraverso il quale lo Stato ha adempiuto, nel rispetto dell'art.11 della Costituzione, agli obblighi comunitari di recepimento delle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

Risulta evidente, quindi, come alla disomogeneità delle fonti considerate corrisponda una chiara diversità di livelli gerarchici.

Infatti, il micro-sistema appare strutturato in forma multilivello risultando coinvolte fonti di rango:
a) costituzionale, trattandosi di decretazione delegata dal Parlamento disciplinata dall'art. 76 Cost.;
b) comunitario, quali le direttive contenenti il sostrato normativo da recepire;
c) primario, tali essendo la legge delega ed il decreto legislativo emanato;
d) secondario, secondo una prima ricostruzione del grado gerarchico attribuibile alla normativa di attuazione del Codice, intesa in senso amplissimo.

L'art. 213 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), nel disciplinare il ruolo e le funzioni dell'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione), le attribuisce una competenza regolamentare di carattere generale, al fine di garantire l'efficienza, la qualità e "la omogeneità dei procedimenti amministrativi" (art. 213, comma 2)1 . Il nuovo Codice, inoltre, rimette all'ANAC l'adozione di provvedimenti attuativi di specifiche disposizioni normative, per lo più in forma di linee guida. Si tratta di atti di "regolazione flessibile" che l'ANAC deve necessariamente adottare per l'operatività del nuovo Codice, in considerazione del carattere tecnico di molte fattispecie. In particolare, il Codice attribuisce all'ANAC poteri di regolazione nelle seguenti fattispecie: a) Disciplina del responsabile unico del procedimento - RUP (art. 31, comma 5); b) Procedure per affidamento contratti sotto soglia e indagini di mercato (art. 36, comma 7); c) Mezzi di prova per la dimostrazione delle circostanze di esclusione (art. 80, comma 13); d) Sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento, requisiti e capacità del concorrente (art. 83, comma 2); e) Livelli standard di qualità dei controlli da parte delle SOA (art. 84, comma 2); f) Limite dell'ottanta per cento per gli affidamenti dei concessionari (art. 177, comma 3); g) Controllo sull'attività dell'operatore economico (art. 181, comma 4); h) Requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione (art. 197, comma 4). Il nuovo Codice dei contratti pubblici, quindi, ha abbandonato il modello del regolamento unico di attuazione, fonte del diritto in senso proprio (cfr. DPR 207/2010, attuativo del vecchio Codice, 1 Più precisamente, l'art. 213 al comma 2 prevede che "L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche" (art. 213, comma 2). 2 d.lgs. 163/20062), e prevede invece l'adozione da parte dell'ANAC di una serie di atti di "regolazione flessibile". Tuttavia, il nuovo Codice non precisa la natura giuridica e il grado di vincolatività di queste linee guida e degli "altri strumenti di regolazione flessibile" adottati dall'ANAC, non soltanto nella previsione generale di cui all'art. 213, comma 2, ma nemmeno nelle singole fattispecie normative sopraelencate.

Pur nella forse fin troppo ampia eterogeneità dei diversi modelli di linee guida, il Consiglio di Stato (con parere della Commissione speciale sul Codice degli appalti 855/2016), ha classificato tre tipologie di linee guida:

All'interno del Codice si possono distinguere

a) atti adottati dall'ANAC, con contenuto di linee guida ma emanati sotto forma di decreti ministeriali previo parere delle competenti commissioni parlamentari.
Ad essi, in linea con l'orientamento consultivo manifestato dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto, la dottrina attribuisce la natura di fonte del diritto di ordine regolamentare;
con l'espresso avviso che: «le amministrazioni e gli enti aggiudicatori sono obbligati a osservare il precetto normativo, senza che alle stesse sia attribuito il potere di disattenderne il contenuto. La violazione dei decreti comporta l'illegittimità (*sic et simpliciter* n.d.r.) del provvedimento attuativo»;
Orbene, risulta agevole la qualificazione delle linee guida di cui al modello n. 1, quali regolamenti ministeriali di cui all'art.17, comma 3, l. 400/1988, con tutte le implicazioni in termini di rispetto delle garanzie procedimentali ivi previste (e nonostante la differente regolazione procedurale contenuta nel decreto legislativo, che si appalesa come un caso evidente di fuga dal regolamento).

b) atti adottati con delibera dell'ANAC ai quali attribuire carattere vincolante *erga omnes*, sotto forma, in particolare, di linee guida; linee guida dirette a dare integrazione e attuazione al Codice (o il Codice attribuisce all'ANAC un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario (norma del Codice), aggiungendo elementi puntuali e di dettaglio, non compatibili con la caratterizzazione, generale e astratta, propria degli atti legislativi) dette linee guida – cd **Linee Guida Vincolanti.**
Le linee guida vincolanti possono essere considerate atti amministrativi generali, appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti (così il Consiglio di Stato, cit.). In tal caso le amministrazioni e gli enti aggiudicatori, ferma la natura di atto amministrativo, sarebbero comunque vincolati alla loro osservazione.

c) atti adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante. Linee guida che si limitano a fornire degli indirizzi, indicando alle stazioni appaltanti gli obiettivi da perseguire - cd **Linee Guida non Vincolanti.**
, la compatibilità con il sistema delle fonti della potestà regolamentare delle Autorità indipendenti, è stata riconosciuta da tempo , benché sprovvista di una specifica copertura costituzionale. Ci si è basati nel legittimare tale attività normativa, difatti, sulla tipologia di interessi costituzionalmente protetti che entrano in gioco (es. concorrenza tra imprese) e sulla tecnicità della normativa in questione (es. definizione del sistema di qualificazione delle imprese, dei requisiti di partecipazione alle gare, delle regole dell'avvalimento e del regime delle SOA)

Il Consiglio di Stato, con parere 1767/2016 del 02.08.2016 (verbale adunanza 1273/2016 del 6.07.2016), ha formulato una distinzione tra "linee guida vincolanti", e "linee guida non vincolanti":

"linee guida vincolanti", che devono essere sempre osservate, tutte le linee guida destinate ad integrare il contenuto del Codice ai fini della sua attuazione;

le "linee guida non vincolanti", sono quelle che si limitano ad una esposizione interpretativa della lettera del Codice o a fornire indicazioni operative per orientare le stazioni appaltanti verso le migliori prassi.
E' richiesta comunque una puntuale motivazione per la loro inosservanza da riportare in motivato provvedimento della PA.

Il Consiglio di Stato con il suindicato parere n.01273 del 2 agosto 2016 ha ritenuto che le "Le linee guida vincolanti" **possono essere considerate atti amministrativi generali, appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti**. Questa particolare natura delle linee guida comporta che, in assenza di un intervento caducatorio (da parte dell'ANAC, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), **le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti conseguenti assunti dalle stazioni appaltanti.**

Questo, nonostante il Consiglio di Stato, nel Parere consultivo numero 01767/2016 reso in data 02/08/2016 abbia rassicurato gli operatori che: «è bene puntualizzare che la "vincolatività" dei provvedimenti in esame non esaurisce sempre la "discrezionalità" esecutiva delle amministrazioni. Occorre, infatti, valutare di volta in

volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali. La particolare natura delle linee guida in esame comporta che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali».
Con riguardo al sindacato giurisdizionale, nel parere si è affermato che la conformità dell'azione amministrativa alle linee guida ANAC "*non può significare attribuzione di una sorta di "cappello protettivo di legittimità" in una eventuale fase di contenzioso giudiziale***". Diversamente, si attenterebbe al principio secondo cui il sindacato del giudice amministrativo è un sindacato c.d. pieno, tale da estendersi anche alla "***verifica in concreto della tenuta delle linee guida nel momento della loro concreta attuazione da parte delle stazioni appaltanti***".**

In ogni caso, per discostarsi dalle linee guida, anche se formalmente non vincolanti, le stazioni appaltanti sono tenute a motivare questa scelta, nel senso che la facoltà di disapplicarle sussiste solo in presenza di una specifica fattispecie concreta che giustifichi la disapplicazione di quella specifica regola. Dall'altra parte, si deve osservare che rimane sempre un margine di discrezionalità nell'attività interpretativa diretta a individuare la natura integrativa delle linee guida vincolanti. La natura "vincolante" o "non vincolante" non dipende, infatti, dalla forma dei provvedimenti e non può essere predeterminata in astratto, ma deve essere dedotta in via interpretativa dal tenore letterale dei singoli articoli del Codice e, più in concreto, dal contenuto delle singole linee guida adottate di volta in volta dall'ANAC. Per esempio, anche se le Linee guida sulla disciplina del responsabile unico del procedimento - RUP devono considerarsi vincolanti (vedi infra), si può notare come la prima parte di queste linee guida - intitolata "Indicazioni di carattere generale in materia di RUP" - si limita a svolgere una funzione di orientamento per le stazioni appaltanti (ex art. 213, comma 2), attraverso indicazioni meramente interpretative delle disposizioni contenute nell'art. 31, senza dettare nuove regole di integrazione o attuazione del testo normativo. In questa parte, quindi, queste Linee guida devono essere considerate non vincolanti.

Decreti Ministeriali – MIT
D. Min. Infrastrutture e Trasp. 16/01/2018, n. 14 (G.U. 09/03/2018, n. 57) in vigore dal 24/03/2018 -
Programmi triennali dei lavori pubblici e programmi biennali di forniture e servizi Individuazione:

D.M. 01/12/2017, n. 560
Definizione delle modalità e dei tempi della progressiva introduzione dell'obbligo di BIM (*"Building Information Modeling"* - ossia il Modello d'Informazioni di un Edificio
(pubblicato sul sito istituzionale del Ministero delle infrastrutture e trasporti il 12/01/2018) in vigore dal 27/01/2018

D. Min. infrastrutture 02/12/2016, n. 263 - Definizione dei requisiti che devono possedere i professionisti e le società tra professionisti o di ingegneria e loro consorzi stabili (*ex* art. 46, comma 1).
(G.U. 13/02/2017, n. 36)
in vigore dal 28/02/2017

D. Min. Infrastrutture e Trasporti 12/02/2018 - Individuazione della tariffa di iscrizione all'Albo e del compenso massimo per i commissari di gara.
(G.U. 16/04/2018, n.88).

D. Min. infrastrutture 10/11/2016 - Definizione dell'elenco delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, nonché definizione dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati.
(G.U. 04/01/2017, n. 3)
in vigore dal 19/01/2017

D. Min. Infrastrutture e Trasp. 07/03/2018, n. 49
Regolamento recante: «Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione».
(G.U. 15/05/2018, n. 111).
In vigore dal 30/05/2018

Decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti
D.M. 22/08/2017, n. 154
Regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016
(G.U. n. 252 del 27 ottobre 2017)
Entrata in vigore del provvedimento: 11/11/2017

D. Min. Infrastrutture e Trasporti 07/12/2017, n.567 - Disciplina delle modalità di iscrizione all'albo e di nomina, nonché dei compensi da corrispondere (che non devono superare i limiti di cui agli artt. 23-bis e 23-ter del D.L. 201/2011 e all'art. 13 del D.L. 66/2014).
(G.U. 16/01/2018, n. 12).

Possono individuarsi come linee guida vincolanti:

- **Linee guida n.3** sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento (RUP) per l'affidamento di appalti e concessioni (emanate ai sensi art. 31, comma 5, del Codice).
- **Linee Guida n. 5** - Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (emanate ai sensi dell'art. 78, comma 1).
- **Definizione dei criteri e delle modalità per l'iscrizione all'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici** (ex art. 78). L'art. 78 non utilizza il termine linee guida, bensì rinvia alle "determinazioni" dell'ANAC per definire i criteri e le modalità per l'iscrizione all'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici. In realtà, come precisato anche dall' ANAC, anche queste determinazioni sono "linee guida" vincolanti, in quanto volte ad integrare le disposizioni normative del Codice.
- **Linee Guida n. 7 -** Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016 (emanate ai sensi dell'art. 192, comma 1).

Possono individuarsi come linee guida non vincolanti:

- **Linee Guida n. 1 -** Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria aggiornate al d.lgs. n. 56 del 19/4/2017 (emanate ai sensi dell'art. 213, comma 2).
- **Linee guida n.2** sull'offerta economicamente più vantaggiosa (emanate ai sensi dell'art. 213, comma 2).
- **Linee guida n.4** sulle "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" (ex art. 36, comma 7).
- **Linee guida n.6** relative ai mezzi di prova per le circostanze di esclusione del concorrente dalla gara (emanate ai sensi dell'art. 80, comma 13).
- **Linee Guida n. 8 - R**icorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (emanate ai sensi dell'art. 213, comma 2).

Linee guida n.9 - Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato (emanate ai sensi dell'art. 181, comma 4)
La Parte I contiene indicazioni, ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, per l'identificazione e l'accurata valutazione dei rischi connessi ai contratti di PPP a partire dalla fase che precede l'indizione della procedura di gara.
Nella Parte II sono riportate, invece, le prescrizioni sulle modalità di controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione di un contratto di PPP, da considerarsi vincolanti per le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del citato articolo 181, comma 4, del codice dei contratti pubblici.