

Il Consiglio di stato demolisce le linee guida dell'Anac

Il Consiglio di stato demolisce la *soft law* dell'Anac sul codice degli appalti. Il parere reso dalla Commissione speciale di palazzo Spada 2 agosto 2016, n. 1767 anche si riferito a tre specifiche linee guida dell'Autorità diretta da Cantone (su offerta economicamente più vantaggiosa, responsabile unico del procedimento e servizi di progettazione) mette a nudo tutte le criticità, già in atto e potenziali, del nuovo sistema di completamento delle norme del codice dei contratti, pensato dal legislatore allo scopo di dare all'Anac poteri probabilmente impropri.

Il parere del Consiglio di stato mette in evidenza da subito come la giurisdizione amministrativa non intenda lasciare spazi eccessivi all'Anac, preludio chiaro di futuri contenziosi non di poca portata. Alcuni passaggi del parere sono molto indicativi. Per esempio, quando il Consiglio di stato affronta il tema delle linee guida di natura «vincolante» conferma che esse «devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali» da parte delle amministrazioni, ma sottolinea che sono possibili «atti caducatori» in sede giurisdizionale. È esattamente il preannuncio che le amministrazioni (ma anche i privati) potranno rivolgersi all'autorità giudiziaria amministrativa per ottenere la caducazione (o rimozione) delle linee guida vincolanti o di loro parti che risultino violare il principio di legalità, cui deve conformarsi l'Anac. In un secondo passaggio il Consiglio di

stato è ancora più chiaro. Riguarda il passaggio delle linee guida relative al Rup, ove l'Anac afferma perentoriamente che «il ruolo di Rup è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice)». Palazzo Spada letteralmente «bacchetta l'Anac» rilevando che detta previsione è «in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente Codice in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del Rup, quali quelle che le linee guida in esame intendono reintrodurre (sul punto ex multis: Cons. stato, V, n. 1565/2015)». Da qui la conclusione: «Non sembra condivisibile che le linee guida costituiscono lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali»: una chiara affermazione della volontà dei giudici amministrativi di affermare la prevalenza dei giudicati su strumenti, quali le linee guida, che sono e restano, spiega sempre il Consiglio di stato, atti amministrativi (sebbene di natura generale, nel caso delle linee guida vincolanti).

In quanto alle linee guida non vincolanti, estremamente importante è il chiarimento fornito dal Consiglio di stato sulla loro portata. Palazzo Spada precisa che le linee guida non vincolanti non possono comprimere l'esercizio del potere discrezionale delle amministrazioni, visto che han-

no la funzione di specificare spunti operativi di dettaglio per l'applicazione delle norme. Le amministrazioni, allora, conservano pienamente il potere discrezionale di adeguarsi o meno alle indicazioni delle linee guida non vincolanti, anche facendo specifico riferimento al caso concreto. Il Consiglio di stato precisa solo che laddove le amministrazioni se esse intendano discostarsi dalle indicazioni non vincolanti dell'Anac hanno l'onere di «adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa». E questo persino qualora le linee direttive dovessero essere redatte in modo da far apparire il loro contenuto come prescrittivo, perché magari riproducono i contenuti dell'abolito dpr 207/2010. Indirettamente, il parere del Consiglio di stato suggerisce alle amministrazioni quando ricorrono i casi di possibile discostamento dalle linee guida: allorché «la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'Anac ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa». L'ultima affermazione conferma la visione di palazzo Spada: le linee guida sono e restano atti amministrativi, come tali, dunque, a loro volta soggette al principio di legalità e passibili di vizi di legittimità.

Luigi Oliveri

