

Consiglio di Stato: illegittima la delibera ANAC tardiva e immediatamente lesiva

L'impugnabilità di una delibera non vincolante dell'ANAC non è da escludersi in senso assoluto, se essa può essere lesiva della sfera giuridica dei destinatari arrecando un *vulnus* diretto ed immediato

di [Redazione tecnica](#) – 10.01.2023

Una **delibera ANAC** può essere impugnata, qualora il provvedimento possa risultare lesivo in concreto incidendo sulla **sfera giuridica** dei destinatari e arrechi quindi un *vulnus* diretto ed immediato.

Delibera ANAC tardiva e immediatamente lesiva: illegittimità del provvedimento

La conferma arriva dal **Consiglio di Stato**, con la **sentenza n. 11200/2022**, a seguito del ricorso presentato da una stazione appaltante e dal consorzio di imprese a cui erano stati affidati dei lavori oggetto di un **procedimento di vigilanza** da parte di ANAC.

La questione nasce dopo la comunicazione all'**Autorità Nazionale Anticorruzione** di alcune varianti in corso d'opera sull'appalto iniziale; ANAC ha concluso il procedimento di vigilanza, ritenendo che vi fossero sussistenti 'gravi disfunzioni e irregolarità' nell'esecuzione dell'appalto **nel suo complesso**, invitando la stazione appaltante e l'operatore a comunicare '*le misure che intendono adottare alla luce dei rilievi dinanzi evidenziati*', e disponendo, altresì, la trasmissione dell'atto alla Procura regionale della Corte dei Conti e alla Procura della Repubblica.

Da qui il ricorso al TAR, che il giudice di primo grado ha respinto specificando che la delibera costituiva **espressione delle funzioni di vigilanza, accertamento**, nonché **consultive e propositive** attribuite inizialmente all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e, poi, all'ANAC. Esso non costituiva una manifestazione di volontà in grado di incidere sulla sfera giuridica del destinatario, ma era la mera rappresentazione di un giudizio, che poteva eventualmente essere accompagnato dall'invito alla stazione appaltante ad esercitare i propri poteri di autotutela. La circostanza che l'ANAC potesse anche disporre la trasmissione dell'atto in questione alle autorità competenti, non determinava **alcuna immediata conseguenza negativa**, giuridicamente apprezzabile, nei confronti dei soggetti vigilati.

La sentenza del Consiglio di Stato

Ne è scaturito l'appello al Consiglio di Stato sulla base di queste motivazioni:

- il provvedimento dell'ANAC avrebbe superato il limite oggettivo indicato dalla norma per l'attività di vigilanza, estendendo la propria valutazione a molti aspetti che nulla hanno a che vedere con le varianti, ossia la progettazione, la contabilizzazione, l'esecuzione dei lavori in variante, l'individuazione del soggetto aggiudicatario, la sostituzione di un componente del consorzio, l'ipotesi di accordo transattivo e il provvedimento di risoluzione contrattuale;
- l'Autorità, superando i limiti temporali applicabili *ratione temporis*, avrebbe concluso il procedimento in **oltre diciotto mesi**, violando i principi fondamentali del procedimento amministrativo, esprimendo un giudizio negativo globale sulla gara e sull'appalto esaminato sulla base di un esame unilaterale, senza tutela del contraddittorio e dei soggetti coinvolti, le cui deduzioni sarebbero state completamente ignorate;
- l'ANAC non ha indicato le misure da assumere a fronte dei profili di illegittimità erroneamente rilevati, ma richiedendo ai soggetti vigilati di indicarli, a lavori pressoché conclusi, lasciando gli enti in un 'limbo' giuridico e amministrativo;
- il provvedimento, contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R., non sarebbe riconducibile a 'funzioni di vigilanza, accertamento, nonché consultive e propositive', ma sarebbe, invece, un **giudizio di merito**, censorio ed illegittimo, che non potrebbe lasciare i soggetti coinvolti senza tutela, profilandosi altrimenti una questione di incompatibilità costituzionale con l'art. 24 Cost.

Le funzioni di ANAC nel Codice dei Contratti Pubblici

Nel giudicare la questione, Palazzo Spada ha preliminarmente ricordato che, ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 (**Codice dei Contratti Pubblici**), l'ANAC "... *garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto... nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità: a) vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera f- bis), della legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice; b) vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario...*".

L'impugnabilità delle delibere ANAC

Secondo il Consiglio di Stato, l'impugnabilità di una delibera non vincolante dell'ANAC **non è da escludersi in senso assoluto**, atteso che tale provvedimento potrebbe assumere connotazione lesiva tutte le volte in cui, riferendosi alla fattispecie concreta, di fatto incide sulla sfera giuridica dei destinatari, essendo idonea ad arrecare un *vulnus* diretto ed immediato. Ne consegue che la sua 'lesività' non va valutata in astratto o sulla base dell'inquadramento dogmatico del provvedimento, dovendosi rilevare gli **effetti conformativi** che lo stesso produce, nell'immediato, nei confronti dei soggetti a cui è indirizzata.

In particolare, la concreta lesività si manifesta solo quando il parere non vincolante sia trasposto o richiamato nell'atto conclusivo del procedimento, potendo valutarne l'incidenza solo in relazione alla capacità di integrare la motivazione del provvedimento adottato dall'amministrazione. Pertanto, è impugnabile unitamente al provvedimento finale che lo recepisce e del quale diviene presupposto o laddove esso diventi segmento procedimentale.

A prescindere dall'inquadramento dogmatico (linee guida, parere, raccomandazione, aventi o meno natura vincolante), se le indicazioni dell'Autorità, nell'ambito del potere di vigilanza e controllo, assumono il ruolo di **canoni oggettivi a cui conformarsi**, determinando un effetto immediatamente lesivo nella sfera giuridica del destinatario, sono impugnabili: in sostanza, quando le deliberazioni dell'ANAC contengono vincoli conformativi puntuali alla successiva attività dei soggetti vigilati, in capo ai quali non residuano facoltà di modulazione quanto al contenuto e all'estensione, rappresentano provvedimenti lesivi nei confronti dei quali va garantita la tutela del diritto di difesa del destinatario (art. 24 Cost.).

Nel caso specifico, la Delibera resa ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. n. 50 del 2016, contiene un evidente **obbligo conformativo**. ANAC ha reso una valutazione globale che ha investito l'intera procedura di gara, non limitandosi alla valutazione delle 'varianti', invitando stazione appaltante e operatore economico a comunicare "*le misure che intendono adottare alla luce dei rilievi dinanzi evidenziati*", sostanzialmente 'suggerendo' di conformarsi nella successiva attività alle modalità operative indicate, e contestualmente chiedendo di essere informata sulle azioni intraprese per l'allineamento con i rilievi espressi, motivo per cui, nella sostanza, rappresentando un vincolo alle scelte che la pubblica amministrazione avrebbe inteso operare. Di conseguenza, la delibera è quindi certamente suscettibile di ricorso.

Termini di conclusione del procedimento e legittimità della Delibera ANAC

In riferimento alla violazione dei termini di conclusione del procedimento che ha portato alla emanazione della Delibera impugnata, ANAC aveva ritenuto irrilevante il superamento dei tempi del procedimento, assumendo che la durata dello stesso ha carattere ordinatorio.

Spiegano le appellanti che la tardività del provvedimento ha fatto venire meno la possibilità di indirizzare in concreto l'attività dei destinatari, in quanto l'appalto era ormai quasi concluso. Di conseguenza, lo scopo della Delibera, nella sostanza, è stato esclusivamente quello di **provvedere alla comunicazione** alla Procura della Repubblica del Tribunale e alla Procura della Corte dei Conti le irregolarità riscontrate per i provvedimenti di competenza in ordine alla rilevanza penale e erariale delle condotte dei vigilati.

In questo modo, l'atto deliberativo:

- ha di fatto manifestato **ulteriori aspetti di lesività**;

- non ha in alcun modo reso concreto l'esercizio del potere di vigilanza e controllo spettante all'Autorità;
- ha certamente inciso in maniera significativa nella sfera giuridica dei destinatari vigilati, anche a mezzo della disposta trasmissione dell'atto in questione alla Procura della Repubblica e alla Corte dei Conti.

Secondo Palazzo Spada, l'esercizio di una potestà amministrativa che ha conseguenze pregiudizievoli, di qualsiasi natura, e a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che la preveda, non può restare esposta *sine die* all'inerzia dell'autorità preposta, essendo assimilabile all'esercizio di una attività sanzionatoria, motivo per cui i termini per la conclusione del procedimento di natura sostanzialmente sanzionatoria **devono essere perentori**.

La Delibera è intervenuta a lavori già terminati, per cui non ha consentito neppure ai vigilati di tenere conto delle indicazioni e dei rilievi in essa contenuti: il notevole ritardo con cui è stata emanata ha determinato il fallimento del suo principale obiettivo, ossia quello di indirizzare l'attività dell'amministrazione.

Il ricorso è stato quindi accolto anche in relazione a questo profilo: il superamento del termine di conclusione della Delibera secondo i criteri temporali individuati dal Regolamento dell'ANAC ne ha di fatto determinato l'illegittimità.

SENTENZA