



Osservatorio
Legislativo
Interregionale

Roma, 27 e 28 settembre 2018

Carlo Sanna – Regione autonoma della Sardegna

Le linee guida dell'ANAC e la legislazione regionale

LE LINEE GUIDA DELL'ANAC E LA LEGISLAZIONE REGIONALE



1. Premessa: la potestà regolamentare dello Stato e delle Regioni nella Costituzione

Nel presente scritto si intende analizzare che vincolo possono determinare le linee guida dell'ANAC nei confronti del legislatore regionale. Come noto le linee guida dell'ANAC sono state in massima parte disciplinate dal nuovo codice dei contratti pubblici, il D.Lgs. n. 50 del 2016.

In particolare bisogna chiedersi che le linee guida rappresentino una nuova fonte del diritto e, se la risposta fosse positiva, a quale livello le stesse si pongono nella gerarchia delle fonti ed in specie che rapporto intrattengono con la legislazione regionale.

Per affrontare tale tematica bisogna partire da alcuni presupposti di base, tra cui spicca quella della competenza regolamentare rispettivamente dello Stato e delle Regioni. Questa analisi preliminare prescinde, al momento, dalla natura giuridica da attribuire alla predette linee guida, che verrà analizzata nel proseguo, ma di cui è possibile anticipare che la problematica verterà essenziale sulla loro riconducibilità o meno alla categoria dei regolamenti.

Come noto l'art. 117, sesto comma della Costituzione ha previsto che *“La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni”* per poi stabilire al successivo comma 7 che *“La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia”*.

La disposizione costituzionale è stata interpretata dalla Corte costituzionale nei termini per cui l'obbligo di adeguamento del legislatore regionale non sussiste di fronte ad una norma di carattere secondario dello Stato, in materia non rientrante nella potestà legislativa esclusiva dello stesso.


Si prenda ad esempio la sentenza n. 122 del 2018, per cui *“questa Corte ha costantemente escluso un obbligo di conformazione delle Province autonome alla normativa statale secondaria di attuazione, in quanto ciò comporterebbe la posizione sovraordinata di tale normativa rispetto alle competenze costituzionalmente garantite delle Province autonome, così alterando il rapporto tra competenze statali e provinciali, a vantaggio delle prime”* (nel caso di specie riferito ad una provincia autonoma, ma è identico per le Regioni)¹.

In conseguenza è illegittimo l'intervento statale con una norma secondaria su ambiti di competenza regionale, limitandone o comprimendone l'autonomia.

Il vincolo al legislatore regionale può pertanto derivare solo da una norma statale avente carattere legislativo, ovviamente in ambito di sua competenza, ma l'utilizzo delle materie trasversali o della chiamata in sussidiarietà ha reso sempre più labili i limiti di intervento del legislatore statale.

La limitazione del potere regolamentare dello Stato ha rafforzato quel fenomeno di fuga dal regolamento che ha portato lo Stato ad intervenire con norme secondarie che vanno dai decreti ministeriali non regolamentari alle linee guida di cui si tratta in questo scritto,

¹ Nel caso di specie, sotto il profilo processuale, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per la parte in cui utilizzava come parametro interposto quello della norma regolamentare dello Stato, posta con riferimento ad una materia di competenza concorrente.

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 27 e 28 settembre 2018</p> <p>Carlo Sanna – Regione autonoma della Sardegna</p> <p>Le linee guida dell'ANAC e la legislazione regionale</p>
---	--	--

con le quali non solo si eludono le garanzie procedurali previste per i regolamenti, ma è possibile invadere la competenza legislativa e regolamentare delle Regioni.

Si consideri che anche in vigenza della precedente versione dell'art. 117 della Costituzione si era giunti alla stessa conclusione (Cfr. Corte costituzionale n. 267 del 2003)².

In altre parole, solo la sussistenza di una potestà legislativa esclusiva, consente il legittimo esercizio della stessa funzione regolamentare da parte dello Stato e dunque nello specifico intervento normativo va individuato un effettivo ambito in cui questa competenza operi effettivamente (Corte costituzionale n. 183 del 2012), che nel caso delle linee guida ANAC andranno principalmente rinvenute nelle materie della "tutela della concorrenza" e dell'"ordinamento civile".

Di fronte alle linee guida ANAC è quindi indispensabile verificare se esse siano o meno riportabili alla categoria dei regolamenti, nonché se le stesse siano o meno vincolanti. Ma prima di comprendere tali aspetti è essenziale analizzare le caratteristiche salienti delle "linee guida".

2. Le linee guida dell'ANAC: esame e tentativo di classificazione omogenea delle stesse

Esaminata la pacifica disciplina in tema di fonti secondarie, appare necessario approfondire la tematica della natura giuridica delle linee guida ANAC, volta a determinare se anch'esse costituiscono una fonte secondaria e a quale tipo siano riportabili.

Si premette che non si stanno esaminando quelle linee guida che sono poi trasfuse in un decreto ministeriale, e che assumono anche la forma dei regolamenti, per le quali ovviamente non sussiste alcuna questione interpretativa aperta.

Prima di tutto deve considerarsi che all'interno della generica categoria delle "linee guida" attribuite all'ANAC vi sono in realtà degli istituti che, a volte, hanno in comune tra di loro solo il nome e l'autorità competente alla loro emanazione, ma la cui disciplina non è sempre la stessa.

Questo nonostante l'art. 213, comma 2 codice dei contratti pubblici, il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 disciplini con una stessa norma vari atti tra i quali i bandi-tipo, i capitolati-tipo, i contratti-tipo, oltre alle linee guida, prevedendo apparentemente una disciplina comune per tutte queste tipologie di atti adottati dall'ANAC.

Tale disposizione normativa prevede che l'ANAC opera tramite, tra l'altro, delle linee guida, dirette a garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto e favorisce le buone pratiche. È prevista la trasmissione alle camere degli atti di regolazione adottati.

Rimane altresì ferma l'impugnabilità delle linee guida di fronte agli organi della giustizia amministrativa, evidenziandosi dunque la natura formalmente amministrativa degli atti.

² Per cui "La giurisprudenza di questa Corte, in diverse occasioni, ha avuto modo di evidenziare come – già sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 117 della Costituzione – lo Stato non potesse imporre vincoli alle Regioni nelle materie di propria competenza se non mediante una legge, e non, invece, per mezzo di un atto regolamentare. Le Regioni, infatti, "non sono soggette, in linea di principio, alla disciplina dettata con i regolamenti governativi" (sentenza n. 507 del 2000; nello stesso senso, si vedano anche le sentenze n. 250 del 1996 e n. 482 del 1995).".



Dopo tale affermazione, peraltro, si precisa che per le linee guida l'ANAC si auto disciplina prevedendo:

- Forme e metodi di consultazione;
- Analisi e verifica dell'impatto della regolazione (AIR e VIR);
- Consolidamento in testi unici integrati, organici e omogenei per materia;
- Pubblicità anche sulla Gazzetta ufficiale.

L'ANAC ha poi sempre richiesto il parere del Consiglio di Stato prima dell'adozione dell'atto definitivo.

In tal modo trovano applicazione regole di qualità della regolazione e il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi previsti dalla legge di delega, che non sono peraltro stabiliti direttamente per legge ma sono demandati alla auto regolamentazione dell'ANAC stessa.

Questi elementi evidenziano la natura ibrida, tra atto amministrativo e atto normativo, che verrà meglio approfondita nel paragrafo successivo.

Per il momento è necessario sottolineare che le regole anzidette trovano applicazione a tutte le linee guida, ma in realtà il codice presenta ulteriori ipotesi di linee guida, disciplinate da specifiche norme che comportano delle difformità dal modello di linee guida delineato dall'art. 213, comma 2 del codice dei contratti pubblici.

Per poter raggruppare le varie linee guida in categorie omogenee, è utile verificare le varie tipologie presenti nel codice dei contratti pubblici.

Ai fini di una maggiore chiarezza espositiva si raggruppano le varie informazioni nella seguente tabella, in cui sono evidenziati i riferimenti normativi, la presenza o meno di un parere sullo schema di linee guida rilasciato dal Consiglio di Stato e la vincolatività o non vincolatività delle linee guida.

n.o.	Oggetto	art. del d.lgs. 50/2016	Parere Consiglio di Stato	Vincolanti/non vincolanti
1	Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria	213, comma 2	Si (ma non è obbligatorio)	Non vincolanti
2	Offerta economicamente più vantaggiosa	213, comma 2	Si (ma non è obbligatorio)	Non vincolanti
3	Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni	31, comma 5	Si (ma non è obbligatorio)	In parte vincolanti e in parte non vincolanti
4	Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di	36, comma 7	Si (ma non è obbligatorio)	Non vincolanti




Osservatorio
Legislativo
Interregionale

Roma, 27 e 28 settembre 2018

Carlo Sanna – Regione autonoma della Sardegna

Le linee guida dell'ANAC e la legislazione regionale

n.o.	Oggetto	art. del d.lgs. 50/2016	Parere Consiglio di Stato	Vincolanti/non vincolanti
	rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici			
5	Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici	78	Si (ma non è obbligatorio)	Vincolanti
6	Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice	80, comma 13	Si (ma non è obbligatorio)	Non vincolanti
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	192, comma 1	Si (ma non è obbligatorio)	Vincolanti
8	Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili	231, comma 2	Si (ma non è obbligatorio)	Non vincolanti
9	Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato	181, comma 4	Si (ma non è obbligatorio)	In parte vincolanti e in parte vincolanti
10	Affidamento del servizio di vigilanza privata	213, comma 2	Si (ma non è obbligatorio)	Non vincolanti

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 27 e 28 settembre 2018 Carlo Sanna – Regione autonoma della Sardegna Le linee guida dell'ANAC e la legislazione regionale
---	---	---

Dall'insieme delle linee guida emergono le seguenti categorie di linee guida:

- 1) Linee guida vincolanti
- 2) Linee guida non vincolanti

A loro volta le linee guida non vincolanti si distinguono tra quelle emanate in base a specifica disposizione legislativa e quelle emanate in base all'art. 213, comma 2 del decreto legislativo n. 50 del 2018, ma che si vedrà non differiscono per loro natura giuridica tra di loro, ma solo come base normativa della loro emanazione.

In realtà questa classificazione non tiene conto che vi sono alcune linee guida che sono solo in parte vincolanti.

Si vedano ad esempio le linee guida n. 3, che come emerge dal parere del Consiglio di Stato, 25 settembre 2017, n. 02040/2017 comprendono parti non vincolanti, come quelle relative alle indicazioni di carattere generale in materia di RUP o quelle relative all'ambito di applicazione del testo, e parti vincolanti come quelle relative ai compiti specifici del RUP, agli ulteriori requisiti di professionalità richiesti, oltre quelli indicati dal codice, nonché le regole relative alla coincidenza soggettiva con il progettista o con il direttore dell'esecuzione.

Altro caso che presenta la stessa particolarità è rappresentato dalle linee guida n. 8, che contengono una prima parte non vincolante contenente delle indicazioni che consentono la identificazione e la valutazione dei rischi connessi alla valutazione e alla gestione dell'opera, anche al fine di adottare le misure idonee a ridurre gli effetti negativi di tali vizi. Una seconda parte ha invece natura vincolante relativamente alla predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio per il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico (si veda quanto indicato dal Consiglio di Stato, n. 00775/2017 del 29 marzo 2018).

Sotto questo punto di vista le linee guida scontano la loro particolare caratteristica redazionale, che è quella di non assumere la forma di norme giuridiche, con l'applicazione delle note regole di tecnica legislativa, ma di svilupparsi in una forma discorsiva in cui non è facile distinguere quale sia il reale precetto vincolante e la parte non vincolante.

Questo non significa che esiste una ulteriore categorie di linee guida miste (in parte vincolanti e in parte non vincolanti), cui si applicano delle speciali regole, differenti rispetto alle altre tipologie, ma piuttosto che rispetto a tali linee guida, parte delle disposizioni saranno riportate al modello delle linee guida vincolanti e le restanti a quelle non vincolanti.

3. Le linee guida dell'ANAC: natura giuridica e collocazione nel sistema delle fonti secondarie statali nella valutazione del Consiglio di Stato

Compresa la mancanza di unitarietà delle linee guida ANAC, e partendo dalla distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti (salvo la precisazione di quelle linee guida che presentano disposizioni dell'uno e dell'altro tipo) è possibile esaminare la natura giuridica delle linee guida.

In particolare dovranno analizzarsi la posizione assunta dal Consiglio di Stato e la differente opinione che è andata sviluppandosi in seno alla dottrina.



Il Consiglio di Stato, nella sua ampia attività consultiva sviluppata sulle bozze di linee guida dell'ANAC, ha avuto modo di affrontare più volte la tematica della loro natura giuridica e della relativa collocazione nel sistema della fonti secondarie statali ed è giunta ad una posizione ormai consolidata.

Il Consiglio di Stato opera una distinzione tra le linee guida vincolanti e quelle non vincolanti ed è particolarmente significativa la ricostruzione operata con il parere 01767/2016 del 2 agosto 2016³ relativo alle linee guida sul “Responsabile Unico del Procedimento - Offerta Economicamente Più Vantaggiosa - Servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria” e successivamente ribadita nei successivi pareri. Proprio trattandosi di tre diversi casi di linee guida, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario un inquadramento sistematico di tale particolare tipologia di fonte del diritto.

Sulle linee guida non vincolanti, il supremo consesso della giustizia amministrativa ha ritenuto che tali fattispecie possono essere ricondotte a quella degli atti amministrativi generali. Si tratterebbe, in altre parole, di meri provvedimenti amministrativi con i quali l'ANAC fornisce degli indirizzi e delle istruzioni operative alle stazioni appaltanti. La natura non vincolante delle stesse comporta che le stazioni appaltanti, in sede applicativa, possono discostarsi dalle stesse dando una adeguata e puntuale motivazione della diversa scelta adottata. Il discostamento potrà avvenire sia perché il caso concreto sia difforme sotto il profilo fattuale rispetto a quello delineato dalle linee guida⁴, sia nel caso di illegittimità delle linee guida. Le linee guida, come già indicato in precedenza seguono il regime formale dei provvedimenti amministrativi e nel caso delle linee guida non vincolanti possono essere anche non applicati quando li si ritenga illegittimi, senza la necessità di impugnazione di fronte al giudice amministrativo.

Al contrario la violazione delle linee guida (legittime) è un indice sintomatico di eccesso di potere, paragonabile alle regole applicabili in tema di violazione delle circolari, per cui l'effettiva illegittimità andrà dimostrata nel caso concreto.

Il Consiglio di Stato, nella sua ricostruzione, riconduce le linee guida non vincolanti alla categoria degli atti amministrativi generali e alle circolari, rispetto ai quali esiste una consolidata giurisprudenza in materia, senza fare ricorso alla categoria presente a livello di diritto europeo ed internazionale della *soft law*, che invece è comunemente ed attecnicamente richiamata quando si parla delle linee guida.

Sulle linee guida vincolanti, il Consiglio di Stato sostiene che le stesse non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali riportabili al genere degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti ma con alcune particolarità.

Lo stesso Consiglio di Stato ammette che gli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti sono caratterizzate da una peculiare valenza del principio di legalità, relativamente al particolare tecnicismo che caratterizza l'ambito materiale di riferimento. Per questo motivo la legge definisce solo le finalità da perseguire lasciando un ampio ed implicito potere di intervento alle Autorità amministrative indipendenti. Differente è il rapporto che si verifica nel caso delle linee guida dell'ANAC aventi carattere vincolante, in quanto la legge definisce in maniera esplicita e precisa l'ambito di

³ In www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ Che nonostante la loro ampiezza potrebbero non prendere in considerazione



Osservatorio
Legislativo
Interregionale

Roma, 27 e 28 settembre 2018

Carlo Sanna – Regione autonoma della Sardegna

Le linee guida dell'ANAC e la legislazione regionale

intervento dell'ANAC, che ha un potere di integrazione del precetto primario nelle parti in cui il legislatore non può raggiungere un livello maggiore di dettaglio.

Nonostante tale diversità, il Consiglio di Stato afferma, peraltro senza una motivazione effettiva, che il potere dell'ANAC non rientra nel modello di amministrazione pubblica governativa, in quanto la Costituzione non esclude accanto al modello governativo quello delle Autorità amministrative indipendenti che intervengono con poteri neutrali di attuazione delle leggi.

Dalla conclusione che linee guida vincolanti dell'ANAC sono degli atti di Autorità amministrativa indipendente e non hanno natura regolamentare, il Consiglio di Stato conclude che ad esse non trovano applicazione i limiti di intervento del legislatore statale in materia regolamentare delineati dal sesto comma dell'art. 117 della Costituzione che abbiamo ricordato in premessa.

Per giustificare l'effettivo gap democratico derivante dall'adozione delle linee guida ANAC, il Consiglio di Stato evidenzia che tutti i provvedimenti dell'ANAC sono comunque caratterizzati da:

- una sistematica consultazione dei soggetti interessati;
- da una attenta analisi di impatto della regolazione (AIR), che lo stesso Consiglio di Stato evidenzia essere stata effettuata solo formalmente riportando una mera valutazione sulle osservazioni fatte pervenire dagli interessati;
- la previsione di una attenta verifica dell'impatto della regolazione (VIR) da effettuarsi *ex post*;
- da una raccolta sistematica ed integrata delle linee guida.

Dal carattere vincolante delle linee guida deriva che le amministrazioni e le stazioni appaltanti sono tenute a darvi attuazione. Gli atti adottati in violazione sono illegittimi. L'eventuale illegittimità delle linee guida vincolanti è superabile solo attraverso l'impugnazione e l'annullamento di tali atti.

In conclusione il Consiglio di Stato afferma che le linee guida vincolanti rappresentano degli atti amministrativi generali adottati da un'Autorità amministrative indipendenti e non sono dei regolamenti, cosicché le stesse possono operare oltre il limite delle materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, sesto comma della Costituzione.

Tale conclusione, peraltro, non è del tutto convincente in quanto lo stesso Consiglio di Stato ha evidenziato la presenza di differenze sostanziali tra linee guida ANAC e gli atti delle altre autorità amministrative indipendenti, cosicché appare necessario un approfondimento di tale questione. Inoltre è significativo che sino all'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici, la disciplina oggi contenuta nelle linee guida era disciplinata da regolamenti governativi.



4. Le linee guida dell'ANAC: critica alla posizione del Consiglio di Stato sulla natura giuridica delle linee guida ANAC vincolanti

Per verificare se linee guida ANAC vincolanti siano effettivamente equiparabili agli atti adottati dalle altre Autorità amministrative indipendenti occorre verificare tale modello di amministrazione.

È prima di tutto importante sottolineare che l'ordinamento giuridico italiano non ha definito un modello generale di Autorità amministrativa indipendente, caratterizzandosi le stesse per essere più un fenomeno che un istituto⁵.

Il potere regolativo rimesso a tali soggetti è stato giustificato in ragione della particolare posizione di neutralità che tali organismi vengono ad assumere nell'ordinamento giuridico, con un concetto che travalica la mera imparzialità che caratterizza, anche sotto il profilo costituzionale, le pubbliche amministrazioni classiche⁶. La pubblica amministrazione che opera in via imparziale, senza discriminare i destinatari dei suoi provvedimenti, è comunque parte nell'intreccio di interessi contrapposti del singolo caso concreto, perseguendo uno specifico interesse pubblico. La neutralità è qualcosa di più, in quanto, in tal caso, il soggetto non è parte del citato intreccio di interessi, ma si pone come il giudice in una posizione di terzietà, diretta solo ad applicare le regole in maniera indifferente agli interessi pubblici e privati in gioco.

In realtà, come si è visto, le Autorità indipendenti hanno un ampio potere regolativo. Per poter conciliare tale potere con la citata posizione di neutralità, si parla di regola di una tecnicità⁷ o la riferibilità a regole che sono espresse a livello sovranazionale nella forma di regole di alto livello tecnico, o economico⁸.

Ebbene, questi due requisiti della neutralità e della tecnicità potrebbero ritenersi non presenti nel caso dell'ANAC.

Numerosi dubbi possono porsi sull'effettiva posizione di neutralità e terzietà dell'ANAC nel sistema degli appalti pubblici, la quale invece appare un soggetto che opera nella tutela di specifici interessi pubblici⁹ e dunque come parte nello svolgimento delle sue funzioni.

Anche se si volesse accogliere l'ipotesi che l'ANAC abbia effettivamente una posizione di terzietà, appare invece di difficile giustificazione la presenza in capo alla stessa autorità di una potestà di porre delle norme aventi una carattere di alto livello tecnico. Se si consideri, infatti, che in precedenza tale disciplina trovava fondamento in un regolamento, e che le dette disposizioni contenute nelle linee guida si caratterizzano per

⁵ Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, VIII edizione, 2015, pag. 801 e seg.

⁶ Si fa ovviamente riferimento all'art. 97 della Cost.

⁷ Marone F., *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 1 settembre 2017, pag. 743 e seg.

⁸ Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, 29 aprile 2016, in www.giustizia-amministrativa.it, parla ad esempio di "tariffe, prezzi di accesso alla rete dell'incumbent, ripartizione di risorse scarse, determinazione tecnica dei contenuti delle transazioni commerciali".

⁹ Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, 29 aprile 2016, in www.giustizia-amministrativa.it, parla ad esempio di "tariffe, prezzi di accesso alla rete dell'incumbent, ripartizione di risorse scarse, determinazione tecnica dei contenuti delle transazioni commerciali".



essere delle norme di diritto pienamente valutabili dal giudice¹⁰ e non norme di carattere tecnico economico, per cui non appare giustificabile la necessità di una regolazione indipendente dal Governo¹¹. Le regole tecniche infatti vanno intese come l'applicazione di principi di carattere scientifico tecnico previsti da norme di carattere internazionale, cui anche lo Stato deve sottostare, e non paiono effettivamente presenti nel caso di specie.

Si tratta, come appare abbastanza evidente, di atti con i quali si esercita una discrezionalità che non è in alcun modo riportabile alla discrezionalità tecnica, ma che assume un carattere non dissimile da quello che si verificava quando tale potestà era rimessa al Governo.

Se la assimilazione dell'attività normativa dell'ANAC (pur se assume la modalità delle linee guida, redatte in maniera discorsiva e con precetti che non assumono la forma di norme) a quella delle altre autorità amministrative indipendenti appare quanto meno dubbia, devono valutarsi più precipuamente i caratteri delle linee guida vincolanti.

In particolare appare di interesse capire se le stesse siano effettivamente riportabili alla categoria degli atti amministrativi generali o a quella dei regolamenti.

Gli atti amministrativi generali si caratterizzano per essere annoverati nella categorie degli atti amministrativi, mentre i regolamenti sono delle vere e proprie fonti del diritto, sottoposte ad una disciplina particolare.

I regolamenti, secondo la pacifica impostazione sostanziale degli stessi, sono caratterizzati dalla generalità, astrattezza e innovatività¹². Non è dunque sufficiente che un determinato atto sia indirizzato alla generalità dei consociati affinché sia configurabile un regolamento, ma sono altresì necessari gli altri elementi sopra indicati.

Per generalità si intende l'idoneità alla ripetizione nell'applicazione di una determinata norma, mentre per astrattezza la capacità di regolare una serie indefinita di casi. L'innovatività è la capacità di introdurre una disciplina nuova nell'ordinamento giuridico.


Il Consiglio di Stato precisa anche che il carattere normativo di un atto non può essere sconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore (nel caso di specie si fa riferimento alla disciplina degli appalti) dovendosi, al contrario, verificare, se in quel determinato settore, l'atto è dotato requisiti della generalità e dell'astrattezza.

Per distinguere il carattere della generalità tra atto amministrativo generale e regolamento si consideri che in quest'ultimo i destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori, in conseguenza del carattere astratto di tali disposizioni. L'atto

¹⁰ Cintoli F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2017, pag. 381 e seg.

¹¹ Come ricorda Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, 29 aprile 2016, in www.giustizia-amministrativa.it, lo Stato non interviene direttamente nel mercato con un proprio operatore e pertanto

¹² Il principale arresto giurisprudenziale è quello del Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina si veda in dottrina es. Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, VIII edizione, 2015, pag. 842 e seg.; Marone F., *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 1 settembre 2017, pag. 743 e seg.

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 27 e 28 settembre 2018</p> <p>Carlo Sanna – Regione autonoma della Sardegna</p> <p>Le linee guida dell'ANAC e la legislazione regionale</p>
---	--	--

amministrativo generale, viceversa, ha dei destinatari non determinabili a priori ma determinabili a posteriori, in quanto non si regola una serie indeterminata di casi.

La conclusione della dottrina che ha approfondito la tematica è quella per cui si riscontrano nelle linee guida ANAC i caratteri dell'atto normativo¹³, e dunque che le linee guida ANAC vincolanti siano dei regolamenti in quanto ne condividono i suoi caratteri.

Tale dottrina non accoglie la tesi formalistica, per cui il regolamento è solo quello che è qualificato come tale.

In sintesi la ricostruzione operata dalla dottrina più rigorosa ritiene che tutti gli elementi sovra analizzati portano a configurare le linee guida ANAC vincolanti come regolamenti

Sembrerebbe, in altre parole, che l'attribuzione di tale potere all'ANAC non trovi una reale giustificazione sull'attribuzione della stessa ad una autorità indipendente, per la particolare tecnicità della materia, ma per una più pratica esigenza di una (presunta) maggiore celerità nello svolgimento di tale attività.

5. Rapporto tra linee guida dell'ANAC e legislazione regionale

Effettuata l'analisi sulla natura delle linee guida ANAC è possibile verificare che rapporto le stesse abbiano con la legislazione regionale.

Chiaramente le conclusioni cambiano a seconda di come si configuri la natura delle linee guida.

Sul punto giova ricordare che la questione è anche stata sottoposta all'esame della Corte costituzionale, relativamente all'impugnativa del Governo avverso gli artt. 34, 37, 39 e 45 della legge della Regione Autonoma della Sardegna 13 marzo 2018, n. 8.

In particolar modo, con l'art. 37 della citata legge regionale, è stato disposto che "Nelle procedure di aggiudicazione dei contratti di appalto e di concessione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi dell'articolo 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016, ai fini della nomina dei componenti della commissione di gara, la Regione istituisce e gestisce l'Albo telematico dei commissari di gara, suddiviso per categorie di specializzazione, a cui le stazioni appaltanti hanno accesso libero e diretto.". La disposizione, secondo il Governo ricorrente, *"si discosta dalle previsioni della legge delega n. 11/2016 che stabilisce alla lettera hh) la «creazione, presso l'ANAC, di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e contratti di concessione, prevedendo, tenuto conto, a seguito di apposite verifiche, delle precedenti attività professionali dei componenti e dell'eventuale sussistenza di ipotesi di conflitti d'interesse» e costituisce una sovrapposizione con quanto previsto dall'art. 78 del decreto legislativo n. 50/2016 che istituisce «presso l'ANAC, che lo gestisce e lo aggiorna secondo criteri individuati con apposite determinazioni, l'Albo regionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici», conferendo, altresì, all'Autorità la competenza di definire con apposite linee guida i criteri e le modalità di iscrizione, nonché le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici. Al*

¹³ Deodato, Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?, 29 aprile 2016, in www.giustizia-amministrativa.it; Marone F., *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 1 settembre 2017, pag. 743 e seg.



Osservatorio
Legislativo
Interregionale

Roma, 27 e 28 settembre 2018

Carlo Sanna – Regione autonoma della Sardegna

Le linee guida dell'ANAC e la legislazione regionale

riguardo, l'Autorità ha emanato la delibera n. 4 del 10 gennaio 2018 - Linee guida n. 5, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti dell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici» - Aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile con deliberazione del Consiglio n. 4 del 10 gennaio 2018”.

La questione assume particolare rilievo in quanto:

- si fa riferimento ad un ambito materiale quale quello della composizione delle commissioni di gara che la Corte costituzionale ha in precedenza riportato alla competenza legislativa regionale con sentenza n. 43 del 2011 affermando che “*«gli aspetti connessi alla composizione della commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte della imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Da ciò deriva che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti»*. La Corte, pertanto, ha ritenuto «*non conforme al sistema di riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni la normativa contenuta nei commi in esame, la quale vale certamente nel suo insieme per l'attività contrattuale posta in essere in ambito statale, mentre per le Regioni deve necessariamente avere carattere recessivo nei confronti di una diversa (ove esistente) disciplina specifica di matrice regionale»*»;
- Il Governo richiama espressamente la disciplina delle linee guida dell'ANAC come parametro di riferimento;
- Si fa riferimento ad un caso in cui le linee guida sono vincolanti (linee guida n. 5).

Si consideri infatti che nella quasi totalità dei casi le linee guida ANAC operano su ambiti di competenza legislativa esclusiva dello Stato e che dunque in tal caso, anche se linee guida ANAC avessero effettivamente la natura di regolamenti potrebbero comunque vincolare le Regioni.

Nel caso indicato in precedenza, invece, la questione assume rilievo, in quanto si opera in un presunto ambito di competenza regionale. In tale ipotesi la riconduzione delle linee guida ai regolamenti potrebbe portare a ritenere che non persista un loro carattere vincolante nei confronti delle Regioni, quantomeno nella natura della recessività della relativa disciplina.

Viceversa la conferma dell'impostazione del Consiglio di Stato come atti amministrativi generali, potrebbe portare a ritenere comunque vincolanti le linee guida nei confronti delle Regioni.

Si nota anche che il Governo ha sollevato la questione di legittimità costituzionale facendo riferimento esclusivo alle materie “tutela della concorrenza” e “ordinamento civile”, tralasciando altre materie di competenza legislativa esclusiva di carattere trasversale attribuite allo Stato.

L'udienza della Corte fissata all'aprile del 2019 darà probabilmente risoluzione ai quesiti posti, in particolare sia al rapporto tra linee guida ANAC e legislazione regionale nelle materie di competenza legislativa di queste ultime, ed anche un inquadramento teorico delle linee guida dell'ANAC nell'ambito delle fonti del diritto dell'ordinamento giuridico italiano.