



## **Alternative Dispute Resolution - ADR** nel Codice dei Contratti Pubblici

(art. 205-211 d.lgs. 50/2016)

- La lett. *aaa*), l. n. delega 11/2016 individuava tra i criteri e principi guida del Codice del 2016 la “**razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale**, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l’economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari”.
- Tali istituti dovranno essere rafforzati nel nuovo Codice, dal momento che la legge delega n. 78/2022 prevede, tra i principi e i criteri direttivi:  
«*ll*) **estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto**».



## L'ANAC E L'ADR

Con **ADR** (ovvero gli *alternative dispute resolutions*) si fa riferimento a **rimedi stragiudiziali** che consentono a due o più parti di **risolvere questioni controverse** insorte tra le stesse, senza ricorrere al giudice.





# I POTERI DI PRECONTENZIOSO

## I riferimenti *normativi*

### Art. 211 co. 1 D.Lgs. 50/2016

*Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta.*

*Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito.*

*Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'[articolo 120 del codice del processo amministrativo](#).*

*In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'[articolo 26 del codice del processo amministrativo](#).*



## I riferimenti *normativi*

**Regolamento A.N.AC. del 9 gennaio 2019 in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, modificato con Delibera n. 528 del 12 ottobre 2022**

(pubblicato nella GU Serie Generale n. 273 del 22-11-2022)

Disponibile sul sito dell'Autorità il testo consolidato del Regolamento con le modifiche apportate con la recente Delibera n. 528/2022

<https://www.anticorruzione.it/documents/91439/a1db4646-56b2-3218-cc9a-6d3c70680c7f>



## *Differenze con il parere previsto dal Codice De Lise (art. 6)*

- Nessun carattere vincolante
- Nessun obbligo conformativo

Secondo la giurisprudenza era un **parere tecnico**, di rilievo endoprocedimentale (TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 19 dicembre 2013, n.3032; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 marzo 2014, n.102).



## *La novità del codice del 2016*

Il parere *può* assumere **carattere vincolante**:

- Su istanza congiunta, nella quale le parti dichiarano di volersi conformare (art. 5 Regolamento ANAC)
- Su istanza singola, quando le parti dichiarano di volersi conformare (entro dieci giorni dalla comunicazione della richiesta di parere - art. 4 Regolamento ANAC)

I pareri vincolanti sono trattati **prioritariamente** (art. 6 Regolamento ANAC)

Negli altri casi: NON VINCOLANTE



## *La natura giuridica del parere di precontenzioso*

**VINCOLANTE**

- ✓ **OBBLIGA** le parti che vi hanno aderito
- ✓ Immediatamente **LESIVO**
- ✓ Autonomamente **IMPUGNABILE**

**NON VINCOLANTE**

- ✓ Manifestazione di giudizio
- ✓ E' lesivo SOLO SE integra la motivazione di un provvedimento finale
- ✓ E' **IMPUGNABILE** unitamente al provvedimento della S.A. che lo recepisce

*Cons. St., VI, 11.03.2019 n. 1622*



# IL PROCEDIMENTO DI PRECONTENZIOSO:

*Come si chiede un parere di precontenzioso  
(art. 3 Regolamento ANAC)*

- **istanza di parere** (MODULO INFORMATICO disponibile su sito ANAC)
- per la formulazione di una **soluzione su questioni insorte (*controversie*)**
- durante lo svolgimento delle **procedure di gara degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture**



- Il Consiglio di Stato (nel parere n. 1920/2016 reso sullo schema di regolamento Anac) ha precisato che *“la norma primaria non fissa la stipulazione contrattuale come limite, essendo ben possibile che la questione si ponga dopo tale momento, pur riguardando la fase di gara. (...) Ciò che è inammissibile, piuttosto, sono le istanze di parere su questioni concernenti la fase compresa tra l’aggiudicazione e la stipulazione (e, a maggior ragione, quelle relative alla fase di controllo ed a quella di esecuzione), che pur rientrando nel procedimento di evidenza pubblica, sono estranee alla “procedura di gara”, che si conclude con l’aggiudicazione”*.
- L’intervento dell’Anac può essere chiesto in relazione a **qualsiasi tipologia di procedura di gara o settore (ordinario e speciale), nel caso in cui sussista una “controversia” tra le parti.**

Tale nozione è intesa in senso ampio come questione su cui vi è contestazione tra le parti e può riguardare anche la legittimità di provvedimenti già adottati dalla stazione appaltante (ad es. l’esclusione di un concorrente oppure il provvedimento di aggiudicazione), al fine di prevenire l’impugnazione giurisdizionale dello stesso. Si deve trattare di una disputa concreta e non di una questione meramente teorica, rispetto alla quale è attivabile la diversa funzione consultiva dell’Autorità



## *Chi può chiedere un parere di precontenzioso (art. 3 co. 2 Regolamento ANAC) - FAQ*

E' legittimato a presentare l'istanza di parere di precontenzioso l'organo di vertice della S.A. o del Soggetto Aggiudicatore, quale a titolo esemplificativo:

- Ministeri: Ministro, Segretario Generale, Direttore Generale;
- Enti Territoriali: Presidente della Giunta Regionale o Provinciale e Assessori, Sindaco e Assessori, Segretario Provinciale, Segretario Comunale, Segretario Generale, Direttore Generale;
- Università e altri istituti: Rettore, Preside, Direttore Amministrativo;
- Altre Autorità indipendenti e Agenzie: Presidente e Segretario Generale;
- Aziende Sanitarie: Direttore Generale, Direttore amministrativo;

**Privati:** legale rappresentante dell'operatore economico



## Anche enti esponenziali/ associazioni categoria (Delibera 195/2019)

- L'Anac, con Delibera n. 195 del 13 marzo 2019, ha chiarito che la legittimazione alla presentazione delle istanze di precontenzioso da parte delle **associazioni di categoria** “è ammessa nei limiti della legittimazione delle associazioni medesime a impugnare atti concernenti i singoli associati, ovvero solo ove gli stessi concretizzino anche una lesione dell’interesse collettivo tutelato da tali associazioni; condizione, quest’ultima, che è onere dei soggetti istanti comprovare puntualmente a pena di inammissibilità. Resta ferma, in ogni caso la possibilità, per tutte le associazioni di categoria, di attivare un intervento di vigilanza dell’Autorità, realizzabile anche attraverso l’esercizio dei poteri di cui all’art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del Codice”.



## Esiste un ordine di trattazione delle istanze pervenute?

Sì, come previsto all'art. 6 del Regolamento per il rilascio di pareri di precontenzioso, nella trattazione delle istanze pervenute, salva diversa indicazione del Consiglio, viene data nell'ordine priorità:

- a) alle istanze con manifestazione di volontà di due o più parti di attenersi a quanto stabilito nel parere;
- b) ***alle istanze di parere non vincolante relative a fattispecie legittimanti il ricorso di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter del Codice; (novità della Delibera n. 528/2022)***
- c) alle istanze presentate dalla Stazione appaltante;
- d) alle istanze che sottopongono questioni originali o di particolare impatto per il settore dei contratti pubblici;
- e) alle istanze concernenti appalti di importo superiore alla soglia comunitaria;
- f) alle istanze concernenti appalti di importo superiore a 40.000 euro.



## VINCOLATIVITA' EVENTUALE E A GEOMETRIA VARIABILE

- In caso di istanza di parere singola della stazione appaltante o della parte interessata il parere è non vincolante
- In caso di istanza congiunta, se le parti esprimono la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito
- In entrambi i casi il modulo con la richiesta di parere deve essere comunicato a tutti i soggetti interessati fornendone prova all'Autorità;



## Precisazioni sulla «vincolatività»

- L'efficacia vincolante del parere presuppone sempre la manifestazione di volontà di **almeno due “parti” del rapporto sostanziale** e che una di queste sia la stazione appaltante (LIPARI).
- Deve trattarsi di due soggetti tra cui è sorta la “questione controversa”, titolari cioè di posizioni giuridiche confliggenti e non convergenti (ad esempio, l'istanza presentata congiuntamente da due operatori titolari del medesimo interesse, perché esclusi dalla gara per analoghe ragioni, non viene considerata congiunta in assenza dell'adesione della stazione appaltante, il cui interesse sarà quello di difendere la legittimità di entrambe le esclusioni).
- La vincolatività del parere congiunto è stata definita “**a geometria variabile**” (DE NICTOLIS), in quanto l'effetto vincolante si produce nei confronti delle sole parti che vi abbiano preventivamente acconsentito. È, dunque, possibile che il parere non sia vincolante nei confronti di tutte le parti tra cui sorge il pre-contenzioso.



## VALUTAZIONE PRELIMINARE SU AMMISSIBILITÀ e procedibilità dell'istanza

### Inammissibilità in caso di:

- Assenza questione controversa (controversia in fase di gara);
- Presentazione da soggetti non legittimati;
- Avente ad oggetto provvedimenti inoppugnabili (**novità** del reg. del 2019);
- Pendenza di ricorso TAR;
- Istanza generica;
- Volta a controllo generalizzato sulla P.A.;
- Manifesta carenza di interesse.



## Improcedibilità in caso di:

- Mancata comunicazione ai controinteressati;
- Sopravvenienza di un ricorso;
- Sopravvenuta carenza di interesse;
- Rinuncia al parere.



## Novità introdotta dalla Delibera n. 528/2022

(Art. 7, comma 6, reg.)

Nei casi di **inammissibilità o improcedibilità** di istanze di precontenzioso, ad eccezione delle ipotesi in cui l'inammissibilità o l'improcedibilità siano dovute all'esistenza di un ricorso giurisdizionale avente il medesimo contenuto, l'Ufficio, laddove ravvisi la **sussistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, comma 1-bis e 1-ter** del codice, trasmette gli atti all'Ufficio competente entro 5 giorni dalla ricezione dell'istanza.



# Procedura *ordinaria* di rilascio del parere

(art. 9-10 del Regolamento ANAC)

- In caso di valutazione positiva sull'*ammissibilità* e *procedibilità dell'istanza* l'Ufficio comunica alle parti l'*avvio del procedimento* e assegna un termine non superiore a **5 giorni** per la presentazione di memorie e documenti;
- In caso di procedimento per l'emissione di un parere di precontenzioso non vincolante, nella comunicazione di avvio del procedimento, l'Ufficio **rende noto alle parti interessate che il procedimento può concludersi**, in luogo dell'adozione di un parere di precontenzioso, con la presentazione di un **ricorso diretto** ovvero **previo parere motivato** in presenza dei presupposti di cui all'art. 211, comma 1-bis e 1-ter del codice, secondo quanto previsto dall'art. 8 del Regolamento (*novità della Delibera n. 528/2022*);
- L'Ufficio valuta la necessità di *audizione* delle parti interessate;
- Conclusa l'istruttoria, l'Ufficio trasmette al Consiglio la bozza di parere per il definitivo esame e *l'approvazione*.



# *Procedura **semplificata** di rilascio del parere*

*(art. 11 del Regolamento ANAC)*

Parere **adottato dal Dirigente dell'Ufficio** (del precontenzioso) in caso di:

- gara sotto-soglia (o per lavori < 1 milione)
- di pacifica risoluzione
- anche sopra-soglia ma relativi a valutazioni discrezionali della s.a.

Il Consiglio è informato mensilmente dei pareri semplificati.



## *Comunicazione e adeguamento*

Il parere è **pubblicato** sul sito dell'Autorità e **comunicato** alle parti del procedimento.

Se **vincolante**, le parti sono tenute a comunicare le determinazioni assunte entro **35 giorni**

Se **non vincolante**, le parti le parti comunicano le determinazioni assunte entro **60 giorni**

**Sanzione** (amministrativa, ai sensi dell'art. 213, co. 13 d.lgs. 50/2016) in caso di **non veridicità o omesso riscontro**



## *Parere vincolante adeguamento*

Non sono previste forme di «esecuzione» del parere vincolante.

Tuttavia, in caso di impugnativa, il G.A. valuta il **comportamento della parte ricorrente**, ai sensi dell'art. 26 c.p.a. (condanna al pagamento delle spese di giudizio oppure per lite temeraria).



## *Bozza nuovo Codice dei contratti pubblici*

### **Art. 220**

**Pareri di precontenzioso e legittimazione ad agire  
dell'ANAC**



## *Bozza nuovo Codice dei contratti pubblici*

**1. Su iniziativa della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro 30 giorni dalla ricezione della richiesta. L'operatore economico che abbia richiesto il parere o vi abbia aderito lo può impugnare esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. La stazione appaltante o l'ente concedente che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro 15 giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'ANAC, che può proporre il ricorso di cui al comma 3.**



## *Bozza nuovo Codice dei contratti pubblici*

**2. L'ANAC è legittimata ad 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.**



## *Bozza nuovo Codice dei contratti pubblici*

**3. Se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice l'ANAC emette, entro 60 giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Con il regolamento di cui al comma 4, l'Autorità individua un termine massimo, che decorre dall'adozione o dalla pubblicazione dell'atto contenente la violazione, entro il quale il parere può essere emesso. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante. Se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a 30 giorni dalla trasmissione, l'Autorità può presentare ricorso, entro i successivi 30 giorni, innanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.**



## *Bozza nuovo Codice dei contratti pubblici*

**4.L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti, anche relativi alla fase esecutiva, con riferimento ai quali esercita i poteri di cui ai commi precedenti.**