

Le linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione:

*soft law with hard effects**

di Giorgio Martino**

21 agosto 2020

Sommario: 1. Premessa. – 2. Natura giuridica. – 3. Efficacia giuridica. – 4. Un esempio: le linee guida in materia di mezzi di prova dei gravi illeciti professionali e il problema delle sanzioni antitrust. – 5. Accesso alla tutela giurisdizionale e impugnabilità delle linee guida non vincolanti. – 6. Il sindacato giurisdizionale. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

L'Autorità Nazionale Anti-Corruzione (ANAC) è investita di numerosi e assai rilevanti poteri regolatori, sia in materia di trasparenza ed accesso civico, sia in materia di contratti pubblici. In particolare, il d.lgs. n. 50/2016 (c.d. "nuovo Codice dei contratti pubblici") ha attribuito ad ANAC il potere di adottare c.d. "linee guida", anche dotate di efficacia vincolante¹.

* Articolo tratto dalla relazione esposta al convegno "Modelli europei di contrasto alla corruzione: prevenzione, repressione e impatto sul sistema economico", Pisa, 4 Ottobre 2019.

**Dottorando di ricerca in scienze giuridiche presso l'Università di Pisa, curriculum in "Amministrazione, Mercato e Giustizia penale".

¹ La legge delega avente ad oggetto il recepimento delle direttive europee del 2014 in materia di contratti pubblici prevede, tra l'altro, " [l']attribuzione all'ANAC di piu' ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonche' di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa" (art. 1, lett. t, l. 11/2016). In particolare sono state individuate tre tipologie di atti attuativi del c.d. "Codice dei contratti pubblici", ossia: "a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante erga omnes, e in particolare le linee guida; c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante" (cfr. il parere del Consiglio di Stato sullo schema del d.lgs. 50/2016, Cons. St., comm. spec., parere n. 855, 01.04.2016, p. 37)

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Codice, l'attenzione di dottrina e giurisprudenza si è concentrata soprattutto sulle linee guida vincolanti², delle quali si è discussa la natura giuridica³ e persino la stessa compatibilità con il sistema delle fonti disegnato dalla Costituzione.

Il presente lavoro, viceversa, intende focalizzarsi sulle linee guida non vincolanti, anche alla luce della recente riforma effettuata con il c.d. "decreto sblocca-cantieri", il quale ha significativamente ridimensionato – anche se non del tutto eliminato – il potere di regolazione vincolante dell'ANAC⁴.

2. Natura giuridica

In primo luogo, è utile evidenziare che il potere regolatorio non vincolante dell'ANAC trova il proprio fondamento nell'art. 213, d.lgs. n. 50/2016, il quale

² Con tale espressione si intende qui fare riferimento alle linee guida adottate con delibera ANAC vincolante *erga omnes*. Le linee guida adottate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, infatti, hanno pacificamente natura di "regolamenti ministeriali ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 Agosto 1988, n. 400" (Cons. St., parere n. 855/2016, cit.)

³ La giurisprudenza, a partire dal parere del Consiglio di Stato sul d.lgs. n. 50/2016, ha ricondotto le linee guida vincolanti alla categoria dei c.d. "atti di regolazione" della autorità indipendenti (Cons. St., parere n. 855/2016, cit., pp. 39 ss.). Tale impostazione è stata criticata dalla dottrina, la quale ha evidenziato le rilevanti differenze tra ANAC e le altre autorità indipendenti ed ha ritenuto preferibile qualificare le linee guida come regolamenti natura normativa (cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, II, pp. 381 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, III, pp. 743 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 2016, III, pp. 273 ss.; C. DEODATO, "L'attuazione normativa del Codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative", in *Foro Amm.*, 2018, IX, pp. 1559 ss.; A. NARDONE, *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'ANAC: natura giuridica e strumenti di tutela*, in *Foro Amm.*, 2019, VI, pp. 1131 ss., par. 2. Sempre su analogie e differenze tra l'ANAC e la regolazione delle altre autorità indipendenti si vedano M. PASSALACQUA, *Soft law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Conc. e Merc.*, 2017, pp. 173 ss.; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *www.rivistadellaregolazioneideimercati.it*, 2016, II, pp. 72 ss.).

⁴ L'art. 1, lett. gg), n. 4), d.l. 32/2019, convertito con l. 55/2019, prevede l'introduzione di del comma 27-*octies* all'art. 216, d.lgs. 50/2016: in base a tale disposizione, dovrà essere approvato, secondo il procedimento previsto dall'art. 17, l. 400/1988, un unico regolamento attuativo del Codice. Tale atto dovrà sostituire "le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2". Tale novella non interferisce con il potere di emanare linee guida non vincolanti attribuito dall'art. 213, d.lgs. 50/2016, il quale resta impregiudicato. Inoltre, come ha avuto modo di sottolineare la stessa Autorità, il decreto "sblocca-cantieri" non ha fatto riferimento a tutte le norme attributive del potere di regolazione vincolante, il quale, dunque, verrà significativamente ridimensionato ma non del tutto escluso: si veda sul punto la nota pubblicata da ANAC sul proprio sito istituzionale <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/Prime%20valutazioni%20sul%20D.L.%2032-2019.pdf>. Si veda anche A. NARDONE, *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'ANAC*, cit., par. 2.

stabilisce che l'Autorità può adottare "*linee guida (...) ed altri strumenti di regolazione flessibile*".

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie considerano le linee guida non vincolanti come atti amministrativi sprovvisti di natura normativa. Esse, infatti, non contenendo prescrizioni precettive e vincolanti *erga omnes*, appaiono prive del requisito dell'innovatività, che è, invece, proprio degli atti normativi.

Nonostante la prevalente riconduzione al *genus* degli atti amministrativi, tuttavia, si registrano opinioni piuttosto diverse in ordine alla più specifica qualificazione delle linee guida non vincolanti.

Secondo un primo orientamento⁵, tali atti potrebbero rientrare nella controversa categoria della c.d. "*soft law*", la quale comprenderebbe tutte le "*norme di comportamento non vincolanti [ma] rilevanti sul piano giuridico*"⁶. Tale ricostruzione, peraltro, troverebbe almeno in parte conferma nell'espressione "*regolazione flessibile*" impiegata dall'art. 213, d.lgs. 50/2016.

Parte della dottrina, tuttavia, ritiene che il riferimento alla nozione di *soft law* sia inconferente, in quanto tale categoria comprende in sé atti tra loro eterogenei, senza definirne un regime unitario quanto a natura ed effetti giuridici⁷.

Alcuni studiosi, invece, tendono ad accostare le linee guida non vincolanti ad istituti ben noti nella tradizione del diritto amministrativo italiano, come le circolari⁸ o le direttive⁹: l'elemento comune, evidentemente, andrebbe rinvenuto nella natura di "norme interne" all'Amministrazione, incapaci di produrre effetti vincolanti *erga omnes*.

A fronte del vivace dibattito qui riassunto, non è facile prendere una posizione precisa, per almeno due ordini di motivazioni: in primo luogo, i confini tra le categorie dogmatiche coinvolte sono spesso incerti e sfuggenti. Inoltre, le conseguenze di ciascuna qualificazione in termini di regime giuridico applicabile non sono sempre ben definite, ragion per cui appare preferibile, almeno in questa sede, focalizzare l'attenzione sugli effetti giuridici prodotti dalle linee guida non vincolanti.

3. Efficacia giuridica

⁵Cfr., e.g. Cons. St., comm. spec., parere n. 1435, 31.05.2018; Cons. St., comm. spec., parere n. 1767, 02.08.2016, par. 4.2. Di *soft law* si parla anche in G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, su questa *Rivista*, 21.05.2020, p. 8.

⁶ B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *www.rivistadellaregolazioneideimercati.it*, 2016, II, p. 33; siveda anche V. S. SNYDER, *Soft law and International practice in the European Community*, in S. MARTIN, *The construction of Europe: essays in honour of Emile Noel*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994, pp. 197-198. Si vedano sul punto R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009 pp. 33 ss.; G. MORBIDELLI, *Degli effetti della soft law*, in *www.rivistadellaregolazioneideimercati.it*, 2016, II, pp. 1 ss.

⁷ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, cit., par. 16.

⁸ F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida*, cit., par. 7.

⁹ G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, cit., par.

In primo luogo, è evidente che, dal punto di vista pratico, le linee guida (vincolanti oppure no) costituiscono un punto di riferimento essenziale nell'attività operativa delle stazioni appaltanti. Nella prassi, infatti, le amministrazioni tendono a (cercare di) rispettare le linee guida¹⁰, anche al fine di tutelarsi da eventuali responsabilità, talvolta sconfinando nella c.d. "amministrazione difensiva"¹¹.

Sarebbe, tuttavia, riduttivo ritenere che le linee guida non vincolanti producano effetti esclusivamente in via di fatto. Come si è già evidenziato con riferimento alla *soft law*, infatti, "non vincolatività" non equivale ad irrilevanza giuridica

In particolare, la dottrina ritiene che le linee guida non vincolanti siano caratterizzate dalla c.d. "obbligatorietà condizionata": le singole stazioni appaltanti possono discostarsi da quanto previsto dalle linee guida, ma solo fornendo adeguata motivazione¹². Negli stessi termini si sono recentemente espressi anche la sezione atti normativi¹³ e l'ufficio studi¹⁴ del Consiglio di Stato.

A fronte di quanto esposto, appare criticabile l'orientamento c.d. "minimalista" espresso da parte della giurisprudenza, secondo il quale le linee guida non vincolanti rappresenterebbero una mera raccolta di buone pratiche, non produttiva di alcun effetto giuridico di rilievo. Pertanto, viene frequentemente sostenuto che esse "*non risultano idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara*"¹⁵.

Tale affermazione non sembra pienamente condivisibile, per almeno due ragioni. In primo luogo, la violazione delle linee guida può costituire una figura sintomatica di eccesso di potere, analogamente a quanto si ritiene con riferimento alle circolari. In secondo luogo, le linee guida possono essere utilizzate dal giudice amministrativo come criterio di interpretazione della normativa primaria e, dunque, incidere sulla verifica di un'eventuale violazione di legge da parte del provvedimento a valle.

¹⁰ F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione*, cit., par. 6. In sostanza, come sostenuto a proposito della *soft law* da B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività*, cit., p. 48, "*La soft law resta non vincolante, ma la non-compliance è resa più costosa (e, dunque, disincentivata)*"; in proposito si parla di efficacia "esistenziale" delle linee guida in F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida*, cit., par. 7.

¹¹ Tematica ben approfondita in M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, III, pp. 652 ss.; sul rischio che le linee guida contribuiscano a paralizzare l'attività amministrativa si veda S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, I, par. 2.

¹² G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., 18, ove si richiama, per l'aspetto terminologico N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1960, 71; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida*, cit., 8; C. DEODATO, *L'attuazione normativa del Codice dei contratti pubblici*, cit., 8.4; però cfr., *contra*, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit., p. 76.

¹³ Cfr. Cons. St., sez. atti normativi, parere n. 3235, 27.12.2019.

¹⁴ Cons. St., Ufficio Studi, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017, p. 36, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ Cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 7805, 13.11.2019; conformi, tra le altre, Cons. St., sez. V, sent. n. 6026, 22.10.2018; TAR Lazio, sez. I, sent. n. 8678, 03.07.2019.

Di conseguenza, appare difficile disconoscere il ruolo delle linee guida non vincolanti nel sindacato di legittimità sui provvedimenti adottati dalle singole stazioni appaltanti: contrariamente a quanto sostenuto da quella parte di giurisprudenza che aderisce all'orientamento minimalista, esse sono certamente un "*parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti*".

Naturalmente, con ciò non si vuole equiparare del tutto le linee guida non vincolanti a quelle vincolanti o agli atti di natura regolamentare, poiché in tal modo si priverebbe di qualunque significato la non vincolatività di tali linee guida e si entrerebbe in contraddizione con la nozione di "*regolazione flessibile*" prevista dall'art. 213, dlgs. 50/2016.

In particolare, una prima – forse ovvia – conseguenza della natura non vincolante di tali linee guida consiste nella possibilità, per le singole amministrazioni, di derogare alle medesime, seppur fornendo adeguata motivazione: ciò rappresenta una evidente differenza sia rispetto alle linee guida vincolanti, sia rispetto ai regolamenti.

In secondo luogo, analogamente a quanto ha affermato la Corte di giustizia dell'UE con riferimento alle comunicazioni della Commissione¹⁶, le linee guida non vincolanti non possono esaurire il potere discrezionale dell'amministrazione, dovendo, cioè, sempre residuare "a valle" delle stesse un margine di apprezzamento. Diversamente, infatti, si trasformerebbero le linee guida in indicazioni cogenti, in contrasto con la *ratio* della loro stessa istituzione.

Del quadro fin qui ricostruito, possono trovarsi riscontri non solo in autorevoli opinioni dottrinali, ma anche nella prassi giurisprudenziale: basterà svolgere una qualsiasi ricerca empirica sul tema per verificare che la violazione delle linee guida è assai frequentemente invocata nei ricorsi avverso provvedimenti delle stazioni appaltanti e tale aspetto viene attentamente valutato dai giudici amministrativi.

In particolare, al fine di approfondire il ruolo pratico delle linee guida, nel prossimo paragrafo si focalizzerà l'attenzione sul caso delle linee guida relative ai mezzi di prova dei gravi illeciti professionali, previste dall'art. 80, c. 13, d.lgs. 50/2016.

4. Un esempio: le linee guida in materia mezzi di prova dei gravi illeciti professionali e il problema delle sanzioni antitrust

Come noto, le cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici rappresentano da sempre un tema estremamente complesso e dibattuto, in

¹⁶ CGUE, sentenza 19.07.2016, C-526/14, *Kotnik e A.*, par. 39-45. La decisione riguardava una comunicazione della Commissione che stabiliva linee guida per la valutazione di compatibilità degli aiuti di Stato nel settore bancario. La Corte ha ritenuto la comunicazione legittima poiché veniva lasciato, "a valle" della stessa, uno spazio per le valutazioni discrezionali da parte della Commissione. Tale impostazione presenta marcate somiglianze con il concetto di "*open mindness*" elaborato dalla dottrina americana: sul punto si veda B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività*, cit., pp. 37 ss.

ragione del difficile contemperamento tra il principio del *favor participationis* e l'esigenza di individuare contraenti integri ed affidabili¹⁷.

Nel Codice dei contratti pubblici del 2016, le cause di esclusione sono disciplinate dall'art. 80, ove si prevede, tra l'altro, che un operatore economico venga escluso quando *"la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"* (art. 80, c. 5, lett. c), d.lgs. 50/2016). Il medesimo articolo attribuisce poi all'ANAC il potere di emanare linee guida volte a *"precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione"* dei gravi illeciti professionali.

L'Autorità è intervenuta nel Novembre 2016 adottando apposite linee guida¹⁸, nelle quali, oltre a fornire rilevanti indicazioni sui mezzi di prova, si sono anche individuate, in maniera non tassativa, le principali ipotesi di grave illecito professionale.

In sede consultiva¹⁹, il Consiglio di Stato ha qualificato le linee guida in oggetto come non vincolanti ed ha precisato che *"tali linee guida si limitano ad indicazioni meramente esemplificative e (...) non possono in alcun modo limitare gli apprezzamenti discrezionali da parte delle stazioni appaltanti, ovvero fornire una sorta di 'catalogo chiuso' di cause di esclusione"*²⁰.

Una questione assai dibattuta, già sotto la vigenza della precedente disciplina in materia di contratti pubblici²¹, riguarda la possibilità di includere tra i gravi illeciti professionali gli illeciti antitrust sanzionati dall'AGCM.

In proposito, le linee guida prevedevano che la stazione appaltante, *"ai fini dell'eventuale esclusione"* dovesse valutare i provvedimenti sanzionatori dell'AGCM *"divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato"*²². Peraltro, è appena il caso di precisare che, anche in presenza di tali presupposti, l'esclusione ha

¹⁷ La necessità di bilanciare le due opposte esigenze ben rappresenta la complessa evoluzione della normativa italiana in materia di contratti pubblici, caratterizzata dal progressivo superamento dell'originaria concezione contabile in favore della logica pro-concorrenziale di derivazione euro-unitaria. Cfr., *ex multis*, F. CAPPAL, *Le fonti normative dei contratti della Pubblica Amministrazione*, in *Resp.Civ. e Prev.*, 2017, IV, 3, nonché l'ulteriore dottrina ivi citata, compreso, in particolare, E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Milano, Utet, 2007, I, pp. 29 ss.

¹⁸ Cfr. linee guida ANAC n. 6, delibera n. 1293, 16.11.2016, reperibili sul sito istituzionale dell'Autorità al [link https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=051ee0620a7780427069d7c842833fc0](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=051ee0620a7780427069d7c842833fc0).

¹⁹ Benché ciò non sia espressamente imposto dalla legge, l'ANAC, per prassi, ha sempre trasmesso le bozze delle linee guida al Consiglio perché fosse espresso un parere preventivo.

²⁰ Cfr. Cons. St., comm. spec., parere n. 2286, 03.11.2016, ove si richiama anche il parere n. 855/2016, cit.

²¹ Le cause di esclusione erano in precedenza disciplinate dall'art. 38, d.lgs. 163/2006, ove si prevedeva la possibilità di escludere gli operatori economici in caso di *"errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"*.

²² Linee guida ANAC n. 6, cit., par. 2.1.3, ove si precisa che i provvedimenti devono avere ad oggetto *"pratiche commerciali scorrette o (...) illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare"*.

natura discrezionale e non vincolata, visto che spetta alla stazione appaltante valutare se l'illecito presenti una gravità tale da giustificare il provvedimento espulsivo²³.

Successivamente, ad Ottobre 2017 (ma con "entrata in vigore" dal 22.11.2017), senza alcuna variazione della norma primaria²⁴, ANAC ha modificato le linee guida, indicando alle stazioni appaltanti di valutare i provvedimenti AGCM "esecutivi". Il mutamento è sostanziale: mentre prima alle stazioni appaltanti veniva richiesto di valutare soltanto le sanzioni definitive, secondo la nuova versione delle linee guida si devono prendere in considerazione anche sanzioni ancora *sub judice*, purché abbiano efficacia esecutiva, cioè non siano state sospese dal giudice amministrativo.

Ebbene, è molto interessante notare come la modifica delle linee guida abbia significativamente inciso sul dibattito giurisprudenziale in materia. Inizialmente, infatti, la giurisprudenza tendeva a ritenere necessario, ai fini dell'esclusione, un provvedimento inoppugnabile o confermato²⁵. Viceversa, a partire dalla modifica delle linee guida ha cominciato, sempre più spesso, a ritenere sufficiente la sola esecutività della sanzione AGCM. Ad esempio, il TAR Lazio²⁶ ha annullato un'aggiudicazione a causa del fatto che la stazione appaltante non avesse valutato, ai fini di un'eventuale esclusione, una sanzione AGCM esecutiva ma ancora *sub judice*.

Va detto, per onestà intellettuale, che tale evoluzione giurisprudenziale si iscrive in una più ampia tendenza, di ispirazione europea, alla valorizzazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti. Nondimeno, il "peso specifico" delle linee guida appare comunque molto rilevante.

A ulteriore conferma di ciò, è interessante citare una vicenda relativa ad un istituto scolastico toscano che, il 20 Novembre 2017 (cioè prima che "entrasse in vigore" la nuova versione delle linee guida), aveva bandito una gara per l'affidamento in concessione del servizio di fornitura di cibo e bevande mediante distributori automatici.

La gara era vinta da una società, la quale, però, in precedenza aveva subito una sanzione AGCM per intesa anti-concorrenziale. Peraltro, tale sanzione era ancora *sub judice* davanti agli organi della giustizia amministrativa.

L'aggiudicazione veniva impugnata dalla seconda classificata, la quale lamentava la mancata esclusione dell'aggiudicataria per aver commesso un "grave illecito professionale".

²³Cfr. tra i molti A. G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. 50/2016*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2018, IV, pp. 259 ss.; R. DE NICTOLIS, "Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del Codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali", in www.giustizia-amministrativa.it, 2016, p. 15. La natura discrezionale del potere di esclusione della stazione appaltante è stata più volte affermata dalla giurisprudenza, sia in sede consultiva (cfr. Cons. St., pareri nn. 2286/2016 e 855/2016, cit.), sia in sede contenziosa (cfr., e. g., Cons. St., sez. III, sent. n. 3908, 11.06.2019).

²⁴ La quale è poi invece stata modificata con DL n. 135/2018.

²⁵ Cfr., e. g., TAR Toscana, Firenze, sez. II, sent. n. 1598, 20.12.2017.

²⁶ TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. n. 1119, 31.01.2018. La decisione è stata confermata da Cons. St., sez. V, sent. n. 1381, 24.02.2020.

Il ricorso veniva rigettato dal TAR Toscana²⁷ in ragione della non definitività della sanzione, *“non essendo quindi ancora perfezionato il requisito indispensabile per l’operatività della causa di esclusione, espressamente prospettato come necessario dalle Linee guida ANAC”*. Si faceva, dunque, riferimento alla versione originaria delle linee guida.

La ricorrente presentava appello al Consiglio di Stato, evidenziando, tra l’altro, l’intervenuta modifica delle Linee guida, che avrebbe richiesto di prendere in considerazione qualunque sanzione AGCM esecutiva, pur non definitiva.

Il Consiglio di Stato²⁸, tuttavia, dichiarava tale motivo d’appello infondato, affermando che *“la previsione richiamata dall’appellante (...) è entrata in vigore il 22 Novembre 2017, ovvero successivamente all’emanazione del bando, che è del 20 Novembre 2017 e dunque non è ad essa soggetto secondo la regola generale del tempus regit actum”*.

Dall’esempio riportato si evince chiaramente che le linee guida non vincolanti costituiscono un parametro di valutazione – pur non rigido – dell’attività amministrativa. Inoltre, i riferimenti a concetti come “entrata in vigore” e *tempus regit actum* sembrano evocare un regime più vicino agli atti normativi che a semplici raccolte di buone pratiche.

Peraltro, dall’evoluzione della giurisprudenza in materia di illeciti antitrust e gravi illeciti professionali, emerge che, in alcune occasioni, le linee guida sono state impiegate anche come parametro di valutazione del comportamento degli operatori economici partecipanti alle gare, con particolare riferimento alla dichiarazione che deve essere resa alla stazione appaltante al fine di verificare l’assenza di motivi di esclusione previsti dall’art. 80, d.lgs. 50/2016.

In particolare, in alcune cause si è discusso della mancata esclusione di imprese che avevano omesso di dichiarare di aver subito una sanzione antitrust ancora *sub judice*.

Ebbene, una parte della giurisprudenza ha ritenuto che tale omissione non costituisse causa di esclusione dalla gara, poiché la versione originaria delle linee guida, alla quale facevano rinvio sia il bandi di gara sia i documenti DGUE, non attribuiva alcuna rilevanza alle sanzioni ancora non definitive²⁹. Si riteneva, dunque, che le linee guida generassero un affidamento in capo agli operatori economici partecipanti.

²⁷ TAR Toscana, Firenze, sez. II, sent. n. 1406, 30.10.2018.

²⁸ Cons. St., sez. VI, sent. n. 2472, 16.04.2019.

²⁹Cfr. Cons. St., sez. III, sent. n. 6096, 04.09.2019 e Cons. St., sez. V, sent. n. 2917, 07.05.2019 *“in definitiva in presenza di un modulo DGUE, predisposto dalla stessa stazione appaltante “al fine di rendere tutte le dichiarazioni necessarie per la partecipazione alla procedura” (così testualmente la previsione di cui allo 0.3 del Disciplinare), che conteneva il rinvio alle indicazioni delle Linee guida che si riferivano esclusivamente alle sanzioni divenute inoppugnabili o confermate con sentenza passata in giudicato (circostanze pacificamente non ricorrenti nella fattispecie in esame) e non anche a quelle meramente esecutive (contemplate dalla versione aggiornata delle Linee guida di cui alla deliberazione del Consiglio n. 1008 dell’11 ottobre 2017) ed in assenza di specifiche previsioni della lexspecialis idonee ad avvalorare tale ultima opzione (cioè l’obbligo di dichiarare anche sanzioni meramente*

Invero, altra parte della giurisprudenza ha adottato un orientamento più rigoroso, ritenendo i partecipanti gravati dall'obbligo di dichiarare *“qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione”*³⁰. Ciò testimonia quanto sia complicato definire gli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici: non casualmente, del resto, la questione è stata recentemente rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³¹.

In ogni caso, gli ulteriori esempi pratici riportati confermano la significativa rilevanza delle linee guida non vincolanti, le quali possono senz'altro avere una rilevante influenza sull'esito concreto sia delle procedure ad evidenza pubblica sia degli eventuali giudizi di impugnazione.

5. Accesso alla tutela giurisdizionale e impugnabilità delle linee guida non vincolanti

Se nei paragrafi precedenti si sono messi in evidenza i rilevanti effetti giuridici delle linee guida non vincolanti, occorre adesso concentrare l'attenzione sulla giustiziabilità delle medesime in sede giurisdizionale.

In proposito, deve subito sottolinearsi che l'art. 213, d.lgs. 50/2016, prevede espressamente *“l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”*.

Nonostante la formulazione piuttosto *tranchant* della suddetta disposizione, l'impugnabilità delle linee guida non vincolanti rimane una questione piuttosto delicata, in ragione della necessità di verificare, nei singoli giudizi impugnatori, la sussistenza di un concreto interesse a ricorrere.

In primo luogo, si discute se le linee guida possano essere impugnate immediatamente oppure soltanto insieme ad un provvedimento che ne faccia applicazione. Sul punto, la giurisprudenza si è recentemente espressa in senso restrittivo, dichiarando inammissibile per carenza di interesse l'impugnazione con motivi aggiunti proposta da ASPI s.p.a. contro le linee guida – peraltro in parte vincolanti – adottate da ANAC ai sensi dell'art. 177, d.lgs. 50/2016. Il TAR Lazio, infatti, ha ritenuto che tale *“atto di regolazione dell'Anac non presenta[sse] carattere immediatamente lesivo”*³².

esecutive), non vi è alcun elemento univoco e ragionevole da cui far emergere un obbligo del concorrente di dichiarare le sanzioni non definitive”. Si veda anche, in proposito, F. DURANTE, *Aspetti irrisolti in tema di goldplating di efficacia scriminante delle linee guida*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019, pp. 9 ss.

³⁰ Cons. St., sez. V, sent. n. 3592, 11.06.2018.

³¹ Cons. St., sez. V, ord. n. 2332, 09.04.2020. Si veda sul punto G. RIVELLINI, *Gli obblighi dichiarativi nel codice dei contratti pubblici: tra omesse e false dichiarazioni*, in *Urb. e App.*, 2020, II, pp. 163 ss.;

³² TAR Lazio, sent. 8678/2019, cit.; in tale causa si discuteva dell'obbligo, a carico dei concessionari come ASPI s.p.a., di affidare *“una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e*

Parte della dottrina, viceversa, è maggiormente propensa ad ammettere l'impugnazione diretta delle linee guida, analogamente a quanto accade con riferimento agli atti di regolazione delle autorità indipendenti³³ e ad alcune circolari³⁴.

La questione è sicuramente controversa: da una parte, è vero che linee guida ANAC, a differenza degli atti regolatori delle altre autorità indipendenti, sono indirizzate alle stazioni appaltanti e, dunque, l'eventuale lesione delle situazioni soggettive di operatori economici terzi è in genere "mediata" da provvedimenti adottati dalle stazioni appaltanti "a valle" delle linee guida.

Dall'altra, tuttavia, la dottrina sopra citata coglie sicuramente nel segno evidenziando il rischio di un vuoto di tutela giurisdizionale rispetto ad atti che sono ben lungi dall'essere privi di effetti.

Pertanto, a prescindere dalla posizione che si voglia assumere in punto di impugnabilità diretta, è cruciale che sia, in ogni caso, consentito l'accesso (magari anche unitamente all'impugnazione dei provvedimenti delle singole stazioni appaltanti) ad una piena tutela giurisdizionale, dando agli interessati la possibilità di ottenere l'annullamento delle linee guida con efficacia *erga omnes*³⁵.

forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica" (art. 177, c. 1, d.lgs. 50/2016). Quanto al rispetto di tale obbligo, l'art. 177, c. 3, d.lgs. 50/2016 stabilisce che *"la verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC viene effettuata annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione"*. Ebbene, la società Autostrade aveva, tra l'altro, impugnato le suddette linee guida ANAC.

³³ M. PASSALACQUA, *Soft law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit., p. 192, ove si cita, tra le altre, TAR Lazio, sez. I, sent. n. 10709, 30.10.2002, relativa ad un atto di *soft regulation* della CONSOB, ritenuto direttamente impugnabile per la *"propria peculiare capacità di incidenza sui rapporti economici"*.

³⁴ F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida*, cit., par. 10, ove si citano due casi di ricorsi diretti avverso circolari ritenuti ammissibili dal giudice amministrativo: il primo riguarda la "circolare del Ministro dell'interno che dava indicazioni ai Prefetti volte ad esercitare il potere di annullamento d'ufficio sulle trascrizioni nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso effettuate da alcuni sindaci italiani" (TAR Lazio, sez. I-ter, sent. n. 4028, 11.03.2015). Il secondo è invece relativo ad *"una circolare, sempre del Ministro dell'interno, con la quale si raccomandava l'utilizzo di alcune tecniche da adottare per i rivestimenti interni di camini e canne fumarie al fine di ottenere la prescritta certificazione di agibilità"* (Cons. St., sez. VI, sent. n. 3653, 09.06.2010). La circolare era stata impugnata, in assenza di atti esecutivi, da un operatore del settore, che non si atteneva alle prescrizioni previste dalla circolare: il ricorrente riteneva che tale atto fosse per lui gravemente pregiudizievole, rischiando, di fatto, di escluderlo dal mercato.

³⁵ F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida*, cit., par. 10, dove, tra l'altro, si critica l'atteggiamento storicamente mostrato dalla giurisprudenza amministrativa nei confronti delle circolari: *"Quando l'amministrazione ha seguito la circolare, è stato invece frequente un approccio che sembra negarle efficacia giuridica: le circolari, si dice in una massima frequente, hanno una funzione di interpretazione della legge, sicché non hanno effetto lesivo, non devono essere impuginate né possono essere annullate dal giudice"*. Tale approccio, evidentemente, rende alquanto difficile giungere all'annullamento della circolare, in quanto il giudice, in presenza di profili di illegittimità, si limiterà ad annullare il provvedimento adottato "a valle" della circolare. Sull'impugnabilità delle circolari, una posizione più articolata è invece espressa da C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici*, cit., par. 13, tra linee guida *"contenenti istruzioni operative indirizzate alle stazioni*

Del resto, benché le linee guida siano per prassi sottoposte a parere preventivo di legittimità, la necessità di un controllo giurisdizionale è stata affermata a chiare lettere anche dallo stesso ufficio studi del Consiglio di Stato³⁶.

6. Il sindacato giurisdizionale

Dopo aver trattato il tema dell'accesso alla tutela giurisdizionale, occorre ora soffermarsi sulle forme ed i caratteri del sindacato giurisdizionale sulle linee guida ANAC, il quale riguarda *"tutti i vizi di legittimità afferenti sia al procedimento di formazione che al rispetto dei limiti sostanziali"*³⁷.

Il controllo sul procedimento, in particolare, si deve concentrare sulla corretta applicazione degli istituti di partecipazione, come la consultazione pubblica, e sull'utilizzo degli strumenti di c.d. *"better regulation"* come l'analisi di impatto della regolazione (AIR). Come accade per le altre autorità indipendenti³⁸, infatti, il *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione politico-democratica deve essere compensato da un rafforzamento della legalità procedimentale³⁹.

In ogni caso, a differenza di quanto si è verificato per alcune autorità regolatorie di settore, il procedimento di formazione delle linee guida ANAC non è stato oggetto di particolare contenzioso.

Maggiori interrogativi possono, invece, nascere dal sindacato di legittimità sostanziale sulle linee guida ANAC, il quale richiede uno scrutinio sia sull'effettiva sussistenza in concreto (c.d. *"controllo sull'an"*) del potere regolatorio dell'Autorità, sia sulle modalità di utilizzo del medesimo (c.d. *"controllo sul quomodo"*).

Il controllo sull'*an* può porre l'interprete di fronte al noto problema dei c.d. poteri impliciti⁴⁰, del quale la giurisprudenza si è diffusamente occupata con riferimento alle altre autorità indipendenti⁴¹. Rispetto ad ANAC, si è discusso dell'eventuale

appaltanti", che sarebbero impugnabili, e linee guida limitate alla sola *"interpretazione della norma di legge"*, che invece non sarebbero impugnabili in quanto prive di portata lesiva.

³⁶Cons. St., Uff. studi, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 30 ss.; le ragioni per cui il controllo preventivo non può rimpiazzare il sindacato giurisdizionale sono ben illustrate in C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo: il caso delle linee guida ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, p. 23.

³⁷Cons. St., Uff. studi, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 36.

³⁸ Cfr., e. g. Cons. St., sez. VI, sent. n. 3051, 17.06.2014, ripresa da P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. Amm.*, 2018, II, 337.

³⁹ Cfr. Cons. St., pareri nn. 855/2016, cit., p. 40 e n. 1767/2016, cit.

⁴⁰ La letteratura sul tema è davvero assai ampia. Si vedano, *ex multis*, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, IV, 703; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001; inoltre, il rapporto tra i poteri di ANAC ed il principio di legalità è ben approfondito in P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁴¹ Un rilevante contenzioso, al riguardo, si è sviluppato sugli atti di regolazione dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas. Per un'approfondita ricognizione in merito si veda, *ex multis*, M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, I, 80.

sussistenza di un implicito potere di ordine verso le amministrazioni in caso di violazione delle norme in materia di incompatibilità ed inconfiribilità, ma la giurisprudenza è generalmente orientata in senso restrittivo⁴².

Per quanto riguarda le linee guida non vincolanti, la formulazione assai ampia dell'art. 213, d.lgs. 50/2016, sembra consentire una notevole espansione del potere regolatorio dell'Autorità, in quanto si prevede genericamente che le linee guida possono essere emanate per garantire *"la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti (...) la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche"*.

La latitudine della norma attributiva del potere regolatorio, tuttavia, deve essere coordinata con l'art. 1, c. 1, lett. a), l. 11/2016, il quale stabilisce il divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive (c.d. *"divieto di gold plating"*). È, dunque, evidente che tale previsione rappresenta un limite per il potere regolatorio dell'Autorità, la quale non potrà utilizzare le linee guida, neppure quelle non vincolanti, per introdurre livelli di regolazione superiori ai minimi⁴³.

Un'interessante applicazione del divieto di *gold plating* può rinvenirsi in un parere⁴⁴ recentemente reso dal Consiglio di Stato sullo schema di linee guida non vincolanti contenenti *"Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali"*⁴⁵.

Nel caso di specie, ANAC chiedeva parere sulla legittimità complessiva dell'atto e, soprattutto, sulla scelta, operata al paragrafo 1.6 delle linee guida, di estendere anche alle concessioni di servizi sociali la disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici agli artt. 164 ss., al fine di evitare di *"rimettere ad atti interni alle stazioni appaltanti l'intera regolazione di elementi fondamentali dell'istituto e, in specie, tutta la disciplina contenuta nella parte III del codice per le concessioni di servizi"*⁴⁶.

Sul punto, il Consiglio di Stato evidenziava che, ai sensi della direttiva europea sulle concessioni, agli affidamenti di servizi sociali si sarebbero dovute applicare solamente alcune specifiche disposizioni⁴⁷. Di conseguenza, estendere alle concessioni di servizi sociali la disciplina prevista dal codice dei contratti pubblici avrebbe costituito una chiara violazione del divieto di *gold plating*.

⁴² Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. n. 11270, 14.11.2016; TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. n. 6593, 08.06.2016

⁴³ Sull'applicazione del divieto di *gold plating* agli atti dell'ANAC, con particolare riferimento al c.d. *"rating di legalità"*, si veda G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, cit., p. 6.

⁴⁴ Cons. St., sez. atti norm., parere n. 3235, 27.12.2019.

⁴⁵ Si veda il sito istituzionale dell'ANAC, al link https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ContrattiPubblici/LineeGuida/_ProposteDiLineeGuida_20191209.

⁴⁶ Cons. St. 3235/2019, cit.

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 19, dir. 2014/23/UE, alle concessioni di servizi sociali devono applicarsi soltanto gli artt. 31, par. 3 (obbligo di pubblicare un avviso di pre-informazione), 32 (obbligo di pubblicazione degli avvisi di aggiudicazione), 46 e 47 (recanti modifiche alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE).

Peraltro, nel parere si precisa che la natura non vincolante delle linee guida non impedisce di ritenere violato il divieto di *gold plating*, visto che tali linee guida, “*anche alla luce della giurisprudenza della Sezione, per essere disattese richiedono che l'amministrazione specificamente motivi la ragione per cui decide di discostarsene. Si tratta dunque di atti provenienti da un'Autorità, particolarmente qualificata, con la conseguenza che devono mantenersi nell'ambito della cornice delineata dalle direttive e dal legislatore*”⁴⁸.

L'affermazione riportata appare condivisibile: riconoscere la rilevanza giuridica delle linee guida impone di controllarne la legittimità sotto ogni profilo. Nondimeno, in prospettiva futura, la verifica in concreto del rispetto del divieto di *gold plating* potrebbe creare alcune criticità: se nel caso di specie le linee guida avevano esteso *tout cour* l'ambito applicativo di un intero blocco di disposizioni, in altre situazioni l'Autorità potrebbe adottare soluzioni più “sfumate”, al confine tra promozione delle buone pratiche e *gold plating*. In ogni caso, sarà interessante osservare gli sviluppi futuri della giurisprudenza.

Infine, resta da trattare il tema del sindacato sulle modalità di esercizio del potere regolatorio (c.d. controllo sul *quomodo*), il quale dovrebbe atteggiarsi in maniera simile al controllo sui regolamenti, piuttosto che a quello sugli atti delle altre autorità indipendenti. Come ha osservato autorevole dottrina⁴⁹, infatti, le linee guida ANAC non coinvolgono, se non in misura ridotta, apprezzamenti di natura tecnica ed extra-giuridica, a differenza di quanto accade con riferimento agli atti dell'AGCM e delle autorità di regolazione di settore, dove la c.d. discrezionalità tecnica gioca un ruolo essenziale.

Il sindacato sulle linee guida, in particolare, non dovrebbe limitarsi alla verifica del rispetto della norma attributiva del potere regolatorio, ma dovrebbe estendersi ad un approfondito controllo sulla ragionevolezza e logicità delle scelte discrezionale compiute, nonché sulla coerenza delle medesime con i principi generali dei contratti pubblici⁵⁰. In tal senso, può dunque assumere rilievo anche il vizio di eccesso di potere.

Evidentemente, l'attuazione pratica di tale sindacato appare assai problematica, come testimonia l'assenza di casistica giurisprudenziale in merito. A fronte di ciò, un possibile strumento per vagliare la ragionevolezza delle scelte discrezionali effettuate potrebbe essere il c.d. sindacato di proporzionalità.

Si pensi, a titolo d'esempio, al tema delle sanzioni antitrust e della loro rilevanza ai fini di un'eventuale esclusione ai sensi dell'art. 80, d.lgs. 50/2016. Come si è evidenziato in precedenza, la versione più recente delle linee guida ANAC prevede che

⁴⁸Cons. St. 3235/2019, cit.

⁴⁹F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida*, cit., par. 10

⁵⁰Cons. St., Uff. Studi, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 36-37; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*, cit., pp. 27 ss.; ID., *L'attuazione normativa del codice dei contratti*, cit., par. 13; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., par. 10.

siano prese in considerazione tutte le sanzioni “*esecutive*”, senza richiederne, dunque, la definitività.

Ebbene, se un operatore economico destinatario di una sanzione esecutiva ma ancora *sub judice* venisse per tale ragione escluso da una gara, questi potrebbe avere interesse a contestare sia il singolo provvedimento di esclusione, sia la previsione generale delle linee guida. In particolare, si potrebbe mettere in discussione la ragionevolezza e proporzionalità della scelta di attribuire rilievo a sanzioni non definitive, alla luce del sacrificio imposto al principio del *favor participationis*.

Evidentemente, mediante l'esempio appena prospettato non si vuole prendere posizione a favore dell'illegittimità delle linee guida (le quali sembrano, anzi, pienamente conformi ai principi di diritto europeo), ma solamente ipotizzare una possibile applicazione pratica del sindacato di proporzionalità alle linee guida.

7. Conclusioni

Nei paragrafi precedenti si sono sinteticamente ripercorsi i caratteri essenziali delle linee guida non vincolanti dell'ANAC. In particolare, si è evidenziato che tali atti, pur venendo frequentemente ricondotti alla discussa categoria della c.d. “*soft law*”, hanno, in realtà, un'efficacia sia pratica sia giuridica tutt'altro che trascurabile. Di qui la scelta, nel titolo del presente contributo, dell'espressione “*soft law with hard effects*”.

Da tali considerazioni deriva la necessità di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, che consenta una reale giustiziabilità delle linee guida, le quali, come ha di recente confermato lo stesso Consiglio di Stato, devono comunque mantenersi nella cornice della legalità.

Fino ad ora, tuttavia, il sindacato sulle linee guida in sede giudiziale è stato estremamente limitato, probabilmente, anche grazie al vaglio preventivo svolto dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Nella prassi, infatti, il contenzioso si è concentrato sulle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti, senza coinvolgere le linee guida, sia quelle vincolanti sia quelle non vincolanti. In tal modo, tuttavia, viene preclusa la possibilità di sindacare le linee guida e, in caso di illegittimità, di annullarle rimuovendone gli effetti, i quali, come si è ripetutamente evidenziato, sono tutt'altro che trascurabili.

Sarà interessante verificare se in futuro ci saranno novità anche sotto questo profilo o se, viceversa, il controllo di legittimità sulle linee guida resterà demandato ai soli pareri del Consiglio di Stato.