

INDICE

| | |
|----------------|------|
| Premessa | XIII |
|----------------|------|

CAPITOLO 1

Il contratto pubblico

| | |
|--|----|
| 1. Un ossimoro solo apparente | 1 |
| 2. I principi generali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione | 4 |
| 3. La tormentata evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici..... | 7 |
| 4. La portata della riforma attuata con il codice del 2016, integrato dal decreto correttivo n. 56/2017..... | 9 |
| 5. Cos'è il contratto pubblico?..... | 11 |
| 6. segue. Il profilo soggettivo del contratto pubblico: la necessaria "soggettività" pubblica..... | 11 |
| 6.1. La necessaria intersoggettività sostanziale del contratto pubblico | 12 |
| 7. I criteri oggettivi di classificazione dei contratti pubblici | 14 |
| 7.1. I contratti attivi e passivi | 14 |
| 7.2. Concessioni e appalti pubblici..... | 15 |
| 7.2.1. La nozione di contratto di appalto pubblico | 15 |
| 7.2.2. Il contratto di concessione | 17 |
| 7.2.3. Le forme contrattuali di confine tra l'appalto e la concessione..... | 19 |
| 8. La forma del contratto pubblico | 20 |
| 9. Il regime giuridico del contratto pubblico | 22 |

CAPITOLO 2

La procedura di gara

| | |
|---------------------------|----|
| 1. Profili generali | 27 |
|---------------------------|----|

| | | |
|-----|---|----|
| 2. | La fase dell'evidenza pubblica a monte della procedura di selezione del contraente: la determina a contrarre..... | 31 |
| 3. | L'atto iniziale della procedura di selezione del contraente: il bando di gara | 34 |
| | 3.1. Il sindacato giurisdizionale sui bandi di gara | 36 |
| | 3.1.1. L'orientamento tradizionale esclude la disapplicazione dei bandi e ne limita l'immediata impugnazione alle sole statuizioni espulsive | 36 |
| | 3.1.2. Tesi minoritaria secondo cui non esistono clausole immediatamente lesive | 38 |
| | 3.1.3. Tesi minoritaria che dilata il novero delle clausole del bando necessitanti di immediata impugnazione | 39 |
| | 3.1.4. L'orientamento eccentrico favorevole alla disapplicazione del bando | 41 |
| | 3.1.5. L'Adunanza Plenaria e la Corte di Giustizia confermano l'indirizzo tradizionale che richiede la necessaria impugnazione del bando, distinguendo tra impugnazione immediata o differita a seconda dell'attuale lesività o meno delle prescrizioni | 43 |
| | 3.1.6. La Plenaria è nuovamente chiamata a fissare il regime dell'impugnazione dei bandi di gara: verso una nuova nozione di interesse legittimo in materia di appalti pubblici? (Cons. Stato. sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138) | 46 |
| | 3.2. Il regime processuale del sindacato sui bandi di gara | 48 |
| 4. | La proposta di aggiudicazione | 51 |
| 5. | La verifica e approvazione della proposta di aggiudicazione | 53 |
| 6. | L'aggiudicazione quale provvedimento conclusivo (non efficace) della fase pubblicistica | 55 |
| | 6.1. L'aggiudicazione e la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario | 56 |
| 7. | Il confine tra la fase pubblicistica e quella privatistica – gli obblighi di <i>stand still</i> : il primo termine dilatorio per la stipula del contratto | 57 |
| 8. | Il secondo termine dilatorio per la stipula del contratto | 60 |
| 9. | (<i>Segue</i>): le sanzioni per la violazione degli obblighi di <i>stand still</i> | 61 |
| 10. | Il termine 'massimo' per la stipula del contratto e le situazioni giuridiche soggettive dell'aggiudicatario prima di divenire contraente..... | 62 |
| 11. | Le procedure di aggiudicazione per i contratti passivi nel nuovo codice | 63 |
| | 11.1. Procedura aperta e procedura ristretta: le 'ordinarie' vie di affidamento dei contratti pubblici..... | 66 |

| | |
|---|----|
| 11.2. La procedura competitiva con negoziazione | 68 |
| 11.3. Il dialogo competitivo | 70 |
| 11.4. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara | 72 |
| 11.5. Il partenariato per l'innovazione..... | 76 |
| 11.6. La procedura negoziata con previa indizione di gara | 78 |

CAPITOLO 3

Autotutela amministrativa e contratto pubblico: la strana coppia

| | |
|---|----|
| 1. Il potere di farsi giustizia da sé: un privilegio antico | 81 |
| 2. L'autotutela successiva al contratto: un mistero ancora affasci- nante | 83 |
| 3. I termini del problema nella vigenza del vecchio codice: la ri- sposta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 14/2014)..... | 84 |
| 4. I termini del dibattito dopo il nuovo codice, tra tradizione pub- blicistica e sirene privatistiche | 86 |
| 4.1. Il quadro comunitario alla luce del quale vanno lette le nuo- ve norme codicistiche | 87 |
| 4.2. Il quadro nazionale alla luce degli articoli 108 e 109 del nuovo codice in materia di recesso e risoluzione | 90 |
| 4.2.1. Limiti temporali e possibilità dell'annullamento d'uffi- cio in casi diversi da quelli contemplati dall'articolo 108 del codice..... | 97 |
| 4.3. La cessazione delle concessioni ex art. 176: un annulla- mento mascherato? | 98 |

CAPITOLO 4

Il nuovo precontenzioso amministrativo

| | |
|--|-----|
| 1. I nuovi poteri precontenziosi trasformano l'ANAC nel primo giudice dei contratti pubblici | 102 |
| 2. I pareri di precontenzioso (art. 211, comma 1, del nuovo co- dice dei contratti pubblici) tra consulenza collaborativa e fu- nzione paragiurisdizionale | 103 |
| 2.1. La fisionomia di una creatura tutta da scoprire | 103 |
| 2.1.1. La qualificazione atecnica dell'istituto | 104 |
| 2.1.2. Le molteplici tesi sulla natura giuridica del rimedio | 107 |

| | |
|--|-----|
| 2.2. I nodi al pettine e le sfida da raccogliere | 107 |
| 2.3. È necessario un atto di recepimento del parere da parte della stazione appaltante? | 109 |
| 2.4. Le lacune procedurali della norma primaria e l'importanza nevralgica del regolamento di procedura | 113 |
| 2.5. La previsione espressa dell'impugnabilità del parere vincolante dell'ANAC | 115 |
| 2.6. Il parere di precontenzioso al vaglio consultivo del Consiglio di Stato (parere 14 settembre 2016, n. 1920)..... | 116 |
| 2.7. Il nuovo regolamento ANAC del 5 ottobre 2016: "Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso" | 120 |
| 3. Il potere speciale dell'ANAC di impugnare i provvedimenti affetti da gravi violazioni del codice | 121 |
| 3.1. Dalle ceneri delle raccomandazioni vincolanti sorge il potere di azione dell'ANAC: il modello della legittimazione processuale speciale dell'AGCM e la funzione di "advocacy" | 121 |
| 3.1.1. Il confronto con l'art. 21- <i>bis</i> della legge n. 287/1990. Le differenze dallo schema proposto dal Consiglio di Stato..... | 123 |
| 3.1.2. Il fondamento della legittimazione processuale dell'ANAC. Il carattere speciale o straordinario del potere di azione e la giurisdizione di diritto oggettivo | 126 |
| 3.1.3. I dubbi di legittimità costituzionale del potere di azione speciale dell'AGCM e dell'ANAC..... | 129 |
| 3.2. L'ambito di applicazione della nuova disciplina | 130 |
| 3.2.1. Lo spazio oggettivo e soggettivo di operatività del nuovo istituto: l'intento limitativo del legislatore | 130 |
| 3.2.2. Il parametro di legittimità delle censure deducibili dall'ANAC: la nozione di "grave" violazione del codice. L'ANAC ha il potere di denunciare i vizi di incompetenza e di eccesso di potere? | 132 |
| 3.3. La fase preliminare alla proposizione del ricorso e l'emanazione del parere motivato..... | 134 |
| 3.3.1. Il procedimento preliminare all'esercizio dell'azione | 134 |
| 3.3.2. La fase preliminare è sempre condizione di ammissibilità del ricorso? | 135 |
| 3.3.3. Il procedimento ha natura giuridica "privata" o amministrativa? Il potere dell'ANAC è libero, discrezionale, doveroso, o eventualmente autovincolato? | 137 |
| 3.3.4. Le conseguenze della violazione del dovere di procedere dell'ANAC..... | 139 |
| 3.3.5. L'iniziativa di "denuncia" dei soggetti privati. Il Consi- | |

| | |
|--|-----|
| derando n. 122 e la tutela dei “cittadini-contribuenti” imposta dal diritto UE | 140 |
| 3.3.6. Gli atti di preiniziativa adottati da soggetti privati o pubblici possono costituire un obbligo di procedere in capo alla Autorità? | 142 |
| 3.3.7. Il termine per l’emissione del parere motivato e la sua decorrenza..... | 143 |
| 3.3.8. L’art. 21- <i>nonies</i> della legge n. 241/1990: il parere motivato è soggetto al limite temporale di diciotto mesi e al principio del termine ragionevole? | 146 |
| 3.3.9. La partecipazione della stazione appaltante e dei terzi al procedimento | 147 |
| 3.3.10. La conclusione della prima fase del procedimento preliminare: la natura giuridica del parere motivato e dei suoi effetti..... | 147 |
| 3.3.11. Gli effetti sostanziali del parere motivato: un dovere della stazione appaltante di attivare l’autotutela?..... | 149 |
| 3.3.12. Il parere motivato è autonomamente e immediatamente impugnabile?..... | 150 |
| 3.3.13. I provvedimenti adottati dall’amministrazione in seguito alla pronuncia del parere | 152 |
| 3.3.14. Il termine assegnato all’amministrazione per l’adeguamento al parere motivato | 154 |
| 3.4. La fase processuale..... | 156 |
| 3.4.1. Dal parere motivato alla proposizione del ricorso. L’oggetto del giudizio nel caso di conferma espressa dell’originario provvedimento..... | 156 |
| 3.4.2. L’ANAC deve dimostrare la sussistenza di un concreto diretto e attuale interesse al ricorso?..... | 157 |
| 3.4.3. La competenza territoriale: l’applicazione delle regole generali e la inoperatività della competenza funzionale del TAR Lazio. Il rito applicabile e il rinvio all’art. 120 del c.p.a. | 159 |
| 3.4.4. Le regole processuali: la compatibilità con il rito speciale su ammissioni ed esclusioni..... | 159 |
| 3.4.5. Il giudizio cautelare | 160 |
| 3.4.6. I motivi aggiunti e l’impugnazione di provvedimenti connessi: è necessaria l’emanazione di un nuovo parere motivato?..... | 161 |
| 3.4.7. Le domande proponibili al giudice amministrativo. L’azione di annullamento esaurisce la legittimazione speciale dell’ANAC?..... | 162 |
| 3.4.8. L’appello e le altre impugnazioni | 165 |

CAPITOLO 5

Il riparto di giurisdizione

1. La giurisdizione esclusiva in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture (art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.).....167
 - 1.1. La nozione di procedura di evidenza pubblica169
 - 1.2. La mancata stipula del contratto170
 - 1.3. Ulteriori profili oggettivi e soggettivi.....171
 - 1.4. La cognizione incidentale delle questioni di diritto soggettivo e le questioni risarcitorie173
 - 1.5. Le questioni relative all'esecuzione176
 - 1.6. L'inefficacia derivata del contratto178
2. Autotutela post-contrattuale e giurisdizione.....182

CAPITOLO 6

Le tecniche di tutela

1. Il diritto processuale degli appalti pubblici: un banco di prova sperimentale.....185
2. La tutela costitutiva: l'azione di annullamento.....187
 - 2.1. Le regole del giudizio impugnatorio in materia di contratti pubblici187
3. La tutela specifica (o di esatto adempimento): l'azione di condanna all'aggiudicazione della gara e alla stipulazione del contratto (art. 124 c.p.a.). Rinvio.....189
4. *segue*. Tutela specifica e inefficacia del contratto190
 - 4.1. Natura e regime dell'inefficacia contrattuale a valle dell'annullamento dell'aggiudicazione191
 - 4.2. Art. 121 c.p.a.: inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni194
 - 4.3. Art. 122 c.p.a.: ipotesi residuali e discrezionali di inefficacia del contratto197
 - 4.4. Inefficacia del contratto e tutela cautelare198
 - 4.5. È necessaria la domanda di parte ai fini della declaratoria di inefficacia del contratto?199
 - 4.6. Art. 123 c.p.a.: le sanzioni alternative201
5. La tutela risarcitoria (art. 124 c.p.a.)203
 - 5.1. Il risarcimento in materia di contratti pubblici non richiede l'elemento soggettivo.....206

CAPITOLO 7

Il processo speciale e il rito specialissimo

| | | |
|-----|---|-----|
| 1. | Inquadramento generale: origine ed evoluzione del rito “super-speciale” in materia di contratti pubblici..... | 209 |
| 2. | La fase introduttiva dei giudizi: i termini di proposizione dell’azione | 211 |
| 3. | <i>Segue</i> : la notifica alla stazione appaltante (oltre che all’Avvocatura dello Stato) | 220 |
| 4. | I motivi aggiunti | 221 |
| 5. | La fase cautelare | 225 |
| | 5.1. Inquadramento | 225 |
| | 5.2. La tutela cautelare <i>ante causam</i> e il periodo di sospensione automatica (c.d. <i>stand still</i>)..... | 225 |
| | 5.3. I termini della tutela cautelare collegiale | 228 |
| | 5.4. Le novità del d.l. n. 90/2014 in tema di tutela cautelare: in generale | 229 |
| | 5.5. <i>Segue</i> : la sospensiva dietro cauzione..... | 230 |
| | 5.6. <i>Segue</i> : la sospensiva temporizzata..... | 233 |
| | 5.7. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 50/2016 in tema di tutela cautelare | 234 |
| 6. | La fase di merito del giudizio | 235 |
| 7. | La definizione del giudizio: tipologia delle sentenze e termini di pubblicazione..... | 237 |
| 8. | Il nuovo sub-rito speciale per l’impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni dalle gare..... | 239 |
| | 8.1. Ambito di applicazione | 239 |
| | 8.2. La procedura in sintesi..... | 242 |
| | 8.3. Analisi dell’istituto: l’azione in prevenzione..... | 244 |
| | 8.4. <i>Segue</i> : dall’interesse al ricorso all’abilitazione a ricorrere. Profili di criticità e dubbi di compatibilità costituzionale e comunitaria..... | 245 |
| 9. | Il principio della sinteticità degli scritti difensivi..... | 250 |
| 10. | I giudizi di appello | 250 |
| 11. | Le nuove misure sanzionatorie per i profili di c.d. abuso del processo (in materia di contratti pubblici)..... | 253 |