

## 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 .....	21
8.1. Natura pubblicistica dell'ente e forma del contratto: il caso dell'azienda speciale .....	23
9. Il regime giuridico del contratto pubblico .....	27

## CAPITOLO 2

*La procedura di gara*

1.	Profili generali .....	33
2.	La fase dell'evidenza pubblica a monte della procedura di selezione del contraente: la determina a contrarre .....	38
3.	L'atto iniziale della procedura di selezione del contraente: il bando di gara .....	40
	3.1. Il sindacato giurisdizionale sui bandi di gara .....	43
	3.1.1. L'orientamento tradizionale esclude la disapplicazione dei bandi e ne limita l'immediata impugnazione alle sole statuizioni espulsive .....	44
	3.1.2. Tesi minoritaria secondo cui non esistono clausole immediatamente lesive .....	45
	3.1.3. Tesi minoritaria che dilata il novero delle clausole del bando necessitanti di immediata impugnazione .....	46
	3.1.4. L'orientamento eccentrico favorevole alla disapplicazione del bando .....	48
	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 .....	50
	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) .....	53
	3.1.7. L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018 conferma l'indirizzo tradizionale secondo cui l'onere di immediata impugnazione sussiste solamente per le clausole escludenti .....	57
	3.2. Il regime processuale del sindacato sui bandi di gara .....	60
4.	La proposta di aggiudicazione .....	66
5.	La verifica e approvazione della proposta di aggiudicazione .....	68
6.	L'aggiudicazione quale provvedimento conclusivo (non efficace) della fase pubblicistica .....	70
	6.1. L'aggiudicazione e la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario .....	72
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 .....	73
8.	Il secondo termine dilatorio per la stipula del contratto .....	75
9.	( <i>Segue</i> ): le sanzioni per la violazione degli obblighi di <i>stand still</i> .....	76

10.	Il termine ‘massimo’ per la stipula del contratto e le situazioni giuridiche soggettive dell’aggiudicatario prima di divenire contraente.....	77
11.	Le procedure di aggiudicazione per i contratti passivi nel nuovo codice .....	79
	11.1. Procedura aperta e procedura ristretta: le ‘ordinarie’ vie di affidamento dei contratti pubblici.....	82
	11.2. La procedura competitiva con negoziazione .....	84
	11.3. Il dialogo competitivo .....	86
	11.4. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara .....	88
	11.5. Il partenariato per l’innovazione.....	92
	11.6. La procedura negoziata con previa indizione di gara .....	94

### CAPITOLO 3

#### *Autotutela amministrativa e contratto pubblico: la strana coppia*

1.	Il potere di farsi giustizia da sé: un privilegio antico .....	97
2.	L’autotutela successiva al contratto: un mistero ancora affascinante .....	99
3.	I termini del problema nella vigenza del vecchio codice: la risposta dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 14/2014).....	100
	3.1. Il recesso: natura giuridica e funzioni.....	107
	3.2. Un’ipotesi particolare di “recesso”: il caso dell’informativa antimafia .....	110
4.	I termini del dibattito dopo il nuovo codice, tra tradizione pubblicistica e sirene privatistiche .....	113
	4.1. Il quadro comunitario alla luce del quale vanno lette le nuove norme codicistiche .....	114
	4.2. Il quadro nazionale alla luce degli articoli 108 e 109 del nuovo codice in materia di recesso e risoluzione .....	117
	4.2.1. Limiti temporali e possibilità dell’annullamento d’ufficio in casi diversi da quelli contemplati dall’articolo 108 del codice.....	124
	4.3. La disciplina dell’annullamento dell’aggiudicazione ex art. 108, comma 1 .....	126
	4.4. La cessazione delle concessioni ex art. 176: un annullamento mascherato? .....	128

## CAPITOLO 4

*Il nuovo precontenzioso amministrativo.  
I poteri dell'ANAC in materia di contratti pubblici*

1.	Principio di legalità e poteri impliciti delle Autorità amministrative indipendenti .....	134
1.1.	Poteri normativi impliciti e poteri provvedimentali impliciti .....	138
2.	L'ANAC: poteri di vigilanza, controllo e regolazione .....	139
3.	Le linee-guida dell'ANAC: natura giuridica e dubbi di costituzionalità .....	147
3.1.	Linee guida vincolanti e non vincolanti: i limiti del sindacato giurisdizionale e il potere di disapplicazione del giudice amministrativo .....	157
4.	I nuovi poteri precontenziosi trasformano l'ANAC nel primo giudice dei contratti pubblici .....	161
5.	I pareri di precontenzioso (art. 211, comma 1, del nuovo codice dei contratti pubblici) tra consulenza collaborativa e funzione paragiurisdizionale .....	163
5.1.	La fisionomia di una creatura tutta da scoprire .....	163
5.1.1.	La qualificazione atecnica dell'istituto .....	164
5.1.2.	Le molteplici tesi sulla natura giuridica del rimedio .....	169
5.2.	I nodi al pettine e le sfide da raccogliere .....	169
5.3.	È necessario un atto di recepimento del parere da parte della stazione appaltante? .....	172
5.4.	Le lacune procedurali della norma primaria e l'importanza nevralgica del regolamento di procedura .....	176
5.5.	La previsione espressa dell'impugnabilità del parere vincolante dell'ANAC .....	178
5.6.	Il nuovo regolamento ANAC in materia di pareri di precontenzioso del 9 gennaio 2019 .....	179
6.	Il potere speciale dell'ANAC di impugnare i provvedimenti affetti da gravi violazioni del codice .....	181
6.1.	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" .....	181
6.1.1.	Il confronto con l'art. 21-bis della legge n. 287/1990. Le differenze dallo schema proposto dal Consiglio di Stato .....	183
6.1.2.	Il fondamento della legittimazione processuale dell'ANAC. Il carattere speciale o straordinario del potere di azione e la giurisdizione di diritto oggettivo .....	186
6.1.3.	I dubbi di legittimità costituzionale del potere di azione speciale dell'AGCM e dell'ANAC .....	190

6.2. L'ambito di applicazione della nuova disciplina .....	192
6.2.1. Lo spazio oggettivo e soggettivo di operatività del nuovo istituto: l'intento limitativo del legislatore .....	192
6.2.2. 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? .....	194
6.3. La fase preliminare alla proposizione del ricorso e l'emanazione del parere motivato .....	196
6.3.1. Il procedimento preliminare all'esercizio dell'azione .....	196
6.3.2. La fase preliminare è sempre condizione di ammissibilità del ricorso? .....	196
6.3.3. Il procedimento ha natura giuridica "privata" o amministrativa? Il potere dell'ANAC è libero, discrezionale, doveroso, o eventualmente autovincolato? .....	199
6.3.4. Le conseguenze della violazione del dovere di procedere dell'ANAC .....	201
6.3.5. L'iniziativa di "denuncia" dei soggetti privati. Il Considerando n. 122 e la tutela dei "cittadini-contribuenti" imposta dal diritto UE .....	202
6.3.6. Gli atti di preiniziativa adottati da soggetti privati o pubblici possono costituire un obbligo di procedere in capo all'Autorità? .....	204
6.3.7. Il termine per l'emissione del parere motivato e la sua decorrenza .....	205
6.3.8. 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? .....	208
6.3.9. La partecipazione della stazione appaltante e dei terzi al procedimento .....	209
6.3.10. La conclusione della prima fase del procedimento preliminare: la natura giuridica del parere motivato e dei suoi effetti .....	209
6.3.11. Gli effetti sostanziali del parere motivato: un dovere della stazione appaltante di attivare l'autotutela? .....	211
6.3.12. Il parere motivato è autonomamente e immediatamente impugnabile? .....	213
6.3.13. I provvedimenti adottati dall'amministrazione in seguito alla pronuncia del parere .....	215
6.3.14. Il termine assegnato all'amministrazione per l'adeguamento al parere motivato .....	216
6.4. La fase processuale .....	218
6.4.1. Dal parere motivato alla proposizione del ricorso. L'og-	

getto del giudizio nel caso di conferma espressa dell'originario provvedimento.....	218
6.4.2. L'ANAC deve dimostrare la sussistenza di un concreto diretto e attuale interesse al ricorso?.....	219
6.4.3. 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. ....	221
6.4.4. Le regole processuali: la compatibilità con il rito speciale su ammissioni ed esclusioni.....	222
6.4.5. Il giudizio cautelare .....	223
6.4.6. I motivi aggiunti e l'impugnazione di provvedimenti connessi: è necessaria l'emanazione di un nuovo parere motivato?.....	223
6.4.7. Le domande proponibili al giudice amministrativo. La azione di annullamento esaurisce la legittimazione speciale dell'ANAC? .....	224
6.4.8. L'appello e le altre impugnazioni .....	227
7. Il Regolamento ANAC del 13 giugno 2018: " <i>Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del d.lgs. n. 50/2016</i> " .....	227
7.1. Il potere di azione in giudizio dell'ANAC .....	227
7.2. La disciplina recata dal regolamento del 13 giugno 2018: i presupposti dell'intervento dell'ANAC .....	231
7.3. La disciplina del procedimento: natura ed effetti del parere motivato, il successivo atto di autotutela dell'amministrazione e la decisione di proporre ricorso .....	236
7.4. Acquisizione della notizia e rapporti con altri procedimenti dell'Autorità .....	243
8. Principio di legalità e poteri dell'ANAC: considerazioni conclusive <i>de iure condendo</i> .....	245

## 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.).....	249
1.1. La nozione di procedura di evidenza pubblica .....	251
1.2. La mancata stipula del contratto .....	252
1.3. Ulteriori profili oggettivi e soggettivi.....	258
1.3.1. Società a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione.....	260
1.4. Le questioni relative all'esecuzione .....	265

1.5. L'inefficacia derivata del contratto .....	268
1.6. La sorte del contratto di appalto a seguito di annullamen- to in autotutela dell'aggiudicazione.....	272
2. Autotutela post-contrattuale e giurisdizione .....	278

## CAPITOLO 6

### *Le tecniche di tutela*

1. Il diritto processuale degli appalti pubblici: un banco di pro- va sperimentale .....	281
2. La tutela costitutiva: l'azione di annullamento.....	283
2.1. Le regole del giudizio impugnatorio in materia di contrat- ti pubblici.....	283
3. La tutela specifica (o di esatto adempimento): l'azione di con- danna all'aggiudicazione della gara e alla stipulazione del contratto (art. 124 c.p.a.). Rinvio.....	285
4. <i>segue</i> . Tutela specifica e inefficacia del contratto .....	287
4.1. Natura e regime dell'inefficacia contrattuale a valle del- l'annullamento dell'aggiudicazione .....	287
4.2. Art. 121 c.p.a.: inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni .....	292
4.3. Art. 122 c.p.a.: ipotesi residuali e discrezionali di ineffi- cacia del contratto .....	295
4.4. Inefficacia del contratto e tutela cautelare .....	298
4.5. È necessaria la domanda di parte ai fini della declaratoria di inefficacia del contratto? .....	299
4.6. Art. 123 c.p.a.: le sanzioni alternative .....	303
5. La tutela risarcitoria (art. 124 c.p.a.) .....	304
5.1. Il risarcimento in materia di contratti pubblici non richie- de l'elemento soggettivo .....	308
6. La responsabilità precontrattuale della stazione appaltante .....	311
6.1. La responsabilità della stazione appaltante può sussistere anche prima dell'aggiudicazione: Adunanza Plenaria n. 5 del 2018 .....	311
6.2. La responsabilità da comportamento scorretto della P.A. tra sirene privatistiche e responsabilità aquiliana.....	318