

INDICE

Premessa	XI
----------------	----

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	9
5. Cos'è il contratto pubblico?	11
6. <i>segue</i> . 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	14
7.2.1. La nozione di contratto di appalto pubblico	15
7.2.2. Il contratto di concessione	16
7.2.3. Le forme contrattuali di confine tra l'appalto e la concessione.....	18
8. La forma del contratto pubblico	19
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. La 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.....	40
	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	42
	3.2. Il regime processuale del sindacato sui bandi di gara	45
4.	La proposta di aggiudicazione.....	48
5.	La verifica e approvazione della proposta di aggiudicazione	50
6.	L'aggiudicazione definitiva quale provvedimento conclusivo (non efficace) della fase pubblicistica	52
	6.1. L'aggiudicazione definitiva (efficace) e la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario	54
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.....	55
8.	Il secondo termine dilatorio per la stipula del contratto.....	57
9.	(<i>Segue</i>): le sanzioni per la violazione degli obblighi di <i>stand still</i>	58
10.	Il termine 'massimo' per la stipula del contratto e le situazioni giuridiche soggettive dell'aggiudicatario prima di divenire contraente.....	59
11.	Le procedure di aggiudicazione per i contratti passivi nel nuovo codice	60
	11.1. Procedura aperta e procedura ristretta: le 'ordinarie' vie di affidamento dei contratti pubblici.....	63
	11.2. La procedura competitiva con negoziazione	65
	11.3. Il dialogo competitivo.....	67
	11.4. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara	69

11.5. Il partenariato per l'innovazione.....	73
11.6. La procedura negoziata con previa indizione di gara	75

CAPITOLO 3

Autotutela amministrativa e contratto pubblico: la strana coppia

1. Il potere di farsi giustizia da sé: un privilegio antico	79
2. L'autotutela successiva al contratto: un mistero ancora affascinante	81
3. I termini del problema nella vigenza del vecchio codice: la risposta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 14/2014).....	82
4. I termini del dibattito dopo il nuovo codice, tra tradizione pubblicistica e sirene privatistiche	84
4.1. Il quadro comunitario alla luce del quale vanno lette le nuove norme codicistiche	85
4.2. Il quadro nazionale alla luce degli articoli 108 e 109 del nuovo codice in materia di recesso e risoluzione	88
4.2.1. Limiti temporali e possibilità dell'annullamento d'ufficio in casi diversi da quelli contemplati dall'articolo 108 del codice.....	94
4.3. La cessazione delle concessioni ex art. 176: un annullamento mascherato?	96

CAPITOLO 4

Il nuovo precontenzioso amministrativo

1. I nuovi poteri precontenziosi trasformano l'ANAC nel primo giudice dei contratti pubblici	101
2. I pareri di precontenzioso (art. 211, comma 1, del nuovo codice dei contratti pubblici) tra consulenza collaborativa e funzione paragiurisdizionale	103
2.1. La fisionomia di una creatura tutta da scoprire	103
2.1.1. L'qualificazione atecnica dell'istituto.....	104
2.1.2. Le molteplici tesi sulla natura giuridica del rimedio	106
2.2. I nodi al pettine e le sfide 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	112

2.5. La previsione espressa dell'impugnabilità del parere vincolante dell'ANAC	114
2.6. Il parere di precontenzioso al vaglio consultivo del Consiglio di Stato (parere 14 settembre 2016, n. 1920).....	115
2.7. Il nuovo regolamento ANAC del 5 ottobre 2016: "Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso"	119
3. La raccomandazione vincolante ex art. – 211, comma 2, codice appalti: ordine, potestà d'ordine, autotutela coatta o <i>moral suasion</i> ?	120
3.1. Un istituto nuovo, una sfida ambiziosa	121
3.2. L'atecnico riferimento al potere di raccomandazione.....	121
3.3. I profili di innovatività rispetto all'autotutela classica	122
3.4. Il Consiglio di Stato (parere 28 dicembre 2016, n. 2777) opta per lo schema dell'autotutela bifasica.....	124
3.4.1. Applicazione dei principi e della disciplina della legge n. 241/1990 al procedimento di raccomandazione vincolante	126
3.4.2. L'interesse pubblico all'autotutela, il contraddittorio e le garanzie procedurali	128
3.4.3. I "termine ragionevole" dell'autotutela	130
3.4.4. La stipulazione e l'esecuzione del contratto quali possibili limiti delle raccomandazioni vincolanti	132
3.5. Il regolamento ANAC del 15 febbraio 2017	132
3.6. Un istituto prezioso o pericoloso? Lo scopriremo solo vivendo	133

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.).....	135
2. Inefficacia del contratto e giurisdizione amministrativa	140
3. Autotutela post-contrattuale e giurisdizione	143

CAPITOLO 6

Le tecniche di tutela

1. Il diritto processuale degli appalti pubblici: un banco di prova sperimentale	145
2. La tutela costitutiva: l'azione di annullamento.....	147
2.1. Le regole del giudizio impugnatorio in materia di contratti pubblici.....	147

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.....	148
4.	<i>segue</i> . Tutela specifica e inefficacia del contratto	149
	4.1. Natura e regime dell'inefficacia contrattuale a valle dell'annullamento dell'aggiudicazione	150
	4.2. Art. 121 c.p.a.: inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni	152
	4.3. Art. 122 c.p.a.: ipotesi residuali e discrezionali di inefficacia del contratto	155
	4.4. Inefficacia del contratto e tutela cautelare	157
	4.5. È necessaria la domanda di parte ai fini della declaratoria di inefficacia del contratto?	158
	4.6. Art. 123 c.p.a.: le sanzioni alternative	160
5.	La tutela risarcitoria (art. 124 c.p.a.)	161
	5.1. Il risarcimento in materia di contratti pubblici nono richiede l'elemento soggettivo	162

CAPITOLO 7

Il processo speciale e il rito specialissimo

1.	Inquadramento generale: origine ed evoluzione del rito “super-speciale” in materia di contratti pubblici.....	165
2.	La fase introduttiva dei giudizi: i termini di proposizione dell'azione	167
3.	<i>Segue</i> : la notifica alla stazione appaltante (oltre che all'Avvocatura dello Stato).....	171
4.	I motivi aggiunti	171
5.	La fase cautelare	174
	5.1. Inquadramento	174
	5.2. La tutela cautelare <i>ante causam</i> e il periodo di sospensione automatica (c.d. <i>stand still</i>).....	175
	5.3. I termini della tutela cautelare collegiale	177
	5.4. Le novità del d.l. n. 90/2014 in tema di tutela cautelare: in generale	178
	5.5. <i>Segue</i> : la sospensiva dietro cauzione.....	178
	5.6. <i>Segue</i> : la sospensiva temporizzata.....	181
	5.7. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 50/2016 in tema di tutela cautelare	182
6.	La fase di merito del giudizio	183
7.	La definizione del giudizio: tipologia delle sentenze e termini di pubblicazione.....	185

8.	Il nuovo sub-rito speciale per l'impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni dalle gare	187
	8.1. Ambito di applicazione	187
	8.2. La procedura in sintesi.....	189
	8.3. Analisi dell'istituto: l'azione in prevenzione.....	190
	8.4. Segue: dall'interesse al ricorso all'abilitazione a ricorrere. Profili di criticità e dubbi di compatibilità costituzionale e comunitaria	191
9.	Il principio della sinteticità degli scritti difensivi.....	196
10.	I giudizi di appello.....	197
11.	Le nuove misure sanzionatorie per i profili di c.d. abuso del processo (in materia di contratti pubblici).....	199