

7 Sistemi del Diritto

collana diretta da

FRANCESCO CARINGELLA • MARCO FRATINI • ANGELO SALERNO

BIBLIOTECA
L. PACIOLI

FRANCESCO CARINGELLA

IL SISTEMA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

3

I nuovi contratti pubblici

III edizione



Giuridica Editrice

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.	<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.....	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-nonies 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: "Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter; del d.lgs. n. 50/2016"	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 annullamento 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 prova sperimentale	281
2. La tutela costitutiva: l'azione di annullamento.....	283
2.1. Le regole del giudizio impugnatorio in materia di contratti pubblici	283
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.....	285
4. segue. Tutela specifica e inefficacia del contratto	287
4.1. Natura e regime dell'inefficacia contrattuale a valle dell'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 inefficacia 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 richiede 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