

# INDICE

<b>Introduzione</b> .....	XV
---------------------------	----

**PARTE I**  
**L'ATTIVITÀ NEGOZIALE**  
**DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.**  
**INQUADRAMENTO GENERALE**  
*di Corrado Bile*

**CAPITOLO I**

*L'attività della pubblica amministrazione  
tra valori tradizionali e valori emergenti*

1. Premessa .....	3
2. Nuovi problemi intorno ad una vecchia questione .....	4
3. La tutela della concorrenza nella fase di esecuzione dei contratti pubblici. Quattro importanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea .....	5
4. La diffusione di nuovi modelli di amministrazione: la c.d. "contrattualizzazione" del diritto amministrativo.....	9
5. La possibile convergenza dei principi .....	11
6. Conclusioni .....	12

**CAPITOLO II**

*L'attività della pubblica amministrazione  
tra diritto privato e diritto pubblico*

1. Le quattro tradizionali tipologie dell'attività amministrativa.....	13
--	----

2. La problematica figura della c.d. “attività materiale” ..... 13
3. Attività esclusive e attività non esclusive della pubblica amministrazione ..... 14
4. Attività *iure privatorum* o *iure gestionis* e attività esercitata *iure imperii*. Verso il superamento della contrapposizione..... 14

### CAPITOLO III

#### *I contratti delle pubbliche amministrazioni*

1. La tradizionale tripartizione dei contratti delle pubbliche amministrazioni ..... 17
2. La distinzione tra contratti attivi e contratti passivi ..... 19
3. La struttura bifasica dell’attività contrattuale della pubblica amministrazione nelle pronunce delle Corti ..... 19
4. La possibilità di concludere contratti atipici..... 21
5. La tesi della soggezione della pubblica amministrazione alle regole generali del diritto privato. Brevi considerazioni generali ..... 22
6. Il rapporto tra la disciplina degli appalti pubblici e la disciplina codicistica ..... 24
7. Le deroghe al diritto comune. Può ipotizzarsi un esercizio episodico del potere autoritativo durante l’esecuzione del contratto? ..... 25
8. Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione previsto dalla legge n. 241 del 1990 ..... 29
9. *Segue*: la revoca dell’aggiudicazione successiva alla stipula del contratto: l’intervento chiarificatore dell’Adunanza Plenaria n. 14 del 2014 ..... 33
10. Le considerazioni economiche di interesse pubblico che condizionano l’esecuzione del contratto ..... 36
11. La nozione sostanzialistica di pubblica amministrazione in materia di appalti pubblici ..... 37
12. Il problema a confronto con i principi costituzionali ..... 38
13. La rilevanza della corretta esecuzione del contratto pubblico rispetto ai contratti successivi..... 39

### CAPITOLO IV

#### *La rilevanza dello status del contraente pubblico al fine di individuare la disciplina del contratto*

1. Il rinvio alla disciplina dei contratti tra privati assicura davvero l’instaurazione di un rapporto paritetico?..... 43

2.	Il rinvio al codice civile: definizione dell'ambito dei richiami .....	46
3.	L'applicabilità delle norme sull'interpretazione del contratto .....	47
4.	<i>Segue</i> : le posizioni articolate della giurisprudenza .....	48
5.	Il problema della rilevanza dei motivi nei contratti della pubblica amministrazione .....	50
6.	L'interesse in concreto perseguito dalle parti .....	51
7.	La causa come ragione pratica del contratto. Il perseguimento del fine pubblico può integrare la causa del contratto? .....	52
8.	La presupposizione .....	55
9.	Conclusioni .....	56

## CAPITOLO V

### *Il comportamento del contraente pubblico*

1.	Criteri di valutazione del comportamento della pubblica amministrazione: gli standard di valutazione .....	57
2.	Buona fede e attività amministrativa. Il legittimo affidamento come principio generale dell'ordinamento europeo .....	59
3.	Il principio di buona fede come fonte legale di integrazione del contratto .....	63
4.	<i>Segue</i> : gli orientamenti più recenti .....	65
5.	Norme di comportamento e norme di validità del contratto: la buona fede come regola di condotta. ....	67
6.	Una particolare applicazione del principio di correttezza: la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Cenni .....	68
7.	La partecipazione della pubblica amministrazione nella fase di esecuzione del contratto .....	70
8.	<i>Segue</i> : implicazioni circa la definizione degli ambiti di responsabilità .....	72
9.	Il ritardo nei pagamenti della pubblica amministrazione .....	77
10.	Conclusioni .....	79

## CAPITOLO VI

### *La gestione delle sopravvenienze nei contratti delle pubbliche amministrazioni*

1.	L'interesse delle parti alla protrazione nel tempo del vincolo contrattuale .....	81
----	---	----

2.	Soppravvenienze e adeguamento del contratto: l'apparente contraddizione tra il principio secondo cui <i>pacta sunt servanda</i> e la clausola <i>rebus sic stantibus</i> .....	82
3.	Alterazione nel tempo dell'equilibrio contrattuale ed alea del contratto: alea normale e alea tipica.....	83
4.	L'inapplicabilità ai contratti della pubblica amministrazione della regola di cui all'art. 1664 c.c. ....	86
5.	La risoluzione del contratto.....	88
6.	<i>Segue</i> : presupposti diversi a seconda che si tratti di risoluzione di appalto o di compravendita: il <i>favor</i> per il mantenimento del vincolo nella disciplina dell'appalto.....	89
7.	L'inadempimento del committente.....	91
8.	Risoluzione per l'inadempimento dell'amministrazione di obbligazioni pecuniarie nascenti da contratto.....	92
9.	L'obbligo di diligenza dell'appaltatore.....	92
10.	Rinnovazione e proroga.....	94
11.	Il principio di conservazione del contratto: l'art. 1367 c.c., i <i>Principi Unidroit</i> e i <i>Principi di diritto europeo dei contratti</i> . La necessità di garantire stabilità ai rapporti contrattuali della pubblica amministrazione.....	95
11.	Conclusioni.....	98

## CAPITOLO VII

### *La rinegoziazione*

#### *nei contratti ad evidenza pubblica*

1.	La rinegoziazione: nozione, funzione e differenza rispetto alla novazione oggettiva e ad altre figure affini.....	102
2.	Origini.....	104
3.	La rinegoziazione nell'ordinamento nazionale.....	104
4.	La rinegoziazione nei contratti pubblici come valida alternativa alla caducazione del rapporto.....	106
5.	La rinegoziazione nella direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.....	108
6.	Rinegoziazione nei contratti pubblici e tutela della concorrenza.....	109
7.	La posizione critica della Corte di giustizia.....	111
8.	La prassi diffusa di ricorrere alla rinegoziazione nei contratti pubblici: il parere negativo della Commissione CE e la cir-	

	colare del 23 febbraio 2000, n. 1822, del Dipartimento delle politiche comunitarie .....	113
9.	Il parere del Consiglio di Stato 12 ottobre 2001, n. 1084/2000 .....	114
10.	La circolare del 15 novembre 2001, n. 12727, del Dipartimento delle politiche comunitarie .....	116
11.	La posizione critica della giurisprudenza nazionale .....	117
12.	<i>Segue</i> : aperture con riferimento alla procedura negoziata. Una breve puntualizzazione circa la differenza tra la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara e la procedura negoziata con previa indizione di gara .....	119
13.	L'adeguamento del contratto non riconducibile alla rinegoziazione. La tesi favorevole a condizione che sopravvenga il fattore esterno incidente sul valore delle prestazioni .....	122
14.	<i>Segue</i> : la tesi favorevole all'adeguamento del contratto a condizione che tale possibilità sia stata indicata preventivamente nel bando di gara o nella lettera di invito .....	123
15.	<i>Segue</i> : puntualizzazione conclusiva in ordine agli orientamenti della giurisprudenza .....	124
16.	Fonti legali e fonti convenzionali della rinegoziazione .....	125
17.	La buona fede come fonte dell'obbligo di rinegoziare .....	125
18.	<i>Segue</i> : la sorte della clausola contraria a buona fede .....	126
19.	Il rifiuto di rinegoziare .....	127
20.	<i>Segue</i> : la possibilità di esperire il ricorso all'esecuzione in forma specifica prevista dall'art. 2932 c.c. in presenza di una espressa pattuizione .....	128
21.	<i>Segue</i> : la possibilità di esperire il ricorso all'esecuzione in forma specifica prevista dall'art. 2932 c.c. in assenza di una espressa pattuizione .....	130
22.	La patologia: rinegoziazione del contratto ed elusione della procedura di evidenza pubblica .....	132
23.	<i>Segue</i> : la diffidenza della giurisprudenza amministrativa rispetto alla possibilità di riferire la categoria della nullità virtuale all'attività della pubblica amministrazione .....	133
24.	<i>Segue</i> : la soluzione favorevole alla nullità elaborata dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento all'attività contrattuale .....	134
25.	<i>Segue</i> : la tesi favorevole alla valutazione del giudice. L'inefficacia prevista dagli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo: <i>ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio?</i> .....	136
26.	Conclusioni .....	139

## CAPITOLO VIII

*Epilogo*

1.	L'avvento dei nuovi modelli .....	141
2.	A) il declino della supremazia .....	142
3.	B) la rilevanza dello status del contraente pubblico nel contratto di diritto privato e l'incidenza del momento giuspubblicistico sulla causa del negozio.....	142
4.	C) il principio di eguaglianza tra i contraenti .....	142
5.	D) le sopravvenienze nella fase di esecuzione del contratto .....	143
6.	E) la tutela della concorrenza come limite alla rinegoziazione dei contratti pubblici .....	144
7.	In conclusione.....	144

## PARTE II

## I SOGGETTI E LE FASI DELL'ESECUZIONE

## CAPITOLO I

*L'avvalimento*di *Francesco Testi*

1.	La nozione generale dell'avvalimento e la genesi nella giurisprudenza comunitaria.....	149
2.	L'impostazione del nuovo Codice e la natura dell'avvalimento .....	152
3.	I casi esclusi e le limitazioni; le ipotesi di avvalimento plurimo, frazionato e "a cascata" .....	154
4.	Gli adempimenti in capo all'offerente ed il contenuto del contratto di avvalimento, anche alla luce dell'Adunanza Plenaria n. 23/2016.....	157
5.	I poteri della stazione appaltante (anche in relazione al c.d. "soccorso istruttorio").....	160

## CAPITOLO II

*Il subappalto*di *Francesco Testi*

1.	La nozione generale dell'istituto .....	163
----	---	-----

2.	Le linee essenziali del subappalto: le ipotesi incluse nella nozione e quelle escluse .....	167
3.	La figura del subcontraente, la sua indicazione in sede di gara ed i limiti normativi al subappalto: profili problematici .....	169
4.	L'autorizzazione da parte della stazione appaltante e le ulteriori condizioni per il subappalto.....	173
5.	Gli oneri a carico dell'affidatario .....	176
6.	I profili relativi alla stazione appaltante e al subappaltatore .....	178
7.	La tutela del lavoro, la sicurezza, gli oneri retributivi e previdenziali .....	179

### CAPITOLO III

#### *I soggetti dell'esecuzione* di Antonio Campagnola

1.	Introduzione.....	183
2.	La normativa prerepubblicana: cenno .....	184
3.	I soggetti nella codificazione del 2006 .....	184
4.	I soggetti nel nuovo Codice .....	185
5.	Il responsabile del procedimento: le norme di riferimento.....	186
6.	Il responsabile del procedimento: la nomina .....	187
7.	Il responsabile del procedimento nella fase dell'esecuzione.....	191
8.	Il direttore dei lavori: le norme di riferimento.....	194
9.	Il direttore dei lavori: la nomina .....	195
10.	La specificazione delle funzioni del direttore dei lavori nello schema delle linee guida ANAC.....	196
11.	La responsabilità del direttore dei lavori .....	199
12.	Il coordinatore per l'esecuzione dei lavori nella normativa sulla sicurezza.....	200
13.	Il coordinatore per la sicurezza: individuazione e compiti .....	200
14.	Il collaudatore.....	201
15.	Il collaudo e la verifica di conformità .....	202
16.	Conclusioni.....	204

### CAPITOLO IV

#### *Le sopravvenienze* di Marco Ricci

1.	Premessa .....	205
----	----------------	-----

2.	Le modificazioni oggettive e soggettive del contratto.....	205
3.	Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese .....	217
4.	Lo scorrimento della graduatoria a seguito dello scioglimento del rapporto col primo aggiudicatario: profili generali .....	222
5.	La crisi d'impresa dell'esecutore: conseguenze sul contratto pubblico e sugli eventuali successivi rapporti con la Pubblica amministrazione .....	223
6.	La dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto.....	229
7.	Il recesso .....	238
8.	La sospensione.....	243
9.	Le riserve dell'esecutore.....	250
10.	Conclusioni .....	254

## CAPITOLO V

### *Risoluzione garanzie esecuzione in danno di Antonio Campagnola*

1.	Introduzione .....	255
2.	Le diverse ipotesi di intervento della stazione appaltante in occasione delle anomalie del rapporto contrattuale (recesso e risoluzione) .....	256
3.	Risoluzione e sospensione .....	259
4.	Risoluzione e sospensione (diversità di trattamento) .....	261
5.	Risoluzione (facoltativa ed obbligatoria) .....	263
6.	Risoluzione (evoluzione e sintesi odierna).....	264
7.	Garanzie (provvisorie e definitive).....	265
8.	Garanzia definitiva .....	267
9.	Garanzia (natura e disciplina).....	267
10.	Garanzia (ipotesi particolari) .....	268
11.	Garanzia per le ipotesi di lavori di particolare valore .....	270
12.	L'esecuzione in danno .....	271
13.	Conclusioni .....	273

## CAPITOLO VI

### *I mezzi di tutela di Raffaello Sestini*

1.	I rimedi giurisdizionali previsti dal codice dei contratti pubblici e dal codice del processo amministrativo .....	275
----	--	-----



1.1. L'evoluzione della tutela nell'appalto e negli altri contratti pubblici fra giudice ordinario ed amministrativo: questioni di giurisdizione .....	275
1.2. La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo nel nuovo codice dei contratti pubblici .....	283
1.3. Il rito speciale appalti del codice del processo amministrativo secondo il codice dei contratti pubblici .....	288
1.3.1. Il tribunale competente e gli atti impugnabili .....	288
1.3.2. L'impugnazione degli atti di ammissione o esclusione .....	289
1.3.3. La non impugnabilità della proposta di aggiudicazione .....	291
1.3.4. La pubblicità e la motivazione dell'ammissione e dell'esclusione .....	292
1.3.5. Il nuovo rito per gli atti di ammissione o esclusione .....	295
1.3.6. L'impugnazione degli altri atti della procedura di affidamento ad evidenza pubblica .....	296
1.3.7. Il rito <i>ex art.</i> 120 c.p.a. per l'impugnazione degli altri atti .....	297
1.3.8. L'appello .....	299
1.3.9. L'onere di sinteticità degli atti processuali .....	300
1.3.10. Le "clausole generali" dell'art. 120 c.p.a. dopo il codice dei contratti pubblici .....	302
1.4. <i>Segue</i> : la tutela specifica e risarcitoria e le misure cautelari .....	305
1.4.1. Le ragioni della tutela cautelare .....	305
1.4.2. I profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione .....	307
1.4.3. La tutela in forma specifica e risarcitoria .....	308
1.4.4. La disapplicazione del contratto .....	309
1.4.5. I limiti delle leggi speciali per le opere pubbliche .....	310
1.4.6. Le misure cautelari già previste dal c.p.a. ....	311
1.4.7. Le modifiche del nuovo codice dei contratti pubblici .....	313
1.4.8. Le misure cautelari concretamente attivabili .....	315
1.5. Conclusioni: le problematiche applicative derivanti dai limiti alla tutela giurisdizionale introdotti dal nuovo codice dei contratti pubblici .....	317
2. I rimedi non giurisdizionali previsti dal codice dei contratti pubblici .....	321
2.1. La tutela non giurisdizionale nel codice dei contratti pubblici .....	321
2.2. I mezzi di tutela: l'accordo bonario (artt. 205, 206) .....	328
2.3. La transazione e l'arbitrato (artt. 208, 209) .....	332
2.4. I pareri di precontenzioso dell'ANAC (artt. 211-213) .....	339

2.5. Conclusioni: il ruolo dell'ANAC fra criticità applicative e nuove prospettive di tutela .....	349
GLI AUTORI .....	355