

# INDICE

|                 |                   |
|-----------------|-------------------|
| <i>Premessa</i> | <i>pag.</i><br>XI |
|-----------------|-------------------|

## CAPITOLO I LA STABILE MUTEVOLEZZA DELLA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI

*Danilo Pappano*

|      |  |    |
|------|--|----|
| 1.   | L'instabilità della disciplina degli appalti pubblici nelle vicende più recenti                            | 1  |
| 2.   | L'orizzonte di durata finora temporalmente limitato della normativa europea in tema di appalti pubblici    | 6  |
| 3.   | Gli appalti pubblici tra complessità e complicazione: le fibrillazioni della normativa interna             | 9  |
| 3.1. | L'instabilità derivante dalla volontà di massimizzazione di tutte le istanze anche quando contrastanti     | 10 |
| 3.2. | L'instabilità derivante dalla temporanea prevalenza di un interesse sugli altri imposta da fattori esogeni | 13 |
| 3.3. | L'instabilità derivante dalla irrequieta lotta alla corruzione   | 14 |
| 4.   | Considerazioni conclusive  | 20 |

## CAPITOLO II TERMINI DECADENZIALI E PROCEDURE DI GARA

*Alessandro Cacciari*

|      |  |    |
|------|--|----|
| 1.   | Introduzione   | 23 |
| 2.   | La problematica  | 24 |
| 3.   | L'impugnabilità del bando di gara e degli avvisi di indizione  | 27 |
| 3.1. | Qualificazione del bando                                       | 27 |
| 3.2. | Decorrenza del termine di impugnazione. Le clausole escludenti | 29 |
| 3.3. | Estensione della categoria delle clausole impugnabili          | 32 |
| 3.4. | Gli sviluppi più recenti                                       | 33 |
| 4.   | Impugnazione delle esclusioni                                  | 35 |
| 5.   | Impugnazione delle ammissioni alla gara                        | 37 |
| 5.1. | Il rito superspeciale  | 37 |
| 5.2. | Ambito di applicazione del processo superspeciale              | 39 |

|   | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 5.3. Profili di legittimità comunitaria del processo superspeciale        | 41          |
| 5.4. Il decreto sbloccacantieri   | 44          |
| 6. Gli atti di aggiudicazione e controllo                                 | 46          |
| 7. La decorrenza del termine decadenziale: una questione ancora irrisolta | 47          |

### CAPITOLO III

## LE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLA GARA

*Guido Befani*

|  |    |
|--|----|
| 1. Introduzione, <i>ratio</i> e finalità generale dell'istituto  | 51 |
| 2. Il precario equilibrio normativo delle cause di esclusione, le previsioni del nuovo Codice in attesa di riforma   | 52 |
| 3. Individuazione attuale delle tipologie di esclusione tra inidoneità dell'offerta e indegnità dell'offerente   | 54 |
| 4. I singoli motivi di esclusione  | 54 |
| 5. <i>Societas delinquere non potest</i> . Le implicazioni soggettive delle condanne penali ai fini dell'esclusione  | 58 |
| 6. Le esclusioni extra-codicistiche, l'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 in violazione di disposizioni giuslavoristiche   | 59 |
| 7. Durata dell'esclusione in caso di incapacità a contrarre con la P.A. – Le novità della legge n. 3/2019, c.d. “Spazza Corrotti” e del d.l. n. 32/2019, c.d. “Sblocca Cantieri” | 59 |
| 8. Il principio della tassatività delle cause di esclusione e il soccorso istruttorio  | 61 |
| 9. Il c.d. “ <i>self-cleaning</i> ” tra <i>par condicio</i> ed esclusioni automatiche  | 64 |
| 10. Considerazioni conclusive  | 64 |

### CAPITOLO IV

## CRITERI DI AGGIUDICAZIONE E ANOMALIA DELL'OFFERTA: QUESTIONI ATTUALI

*Fabio Salierno*

|  |    |
|--|----|
| 1. Premessa  | 67 |
| 2. Il quadro normativo   | 70 |
| 2.1. Principi generali   | 70 |
| 2.2. Criteri di aggiudicazione dell'appalto  | 71 |
| 2.2.1. Il criterio del prezzo più basso. <i>Sic transit gloria mundi</i>   | 72 |
| 2.2.2. Il “Nuovo Ordo”. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa  | 73 |
| 2.3. I criteri qualitativi, ambientali e sociali dell'offerta economicamente più vantaggiosa   | 76 |
| 3. L'anomalia dell'offerta   | 77 |
| 3.1. L'anomalia nell'offerta economicamente più vantaggiosa  | 77 |
| 3.2. Un caso particolare ed attuale. L'anomalia negli appalti aggiudicati con Accordo Quadro. L'elemento “prezzo” uscito dalla porta, rientra dalla finestra | 79 |
| 3.3. Le spiegazioni dell'anomalia. Come “giustificare” un'anomalia   | 80 |
| 3.4. L'insegnamento della giurisprudenza in tema di anomalia   | 80 |
| 3.5. Anomalia e segretezza dell'offerta  | 81 |
| 4. Conclusioni   | 82 |

CAPITOLO V  
L'IMPUGNABILITÀ DELLA LEGGE DI GARA

*Federico Dinelli*

|    |  |    |
|----|--|----|
| 1. | Inquadramento generale   | 85 |
| 2. | Quando tutto ebbe inizio: la tesi dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato n. 1/2003   | 86 |
| 3. | La "messa in discussione" dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003 da parte della giurisprudenza successiva | 88 |
| 4. | La possibile "svolta": la nuova (ennesima) ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria                                   | 90 |
| 5. | La pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018: un ritorno al passato   | 91 |
| 6. | I residui profili di criticità e una possibile soluzione alternativa   | 94 |

CAPITOLO VI

RICORSI INCROCIATI ESCLUDENTI:  
LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA ALLA PROVA DI RESISTENZA  
DEL DIRITTO EUROPEO IN MATERIA DI APPALTI

*Andrea Grazzini*

|    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Introduzione   | 99  |
| 2. | La funzione del ricorso incidentale  | 102 |
| 3. | L'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale: l'evoluzione giurisprudenziale nazionale ed europea dalla sentenza Fastweb alla sentenza Lombardi (CGUE 5 settembre 2019, C-333/18) | 105 |
| 4. | La parentesi del rito super-accelerato   | 113 |
| 5. | Conclusioni: le condizioni del ricorso in materia di appalti pubblici  | 116 |

CAPITOLO VII

LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE DELL'ANAC:  
LE IMPUGNAZIONI IN FUNZIONE DI CONTROLLO  
NELL'AMBITO DELL'ATTIVITÀ DI VIGILANZA

*Francesco Grassi*

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Introduzione  | 121 |
| 2. | La legittimazione processuale come strumento per rafforzare la funzione di vigilanza di ANAC                                | 122 |
| 3. | La legittimazione processuale dell'ANAC e la situazione giuridica sostanziale: tra effettiva titolarità e mera affermazione | 129 |
| 4. | La disciplina del potere di agire in giudizio: la legittimazione diretta e indiretta  | 132 |
|    | 4.1. ( <i>segue</i> ): gli aspetti comuni   | 133 |
|    | 4.2. ( <i>segue</i> ): la legittimazione diretta  | 137 |
|    | 4.3. ( <i>segue</i> ): la legittimazione indiretta  | 139 |
| 5. | La prima prassi applicativa   | 142 |
| 6. | Brevi considerazioni conclusive   | 145 |

CAPITOLO VIII  
IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NELL'AGGIUDICAZIONE  
DEGLI APPALTI PUBBLICI

*Riccardo Giani*

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | La declinazione dell'evidenza pubblica nel sotto-soglia | 147 |
| 2. | La disciplina per principi                              | 150 |
| 3. | Il principio di rotazione quale principio anomalo       | 153 |
| 4. | Principio di rotazione e tutela della concorrenza       | 155 |
| 5. | Rotazione degli inviti e rotazione degli affidamenti    | 158 |
| 6. | Deroga alla rotazione: reinvido e riaffido              | 163 |

CAPITOLO IX  
IL POTERE DI AUTOTUTELA DECISORIA  
NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI.  
LA REVOCA E L'ANNULLAMENTO D'UFFICIO  
NELL'AMBITO DEL D.LGS. N. 50/2016

*Francesco Grassi*

|    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Introduzione   | 169 |
| 2. | La revoca: nozione e caratteri   | 172 |
|    | 2.1. La revoca nelle procedure ad evidenza pubblica  | 173 |
| 3. | L'annullamento d'ufficio: nozione e caratteri  | 179 |
|    | 3.1. L'annullamento d'ufficio nelle procedure ad evidenza pubblica                         | 181 |
| 4. | Esercizio della autotutela decisoria nelle procedure di gara e giurisdizione (brevi cenni) | 188 |
| 5. | Esercizio dei poteri di autotutela decisoria nelle procedure di gara e sorte del contratto | 189 |
| 6. | Alcune sintetiche considerazioni conclusive  | 192 |

CAPITOLO X  
RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE  
E PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA:  
ALCUNI PROBLEMI TEORICI E APPLICATIVI

*Danilo Pappano*

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Premessa: responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c.  | 195 |
| 2. | Buona fede oggettiva e relazionalità delle situazioni soggettive: alcune precisazioni con riferimento all'esercizio di un potere amministrativo | 197 |
| 3. | Responsabilità ex artt. 1337 e 1338 c.c. della pubblica amministrazione: responsabilità precontrattuale pura e c.d. spuria                      | 201 |
| 4. | Responsabilità precontrattuale della stazione appaltante nei confronti dei concorrenti  | 203 |
| 5. | Responsabilità precontrattuale dei concorrenti nei confronti della stazione appaltante  | 208 |

|   | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 6. Responsabilità precontrattuale nelle procedure di gara e colpa dell'amministrazione  | 212         |
| 6.1. La colpa nella responsabilità precontrattuale spuria   | 213         |
| 6.2. La colpa nella responsabilità precontrattuale pura   | 217         |
| 7. Responsabilità precontrattuale nelle procedure di gara e danno risarcibile   | 219         |
| 8. Responsabilità precontrattuale nelle procedure di gara e giurisdizione del giudice amministrativo  | 228         |
| 9. Alcune considerazioni conclusive. L'affidamento risarcibile come "aspettativa" riferibile tanto al privato, quanto alla pubblica amministrazione | 230         |