

INDICE SOMMARIO

VI

IL CONTENZIOSO

Parte V

LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE IN TEMA DI CONTRATTI PUBBLICI

Capitolo 36

LA DEFINIZIONE PRECONTENZIOSA DAVANTI ALL'AUTORITÀ DI VIGILANZA

(Rosanna De Nictolis)

1.	Una nuova ipotesi di a.d.r.	3749
2.	L'ambito oggettivo e soggettivo	3750
3.	L'iniziativa congiunta delle parti secondo il codice dei contratti pubblici	3751
4.	L'iniziativa unilaterale secondo il regolamento dell'Autorità di vigilanza	3752
5.	La forma e il contenuto dell'istanza	3752
6.	Le modalità di trasmissione dell'istanza	3753
7.	Il parere non vincolante dell'Autorità	3753
8.	L'ipotesi di soluzione suggerita dall'Autorità	3753
9.	I termini	3754
10.	Il procedimento secondo il regolamento dell'Autorità	3755
	10.1. La « Commissione per la soluzione delle controversie »	3755
	10.2. L'avvio dell'istruttoria	3755
	10.3. La partecipazione delle parti all'istruttoria.	3756
	10.4. La relazione istruttoria del responsabile dell'ufficio affari giuridici e il parere della Commissione	3756
	10.5. La pubblicità informatica delle deliberazioni dell'Autorità di vigilanza rese in sede di precontenzioso	3757
11.	L'onerosità del servizio.	3757
12.	I soggetti su cui grava il costo del procedimento	3757
13.	L'adeguamento o non adeguamento al parere dell'Autorità e i profili di responsabilità civile	3758
14.	La disciplina transitoria	3758

Capitolo 37**LA TRANSAZIONE**

(Carlo Deodato)

1.	L'ammissibilità della transazione in epoca antecedente l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici	3763
2.	L'esplicita previsione della possibilità di transigere le controversie relative all'esecuzione degli appalti pubblici	3764
3.	Il rinvio alle disposizioni del codice civile.	3765
4.	L'ambito applicativo della disciplina dettata dal codice	3766
5.	Condizioni di ammissibilità della transazione	3766
6.	La procedura di formazione della volontà della parte pubblica	3767
7.	La previsione della forma scritta a pena di nullità	3769
8.	La disciplina transitoria	3769

Capitolo 38**L'ACCORDO BONARIO**

(Rosanna De Nictolis)

1.	Nozione	3773
2.	L'evoluzione della normativa anteriore al codice dei contratti pubblici	3774
2.1.	La disciplina delle riserve prima della legge Merloni	3774
2.2.	La disciplina delle riserve nel testo originario della legge Merloni	3775
2.3.	Le innovazioni introdotte dalla legge Merloni <i>bis</i> e dalla legge Merloni <i>quater</i>	3775
3.	L'accordo bonario nel codice	3776
3.1.	Quadro di sintesi delle novità rispetto alla disciplina anteriore	3776
3.2.	L'ambito oggettivo	3778
3.3.	L'ambito soggettivo	3779
3.4.	L'obbligatorietà del tentativo di accordo bonario	3780
3.4.a)	Gli obblighi per la stazione appaltante e per l'esecutore del contratto	3780
3.4.b)	La tutela della pretesa dell'esecutore all'avvio del procedimento di accordo bonario	3780
3.5.	Il procedimento di accordo bonario davanti al responsabile e davanti alla commissione.	3781
3.5.a)	I presupposti comuni ai due procedimenti, la reiterabilità	3781
3.5.b)	I presupposti dei due procedimenti e i profili procedurali comuni	3782
3.6.	Il procedimento di accordo bonario davanti alla commissione.	3784
3.6.a)	La costituzione della commissione	3784
3.6.b)	La composizione e la natura della commissione.	3785
3.6.c)	Il procedimento davanti alla commissione	3786
3.7.	Il procedimento davanti al responsabile	3788
3.8.	I termini del procedimento di accordo bonario	3789
3.9.	La motivazione della proposta di accordo bonario e della deliberazione della stazione appaltante	3791
3.10.	La natura giuridica dell'accordo bonario.	3791
3.11.	Il mancato raggiungimento dell'accordo	3793

3.12. Il valore delle dichiarazioni delle parti nel corso del procedimento, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo.	3794
3.13. La disciplina transitoria e le abrogazioni	3794
4. La definizione delle riserve che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'accordo bonario	3795
5. Le distorsioni applicative dell'accordo bonario in una indagine dell'Autorità di vigilanza	3796

Capitolo 39

L'ARBITRATO

(Marco Corsini)

1. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale	3803
2. I rapporti con la procedura di accordo bonario <i>ex</i> art. 241 del codice dei contratti pubblici	3812
3. Profili generali	3814
4. L'accesso ad arbitrato.	3818
5. La scelta di fondo tra arbitrato libero e arbitrato amministrato	3821
6. L'arbitrato libero e le sue particolarità	3823
7. La Camera arbitrale e l'arbitrato camerale	3825
8. Il regime dei compensi.	3831
9. Il deposito del lodo	3836

Capitolo 40

LA GIURISDIZIONE

(Roberto Garofoli)

1. Quadro generale	3841
1.1. Il riparto di giurisdizione alla luce dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 e del successivo art. 6 della l. n. 205 del 2000. Il rilievo ascrivibile alla natura, pubblica o privata, del soggetto affidante; rilievo del c.d. autovincolo; appalti sotto soglia comunitaria; responsabilità precontrattuale	3843
2. Il perimetro applicativo dell'art. 6 della l. n. 205 del 2000 e del nuovo art. 244 del codice dei contratti pubblici. L'ambito oggettivo	3872
2.1. Scelta del socio nelle società partecipate dall'ente pubblico	3872
2.1.1. Scelta del socio ed istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi	3874
3. La fase di esecuzione dell'appalto	3883
3.1. Rinegoziazione di elementi essenziali del contratto.	3887
3.1.1. Rinegoziazione del contratto pubblico.	3888
3.2. Ordine di sospensione dei lavori	3889
3.3. Revisione dei prezzi.	3890
3.3.1. Effetti dell'art. 244, co. 3 del codice	3892
3.4. Rescissione unilaterale dell'appalto	3894
3.5. Recesso in generale e revoca dell'incarico professionale.	3895
3.5.1. Annullamento dell'aggiudicazione come recesso?.	3898
4. La scelta del contraente	3899
4.1. Licitazione privata.	3900

4.2.	Trattativa privata	3902
4.3.	Cottimo fiduciario.	3905
4.4.	Alienazione di beni pubblici.	3906
4.5.	<i>Project Financing</i>	3908
5.	La mancata stipulazione del contratto.	3909
6.	Atti di ritiro dell'aggiudicazione.	3912
6.1.	Autotutela esterna ed autotutela interna	3914
7.	L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e la sorte del contratto.	3915
7.1.	La tesi dell'annullabilità	3915
7.2.	La tesi della nullità.	3917
7.3.	La tesi dell'inefficacia	3918
7.4.	La tesi della caducazione automatica.	3919
7.5.	Il rinvio della questione all'adunanza plenaria (Cons. St., sez. IV, n. 3351 del 2004).	3924
7.6.	La tesi preferibile alla luce dell'art. 246 del codice: l'annullamento della gara ha efficacia caducante del contratto	3930

Capitolo 41

IL RITO PROCESSUALE

(Rosanna De Nictolis)

1.	L'evoluzione degli strumenti di tutela processuale in materia di pubblici appalti	3936
1.1.	Le disposizioni processuali anteriori alla legge Merloni	3936
1.2.	Le disposizioni processuali introdotte dalla legge Merloni	3937
1.3.	Le disposizioni processuali introdotte dalla legge Merloni <i>bis</i> : il rito « opere pubbliche » di cui all'art. 31 <i>bis</i>	3938
1.3.a)	Le peculiarità del rito speciale	3938
1.3.b)	Le questioni di costituzionalità in relazione alla tutela cautelare.	3938
1.3.c)	Le questioni in ordine al periodo di vigenza del rito dell'art. 31 <i>bis</i>	3940
1.4.	Il rito speciale « opere pubbliche » introdotto dall'art. 19 del d.l. n. 67 del 1997.	3943
2.	La disciplina vigente: il giudizio abbreviato e il giudizio immediato introdotti dalla l. n. 205 del 2000, richiamati dal codice dei contratti pubblici.	3946
2.1.	La norma di rinvio contenuta nel codice	3946
2.2.	Quadro generale e differenze tra il rito abbreviato di cui all'art. 23 <i>bis</i> della legge TAR e i previgenti riti speciali in materia di lavori pubblici.	3947
2.2.a)	Le caratteristiche essenziali del rito speciale abbreviato	3947
2.2.b)	Differenze tra il rito speciale dell'art. 23 <i>bis</i> e il previgente rito speciale opere pubbliche.	3948
2.2.c)	Quadro sintetico in ordine alle materie a cui si applica il rito dell'art. 23 <i>bis</i>	3948
2.3.	L'ambito applicativo del rito speciale quanto agli organi giurisdizionali.	3950
2.3.a)	Il rito speciale e il giudice amministrativo	3950
2.3.b)	Le fasi del processo amministrativo che si svolgono davanti ad altri organi giurisdizionali	3951

2.3.c)	I ricorsi amministrativi, e in particolare ricorso straordinario al Presidente della Repubblica	3951
2.3.d)	Momenti di raccordo tra ricorsi amministrativi e ricorso giurisdizionale	3951
2.3.e)	Il tribunale superiore delle acque pubbliche.	3952
2.3.f)	Il giudice ordinario: i giudizi in materia di esecuzione degli appalti	3953
2.4.	L'ambito oggettivo del rito speciale: giudizi impugnatori e non impugnatori	3954
2.4.a)	I « provvedimenti »: gli atti autoritativi, gli atti privatistici, i comportamenti	3954
2.4.b)	I provvedimenti di secondo grado.	3954
2.4.c)	Gli atti diversi da quelli specificamente indicati	3954
2.4.d)	Gli atti connessi	3955
2.4.e)	I giudizi non impugnatori. In particolare il giudizio risarcitorio.	3956
2.5.	L'ambito oggettivo di applicazione del rito speciale: le singole ipotesi rilevanti in materia di contratti pubblici	3958
2.5.a)	Gli incarichi di progettazione e i concorsi di progettazione.	3958
2.5.b)	I contratti pubblici relativi a lavori.	3959
2.5.c)	Le procedure di occupazione e di espropriazione finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità	3960
2.5.d)	I pubblici appalti di forniture, gli appalti e le concessioni di servizi	3961
2.5.e)	I provvedimenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.	3961
2.6.	Le regole del rito speciale che presuppongono la domanda cautelare e le regole del rito speciale svincolate dalla domanda cautelare	3964
2.7.	Il termine per ricorrere: il termine ordinario di sessanta giorni e le prospettive di dimezzamento, per l'impugnazione dell'aggiudicazione, alla luce del diritto comunitario	3965
2.8.	La nozione e l'ambito del « ricorso » e della « proposizione » del ricorso	3966
2.8.a)	Il termine per il deposito del ricorso	3966
2.8.b)	La nozione di « ricorso » e le domande nuove	3967
2.8.c)	I motivi aggiunti di ricorso	3968
2.8.d)	Il ricorso incidentale in primo grado	3969
2.8.e)	Il ricorso per regolamento di competenza	3969
2.8.f)	L'appello incidentale	3970
2.8.g)	Le impugnazioni diverse dall'appello: revocazione, opposizione di terzo, ricorso per cassazione	3970
2.9.	I termini degli altri riti speciali nelle materie di cui all'art. 23 <i>bis</i>	3971
2.10.	I termini del giudizio di ottemperanza nelle materie di cui all'art. 23 <i>bis</i>	3971
2.11.	I termini del giudizio risarcitorio nelle materie di cui all'art. 23 <i>bis</i>	3972
2.12.	Casistica dei termini dimezzati	3972
2.13.	Il rapporto tra rito abbreviato e rito immediato.	3973
2.14.	La scansione dell'abbreviazione del rito: la domanda cautelare e l'ordinanza che fissa l'udienza di merito	3974
2.15.	La tutela cautelare	3976
2.15.a)	L'eventualità della tutela cautelare nel caso di celere fissazione dell'udienza di merito.	3976

2.15.b)	Il <i>periculum</i> e il <i>fumus</i> « qualificati » necessari per la concessione della tutela cautelare nel caso di celere fissazione dell'udienza di merito.	3977
2.15.c)	La concessione della tutela cautelare in sede di appello avverso l'ordinanza che nega la cautela	3978
2.16.	Il termine per il deposito di memorie e documenti	3979
2.16.a)	Il termine decorrente dal deposito dell'ordinanza che fissa l'udienza di merito.	3979
2.16.b)	Il termine (dimezzato) calcolato a ritroso dalla data dell'udienza.	3981
2.17.	Il termine per la sentenza	3982
2.17.a)	Il termine per la pubblicazione del dispositivo.	3982
2.17.b)	Il termine per il deposito della sentenza integrale.	3984
2.18.	Il contenuto della motivazione	3984
2.19.	Le statuizioni della sentenza sulle spese.	3984
2.20.	Gli appelli.	3985
2.20.a)	L'appello cautelare	3985
2.20.b)	L'appello avverso la sentenza	3986
2.20.c)	L'appello avverso il dispositivo	3987
2.20.d)	L'appello avverso la motivazione	3988
2.20.e)	La domanda di sospensione della sentenza appellata.	3988
2.20.f)	Quadro di sintesi sui termini per l'appello al Consiglio di Stato.	3989
2.20.g)	Il cambiamento del rito in appello	3989
2.21.	Il rapporto tra il rito abbreviato di cui all'art. 23 <i>bis</i> e gli altri riti	3990
2.21.a)	Rito abbreviato e rito immediato	3990
2.21.b)	Rito abbreviato e rito sul silenzio	3990
2.21.c)	Rito abbreviato, rito dell'accesso, rito dell'accesso in corso di causa	3990
2.21.d)	Rito abbreviato ed estinzione del giudizio con decreto presidenziale	3991
2.22.	Rito abbreviato e prassi del rinvio al merito	3991
2.23.	Il regime fiscale per le liti dell'art. 23 <i>bis</i>	3992
2.24.	Le abrogazioni.	3993
2.25.	Problemi di diritto transitorio.	3994

Capitolo 42

LA TUTELA CAUTELARE ANTE CAUSAM

SEZIONE I

La situazione antecedente
al codice dei contratti pubblici

(Roberto Garofoli)

1.	Le novità apportate dall'art. 3 della l. n. 205 del 2000.	3999
1.1.	La tutela cautelare monocratica prima della l. n. 205 del 2000	4000
1.2.	La tutela cautelare monocratica dopo la l. n. 205 del 2000	4009

SEZIONE II

Gli strumenti di tutela particolari nelle controversie in materia di contratti pubblici

(Roberto Garofoli)

1.	La tutela cautelare <i>ante causam</i> nel processo amministrativo: elementi di identità e differenze con il procedimento cautelare uniforme civile.	4019
2.	La monocraticità dell'organo giudicante	4021
3.	Il principio della coincidenza tra competenza cautelare e competenza per il merito	4022
3.1.	Le eccezioni nel giudizio civile	4023
4.	I presupposti per accedere alla tutela anticipata	4024
4.1.	L'accertamento sommario (<i>fumus boni iuris</i>)	4025
4.2.	Il caso di eccezionale gravità ed urgenza (<i>periculum in mora</i>)	4026
4.2.1.	Il rapporto con i <i>pericula</i> tipizzati nel processo civile	4027
4.2.2.	L'imminenza quale parametro discrezionale delle diverse forme di tutela cautelare nel processo amministrativo.	4028
4.2.3.	L'irreparabilità.	4029
5.	Il procedimento <i>inaudita altera parte</i> : particolarità ed incongruenze.	4030
6.	L'istruzione probatoria.	4035
6.1.	L'audizione delle parti	4038
6.2.	L'attività istruttoria nel procedimento <i>inaudita altera parte</i>	4039
7.	Le questioni di competenza	4040
8.	La non impugnabilità del provvedimento negativo	4040
9.	La cauzione.	4043
10.	La notifica del provvedimento di accoglimento	4046
11.	L'inefficacia del provvedimento cautelare <i>ante causam</i> : aspetti problematici e soluzioni alternative.	4046
11.1.	Il meccanismo operante nel nuovo processo civile	4047
12.	L'impugnazione del provvedimento di accoglimento: la revoca e la modifica su istanza dell'interessato	4057
12.1.	... d'ufficio...	4063
12.2.	... e a seguito di reclamo.	4064

Capitolo 43

LA TUTELA RISARCITORIA

SEZIONE I

La responsabilità della pubblica amministrazione

(Roberto Garofoli)

1.	L'evoluzione del quadro ordinamentale: profili generali	4077
2.	La natura e l'elemento oggettivo delle fattispecie di responsabilità della p.a..	4084
2.1.	La tesi della responsabilità extracontrattuale	4085
2.1.1.	Gli interessi oppositivi: il rischio di un'eccessiva protezione	4086
2.1.2.	Gli interessi pretensivi: l' <i>an</i> del risarcimento. Attività vincolata, tecnica o discrezionale	4090
2.1.3.	La quantificazione del danno da responsabilità aquiliana	4103

2.1.3.1.	Il risarcimento per equivalente in tema di appalti pubblici.	4108
2.1.3.1.1.	Il danno ristorabile in caso di certezza sull'esito alternativo della gara: il mancato guadagno.	4108
2.1.3.1.2.	La determinazione dell'entità del danno nelle ipotesi in cui l'impresa non riesca a provare di avere titolo alla stipula del contratto di appalto: il danno da perdita di <i>chance</i>	4120
2.1.4.	Il meccanismo previsto dall'art. 35, co. 2 del d.lgs. n. 80 del 1998	4124
2.2.	I rilievi critici mossi alla tesi della responsabilità extracontrattuale. La responsabilità contrattuale per l'inadempimento di obblighi nascenti da un "contatto sociale qualificato"	4126
2.3.	La tesi secondo cui nella qualificazione della responsabilità della p.a. non può prescindersi dal contenuto della domanda	4133
2.4.	La tesi della responsabilità precontrattuale	4135
3.	La colpa della p.a.	4149
4.	Il processo risarcitorio	4154
4.1.	La giurisdizione: profili problematici. Il danno da provvedimento non impugnato o già annullato	4155
4.2.	I rapporti tra azione di annullamento e azione risarcitoria: pregiudizialità o autonomia?	4166
4.3.	La reintegrazione in forma specifica. L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto	4173
4.4.	Proponibilità della domanda risarcitoria per la prima volta in ottemperanza	4180
4.5.	La competenza territoriale	4183
4.6.	Il termine di prescrizione	4187
4.7.	La domanda introduttiva: forma e contenuto dell'atto introduttivo. Ricorso o memoria notificata. Il principio dispositivo	4188

SEZIONE II

Le responsabilità patrimoniali da progettazione di opere pubbliche (Salvatore Giacchetti)

1.	L'ambito soggettivo: la responsabilità tra progettisti; la responsabilità degli altri professionisti; la responsabilità del committente; la responsabilità dell'appaltatore e del direttore dei lavori. Responsabilità "del progettista" e responsabilità "da progettazione"	4205
2.	L'ambito oggettivo della responsabilità del progettista: impossibilità di una tassativa precisazione	4211
3.	La natura giuridica (civile e/o amministrativa, contrattuale e/o extracontrattuale) della responsabilità del progettista nei confronti del committente e dei terzi	4212
4.	La responsabilità civile del validatore del progetto	4215
5.	Progettazione: obbligazione di mezzi o obbligazione di risultato?	4217
6.	La giurisdizione sulle responsabilità da progettazione: nei confronti del	

committente; nei confronti dei terzi; del committente nei confronti del progettista	4219
-----------------------------------------------------------------------------------------------	------

SEZIONE III

Le responsabilità nell'esecuzione degli appalti di lavori pubblici
(Francesco Garri e Fabrizia Garri)

1. La giurisdizione	4227
2. Il concorso di più enti nell'esecuzione di lavori pubblici.	4231
3. Principi generali della responsabilità per esecuzione di lavori pubblici.	4235
4. Responsabilità dell'appaltatore e dell'amministrazione	4237
5. Responsabilità della pubblica amministrazione <i>ex artt. 2050 e 2051 c.c.</i>	4243
6. Fattispecie di responsabilità per cattiva esecuzione dei lavori	4252
7. Pagamenti alle imprese.	4261

SEZIONE IV

La responsabilità amministrativa nella gestione degli appalti di lavori pubblici
(Francesco Garri e Fabrizia Garri)

1. Le responsabilità dei dipendenti pubblici, notazioni generali	4267
2. Deliberazione delle opere e finanziamento.	4276
3. La progettazione di lavori pubblici	4279
3.a) La progettazione interna ed esterna.	4280
3.b) Le modalità di progettazione	4282
3.c) L'affidamento di incarichi	4282
3.d) La scelta del tipo di progetto da realizzare	4285
3.e) La presentazione del progetto	4286
3.f) Il concorso di responsabilità con il progettista del responsabile del procedimento e del direttore lavori	4288
3.g) Le modifiche al progetto e aggiornamento prezzi	4289
3.h) La mancata realizzazione dell'opera progettata	4291
3.i) Il pagamento del compenso al progettista	4295
4. L'aggiudicazione dei lavori	4297
5. L'esecuzione lavori	4303
5.a) La consegna	4304
5.b) La direzione dei lavori	4306
5.c) La sospensione dei lavori	4315
5.d) Le varianti	4318
5.e) I compensi aggiuntivi	4322
5.f) Le penali	4322
6. I pagamenti all'appaltatore	4323
7. Ultimazione dei lavori e collaudo, rescissione, risoluzione e recesso	4330
8. Le tangenti	4335
9. Interventi manutentori e lavori in economia, contenzioso ed opere rimaste inutilizzate	4338

Capitolo 44**LA DISCIPLINA PROCESSUALE SPECIALE PER LE CONTROVERSIE
RELATIVE ALLE INFRASTRUTTURE E AGLI INSEDIAMENTI PRODUTTIVI**

(Marco Lipari)

1. Premessa. L'ambito applicativo della disciplina « specialissima » 4347
2. L'accelerazione del giudizio di merito e la superfluità della domanda di fissazione di udienza 4352
3. Il rispetto dei termini dimezzati a difesa 4353
4. L'accelerazione del processo e lo spazio applicativo dell'art. 23 *bis* della l. n. 1034 del 1971 4356
5. La tutela cautelare. La valutazione tipizzata del *periculum* 4358
6. La sospensione e l'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto già stipulato 4361
7. Dalla risoluzione alla caducazione del contratto già stipulato. 4363
8. La deroga speciale al principio dell'effetto caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione 4365
9. Il valore sistematico della disciplina speciale: il superamento della tesi tradizionale e la regola generale dell'efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione 4366
10. I limiti alla tutela giurisdizionale tra diritto comunitario e principi costituzionali 4366
11. L'alternativa tra risarcimento e annullamento nel sistema della tutela nei confronti dell'amministrazione 4370
12. La comunicazione dell'atto di affidamento 4374