

## ARTICOLI 5-12

# I principi che governano l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici

Antonio Saitta

*Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nelle concessioni*

## Buona fede e tutela dell'affidamento

In tale secondo gruppo ci si imbatte prioritariamente nei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento espressi all'articolo 5. In questo caso si tratta della specificazione dei tradizionali principi maturati in ambito privatistico, già pacificamente traslati al campo dell'attività contrattuale (e precontrattuale) della p.a. dall'art. 1, comma 2 *bis*, legge 241 del 1990 e dalla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Cassazione.

Nei commi successivi il legislatore, in linea con la giurisprudenza (C.d.S., ad. pl., n. 5 del 2018 e nn. 20 e 21 del 2021), ha voluto tutelare l'affidamento incolpevole dell'operatore economico limitando il potere dell'amministrazione (comma 2) e, al tempo stesso, specificando i casi in cui l'affidamento del concorrente possa considerarsi incolpevole (terzo comma). La norma si preoccupa anche di determinare la misura delle indennità risarcitorie in caso di

lesione dell'affidamento incolpevole (comma terzo, seconda parte) e offre una base normativa certa all'azione di rivalsa in mancanza di *restitutio in iuntesum* nel contratto del terzo ingiustamente pretermesso dalla gara affermando, altresì, la corresponsabilità dell'operatore il quale abbia conseguito l'aggiudicazione illegittima con un proprio comportamento illecito (comma 4).

In questa parte della relazione al codice si specifica che questo articolo non ha voluto incidere sul riparto della giurisdizione tra giudici amministrativi e civili in materia risarcitoria, non avendo avuto neppure mandato in tal senso dalla legge delega (anche se, invero, a commento dell'art. 209 è scritto altro: cfr. *infra*, il commento a tale norma). Tuttavia, pur ritenendo la materia in discussione pacificamente ricompresa tra quelle di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art. 133, comma 1, lett. e), n. 1)* del c.p.a. - trattandosi di controversie connesse alla fase precontrattuale

nella quale è immanente la posizione autoritativa della PA - si auspica l'emanazione di una norma per disinnescare la contrapposizione tra i plessi giurisdizionali in questo specifico campo.

## Solidarietà e sussidiarietà orizzontale

L'articolo 6 del codice si occupa dei "principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale" nonché dei rapporti con gli enti del terzo settore sui quali è intervenuta di recente la Corte costituzionale con la sentenza n. 131 del 2020. In tale pronuncia si è riconosciuta la possibilità di appaltare i servizi sociali sia mediante i comuni metodi concorrenziali, sia tramite affidamenti diretti ad enti del terzo settore, come definiti dal Dlgs 3 luglio 2017, n. 117, tramite modelli organizzativi di amministrazione condivisa.

Condizione perché questi modelli innovativi si realizzino è l'assenza di rapporti sinallagmatici tra i contraenti, la condivisione della funzione amministrativa tra gli enti del terzo settore e la PA. e