

Documento Gruppo di lavoro AIPDA

LA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI *(D. LGS. 36/2023)*

A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO



**MESSINA
UNIVERSITY
PRESS**

Documento Gruppo di lavoro AIPDA

LA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI
(D. LGS. 36/2023)

A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO



Questa edizione digitale dell'opera è rilasciata con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-NC-ND, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ISBN 979-12-80899-08-8

DOI 10.13129/979-12-80899-08-8

© L'autore per il testo, 2024

© Messina University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Messina University Press

Piazza Pugliatti, 1 - 98121 Messina

Sito web: <https://messinaup.unime.it/>

Prima edizione: febbraio 2024

Questo volume è stato sottoposto a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Consiglio direttivo della casa editrice. Le opere pubblicate vengono approvate dal Consiglio direttivo sulla base della valutazione del Comitato editoriale e devono essere conformi al Codice etico della casa editrice.

Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access
su: <https://messinaup-pubblicazioni.unime.it/index.php/mup>

PRESENTAZIONE DEL LAVORO

PARTE I

LIBRO I – TITOLO I

I PRINCIPI GENERALI

Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti
Principio di buona fede
L'auto organizzazione e l'*in house providing* nel nuovo Codice (art. 7)
Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale
La conservazione dell'equilibrio contrattuale: questioni aperte
L'innovazione nel Codice dei contratti

LIBRO I – TITOLO II

L'AMBITO DI APPLICAZIONE, IL RESPONSABILE UNICO E LE FASI DELL'AFFIDAMENTO

La struttura bifasica dei contratti pubblici
Contratti pubblici e concordato tra “vecchio” e “nuovo” Codice
Autonomie territoriali speciali e contratti pubblici

PARTE II

DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici

LIBRO II - PARTE II

DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

La disciplina sulle clausole sociali nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36
La disciplina sulle clausole ambientali

**TITOLO IV - CAPO II
I REQUISITI DI ORDINE GENERALE**

Grave illecito professionale (art. 98, d.lgs. 36/2023)

**PARTE VI
DELL'ESECUZIONE**

Il Subappalto

**LIBRO IV
DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO
E DELLE CONCESSIONI**

**PARTE II
DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE**

**La disciplina del partenariato pubblico-privato
e il contratto di concessione**

**LIBRO V- PARTE I - TITOLO I
I RICORSI GIURISDIZIONALI**

Le novità in tema di contenzioso

NOTIZIE SUGLI AUTORI E SUI CURATORI

Gaetano Armao, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Palermo, Dipartimento di Scienze Politiche e delle Relazioni internazionali

Giulia Avanzini, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Pavia, Dipartimento di Giurisprudenza

Antonio Bartolini, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza

Gian Franco Cartei, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Firenze, Dipartimento di Scienze Giuridiche

Edoardo Caruso, Ricercatore t.d. di Diritto amministrativo, Università di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza

Annalisa Giusti, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza

Giovanni Fabio Licata, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza

Sebastiano Licciardello, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza

Antonietta Lupo, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche

Francesco Manganaro, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane.

Carola Pagliarin, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Padova, Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Nino Paolantonio, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata, Dipartimento di Giurisprudenza

Maria Alessandra Sandulli, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza

Sara Spuntarelli, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Camerino, Scuola di Giurisprudenza

Marco Tiberii, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Campania "L. Vanvitelli", Dipartimento di Economia

Fabrizio Tigano, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche

Francesco Tuccari, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche

PRINCIPIO DI BUONA FEDE

Francesco Tuccari

1. La clausola generale di buona fede, elevata a principio dallo statuto del contribuente e dalla legge n. 241/1990 già prima del nuovo codice dei contratti pubblici (il cui art. 5 recepisce, ordinandole a sistema, le indicazioni giurisprudenziali e le riflessioni dottrinali in materia) assume rilievo quale parametro di conformazione del comportamento delle pubbliche amministrazioni e degli operatori economici, ponendosi in stretta relazione di reciproca complementarietà con il principio di tutela dell'affidamento, anch'esso contemplato dall'art. 5.

Quest'ultimo principio, riferito all'operatore economico, rimanda, per un verso, alla legittimità dell'esercizio del potere e, per l'altro, alla conformità, compatibilità e coerenza dell'azione amministrativa rispetto al principio di buona fede; il quale, pertanto, assurge a criterio di valutazione e integrazione e, al tempo stesso, a nucleo essenziale di validità del comportamento anche delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti di diritto a esse equiparati.

Il nuovo codice, che all'evidenza percepisce l'importanza strategica del principio di buona fede, lo assume quale parametro di conformazione delle procedure di scelta del contraente, estendendo al settore in discorso la generale previsione dell'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990 sul valore performativo della buona fede, e poi implementandone contenutisticamente i relativi assetti di disciplina.

E infatti, il comma 1 dell'art. 5 introduce una specifica previsione sull'obbligo di correttezza nelle procedure di evidenza pubblica, così innervando il principio in discorso, per fornire, come si legge nella relazione al codice, una puntuale base normativa a una serie di precetti, correlati ai principi generali dell'azione amministrativa, i quali altrimenti rimarrebbero sullo sfondo, in una sorta di vuoto pneumatico.

Da qui l'idea-guida, che traspare da una lettura in filigrana dell'art. 5, secondo cui attraverso lo snodo nevralgico della buona fede passano tanto le relazioni di reciprocità e prossimità tra stazioni appaltanti (e, più in genere, soggetti pubblici) e operatori economici, quanto la possibilità di rendere ulteriormente operativi gli altri pilastri portanti della codificazione di settore.

In quest'ottica, la buona fede si pone in linea di continuità, contribuendo a invararli, con i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, che costituiscono dichiaratamente canoni interpretativi e applicativi di tutte le altre disposizioni del codice, rispetto alle quali rivestono un ruolo poziore, che nel disegno del legislatore lo colloca in posizione di supremazia, con al vertice il principio del risultato.

Questa linea di continuità è ravvisabile, in parte, nell'art. 5, nel quale è possibile ritrovare i *dicta* della giurisprudenza amministrativa in tema di tutela dell'affidamento incolpevole sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede (Cons. St., Ad. plen., nn. 5/2018 e 19 e 20/2021).

Degne di nota, al riguardo:

- la prima parte del comma 3, che ha cura di precisare quando l'affidamento non possa dirsi incolpevole e di correlare la determinazione del danno all'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte dell'operatore economico;

- il comma 4, che riequilibra in qualche modo la posizione dell'amministrazione, che sia stata ritenuta responsabile per aver adottato un provvedimento illegittimo, nonché per l'ipotesi di danno da provvedimento legittimo poi annullato, in quest'ultimo caso perimetrando l'efficacia causale delle condotte che hanno concorso a darvi causa, in linea con quanto già previsto a livello generale dall'art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990;

- sempre il comma 4 che, in applicazione dei principi di fiducia e di buona fede, sancisce che il partecipante/aggiudicatario, che per proprio fatto e colpa abbia dato causa all'annullamento dell'aggiudicazione, sia esposto, nel caso di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, all'azione di rivalsa di quest'ultima.

Ampliando la prospettiva e guardando alle disposizioni codicistiche successive all'art. 5, appare evidente anche il collegamento tra il principio di buona fede e quello di conservazione dell'equilibrio contrattuale, introdotto nell'ordinamento dall'art. 9, il quale mette capo a una decisa inversione di tendenza nel settore dei contratti pubblici, contraddistinto, alla stregua delle norme di contabilità pubblica, dalla regola dall'immodificabilità del prezzo dell'appalto.

E infatti, in presenza di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale, è ammesso il riconoscimento, in capo alla parte svantaggiata, del diritto

to di rinegoziare le condizioni contrattuali secondo buona fede, al fine di ripristinare la bilanciata consistenza del regolamento negoziale.

2. Nonostante la sua indubbia centralità, che emerge a chiare lettere già all'approccio, il principio di buona fede non costituisce tuttavia criterio interpretativo e applicativo delle altre disposizioni del codice, configurandosi pertanto, diversamente dai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato invece espressamente insigniti di questo ruolo, quale mera e più limitata loro proiezione operativa nello svolgimento delle procedure di gara.

A tanto si aggiunga che l'articolato normativo non fa cenno all'operatività della buona fede nella fase contrattuale, né contiene alcun esplicito riferimento al basilare principio di collaborazione che invece, nell'ordito della legge n. 241/1990 e in altri contesti normativi (statuto del contribuente, direttiva UE sulla vendita, etc.), non soltanto accompagna e rafforza a mo' di endiadi il principio di buona fede, ma lo precede e, in qualche misura, lo prepara.

Ciò induce a ritenere che il principio di collaborazione, rimasto forse nella penna del legislatore, sia da intendersi come immanente e sottinteso e che, quantomeno all'interno del circuito dell'art. 5, esso possa costituire criterio interpretativo e applicativo dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Analogamente, la lettura solidaristica di questi ultimi due principi alla luce dell'art. 2 Cost. e l'espressa previsione nell'art. 6 del codice, sia pure ad altri fini, del principio di solidarietà, avrebbero forse richiesto un richiamo alla solidarietà nell'art. 5, che è compito dell'interprete portare alla luce e valorizzare.

3. Come che sia, i principi contenuti nell'art. 5, sia se considerati in sé sia se correlati agli altri ai quali si è sopra accennato, costituiscono un osservatorio privilegiato per valutare e verificare se sussista un'effettiva relazione di simmetria tra contraente privato e pubblico, tale da far assurgere il principio di buona fede, oltre che a canone di valutazione del comportamento delle parti, anche, più incisivamente, a criterio di controllo della proporzionalità dei rapporti e di regolazione dell'autonomia negoziale.

Tanto, nella prospettiva di un diritto dei contratti pubblici, in cui la buona fede possa rappresentare uno strumento paradigmatico di governo del consenso delle parti, nell'ambito di rapporti che, nel rispetto dei prin-

cipi e delle regole contenute nel Codice, siano improntati a logiche tendenzialmente paritarie.

E però, da altro versante, vanno considerati gli àmbiti della contrattualistica pubblica in cui, invece, la buona fede governa rapporti contrattuali connotati da un inevitabile squilibrio sinallagmatico (ammesso e non concesso che si possa effettivamente parlare di sinallagma, per lo meno nello stretto senso civilistico del termine); il che fa della buona fede strumento di integrazione e regolazione di relazioni asimmetriche e diseguali, sottoposte al vaglio di un giudizio di meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti e di affidamento sull'effettiva realizzabilità di quanto pattuito. Negli ambiti in cui si ravvisi questa disparità tra soggetti pubblici e operatori privati, il principio di buona fede assumerà, allora, rilievo di canone di integrazione cogente, idoneo a performare i rapporti contrattuali, al fine di preservarne l'equilibrio.

4. In entrambe le prospettive alle quali si è fatto riferimento, assume importanza strategica la connotazione del sindacato giurisdizionale sui comportamenti delle parti contrari a buona fede, sia nella fase del procedimento di scelta del contraente sia in quella contrattuale.

In particolare, poiché la buona fede si contraddistingue per indeterminatezza e assenza di parametri e di punti di riferimento predefiniti, va da sé ipotizzare un sindacato particolarmente incisivo del giudice chiamato a verificare l'osservanza dei doveri di comportamento in relazione al caso concreto; sindacato che, sul versante della giurisdizione amministrativa, dovrebbe pur sempre fare i conti con i noti limiti di sistema del controllo estrinseco debole. Per converso, questa particolare incisività del sindacato non avrebbe ragion d'essere, nel caso in cui la buona fede sia assunta quale regola di condotta meramente integrativa del regolamento contrattuale e, più in genere, degli atti e comportamenti posti in essere dalle pubbliche amministrazioni o dagli operatori economici.