

Vincenzo Cerulli Irelli

Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici.

1. Il “diritto alla rinegoziazione dei contratti pubblici come attuativo del principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9).

L'art. 9 del *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. 31.3.2023 n. 36, il *Codice*)¹, come noto, stabilisce, tra i principi che regolano la contrattazione pubblica, il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale:

“1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali”.

Come si vede, la norma introduce nella nostra materia, innovando alla precedente impostazione generalmente seguita in giurisprudenza, il diritto alla rinegoziazione del contratto al verificarsi delle condizioni ivi previste e laddove la “parte svantaggiata” non vi abbia volontariamente rinunciato; riecheggiano un istituto affacciato sul versante civilistico, con ampia elaborazione dottrinale, nel settore dei contratti di durata o a esecuzione continuata o periodica e segnatamente dell'appalto, tipico contratto di durata².

¹ Il Codice è attuativo della delega di cui alla legge 21.6.2022 n. 78 (legge delega) ma altresì attuativo della Direttiva europea 2014/24/UE sugli appalti pubblici cui queste note si riferiscono. Il *Codice* disciplina altresì i contratti di concessione e i contratti di partenariato pubblico-privato e contiene norme di principio (artt. 1-11) che hanno una efficacia generale sull'attività contrattuale delle pubbliche Amministrazioni, al di là delle materie oggetto delle direttive europee. Il *Codice* è stato elaborato da una Commissione presso il Consiglio di Stato nominata ai sensi dell'art. 1, 4° comma della legge delega, il cui testo, con modificazioni, è stato adottato dal Governo. Esso contiene una cospicua relazione illustrativa delle singole norme, assai utile in sede di interpretazione delle stesse.

² V. part., F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in Riv. Dir. civ., 2002; G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002; P.G. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, ivi 2005; *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova 2006. Di particolare rilievo la *Relazione* dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione n. 56 dell'8.7.2020, che dedica ampie argomentazioni al principio di conservazione del contratto e alla rinegoziazione. “La risposta alla esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti, riletto al lume del principio di solidarietà, e rivitalizzato in una ottica costituzionalmente orientata, attraverso la clausola di buona fede che di quel principio è il portato codicistico”.

La norma prevede il computo dei relativi oneri il cui ammontare necessariamente comporta un limite all'ambito operativo della rinegoziazione (sul versante della parte pubblica).

Viene auspicato l'inserimento nei contratti di clausole di rinegoziazione (le stazioni appaltanti "favoriscono"), laddove si tratta di contratti particolarmente esposti, per durata nonché per il contesto economico nel quale sono chiamati ad operare, "al rischio delle interferenze da sopravvenienze".

Più in particolare, la norma prevede il caso che le circostanze sopravvenute rendano la prestazione "in parte o temporaneamente inutile o inutilizzabile, per uno dei contraenti" al quale viene riconosciuto il diritto ad una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole della impossibilità parziale di cui all'art. 1464 c.c..

Infine, la norma richiama, come applicativi del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, l'istituto della revisione prezzi che torna pienamente in vita dopo un periodo di soppressione (art. 60) e la previsione dei casi nei quali è possibile la modifica del contratto "senza una nuova procedura di affidamento", già previsti dall'art.106 del Codice previgente e adesso raggruppati nell'art. 120, con l'aggiunta, rispetto al precedente testo, di un comma (8) espressamente dedicato al diritto alla rinegoziazione.

Questi istituti, già ben noti nella precedente esperienza, devono articolarsi nel più generale contesto delineato dall'art. 9 che pone segnatamente il problema di definire uno spazio alla rinegoziazione contrattuale, al di là dell'applicazione degli istituti appena citati; se uno spazio ulteriore possa esservi ovvero se il riferimento normativo alla rinegoziazione rappresenta una sorta di formula riassuntiva degli istituti stessi: problema assai delicato e perplesso anche per la mancanza, sul punto, di un principio di delega.

La legge delega si limita infatti a prevedere un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di determinate circostanze (art. 2, lett. g) e la disciplina delle varianti in corso d'opera, con la possibilità della modifica dei contratti "nella fase dell'esecuzione" nei limiti consentiti dall'ordinamento europeo (art. 2, lett. u).

La Direttiva europea, dal canto suo, prevede sul punto un insieme di condizioni che consentono modifiche contrattuali senza bisogno di una nuova procedura di aggiudicazione, che, grossomodo, corrispondono a quelle previste dal *Codice* all'art. 120;

e prevede altresì la possibilità (non l'obbligo) di inserire nei documenti di gara clausole di revisione prezzi (art. 72).

Non vi è traccia dunque, né nella legge delega né nella Direttiva europea, della rinegoziazione del contratto (e tanto meno di un diritto alla rinegoziazione) nella fase della esecuzione. Ciò potrebbe indurre a ritenere (ma v. *infra* n. 6) che la “rinegoziazione” sia termine riassuntivo (rappresentativo) dei casi espressamente previsti dalla normativa (nazionale ed europea), in cui il contratto nella fase dell'esecuzione, possa essere modificato su richiesta delle parti senza nuova procedura di affidamento.

2. Il principio della rinegoziazione dei contratti nella dottrina civilistica.

2.1. Il principio della rinegoziazione contrattuale, che nella materia degli appalti pubblici presenta indubbi elementi di novità³, ove si ritenga che nell'ambito di una corretta interpretazione della normativa in esame esso riesca ad acquisire un rilievo autonomo, trova il suo riscontro nella problematica civilistica della rinegoziazione dei contratti di durata o ad esecuzione continuata o periodica che sinora non aveva trovato alcun riscontro sul versante pubblicistico.

Si tratta di una problematica assai complessa, come emerge dagli scritti citati, ampiamente discussa nella dottrina civilistica, non solo da noi, alla quale in questa sede si può solo accennare⁴.

Il problema da cui nasce questa elaborazione dottrinale (che trova in giurisprudenza applicazioni non sempre condivise) è posto da un dato di comune esperienza, dalla natura delle cose (si potrebbe ancora dire), il dato che, nei rapporti di durata fondati su un contratto, che determina, in base all'assetto degli interessi delineato dalle parti al momento della stipula, le reciproche prestazioni cui le parti sono obbligate nel corso del rapporto, può accadere che circostanze nuove ed imprevedibili a tale momento, sopravvenute per cause non imputabili alle parti, abbiano reso le prestazioni di

³ V. però già V. Lopilato, *La clausola di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in Fo.Amm. 2006.

⁴ La prassi della rinegoziazione dei contratti di durata a fronte di evenienze che rendano le prestazioni di una delle parti eccessivamente onerosa è ampiamente seguita nella contrattazione internazionale (c.d. clausola di *hardship*). I principi Unidroit elaborati, come è noto, al fine dell'armonizzazione del diritto commerciale internazionale prevedono espressamente la rinegoziazione dei contratti ma non recepita nel codice civile.

una di esse onerose al di là della normale alea del contratto, squilibrandone l'assetto quale all'inizio determinato⁵.

Tipica di tale situazione è quella del contratto di appalto, la cui esecuzione si protrae nel tempo (sul versante pubblicistico in una lunga serie di anni necessari per la realizzazione delle grandi opere) e si può verificare che la prestazione dell'appaltatore tenuto al compimento dell'opera o del servizio, mediante la propria organizzazione (art.1655), divenga in virtù di dette circostanze sopravvenute, non più rispondente (in termini di costi soprattutto, quali tenuti in conto nella determinazione del corrispettivo dell'appalto) alle condizioni pattuite.

Laddove si verifichi questa evenienza (squilibrio sopravvenuto delle prestazioni contrattuali per circostanze imprevedibili) la conseguenza prevista dal codice in via generale, è quella, per regola, come è noto, della risoluzione del contratto (art. 1467) domandata dalla parte la cui prestazione è divenuta, appunto, eccessivamente onerosa; con gli effetti previsti in generale per tale tipo di dissoluzione del contratto (art. 1458).

Tuttavia, la stessa norma generale del codice prevede un correttivo al rimedio dissolutorio, consentendo alla parte nei cui confronti la risoluzione è domandata di evitarla offrendo all'altra parte di "modificare equamente le condizioni del contratto", cioè di rinegoziarne il contenuto salvandone la sostanza.

Evidentemente, in caso di disaccordo tra le parti, su questo punto, sarà il giudice a stabilire se le nuove condizioni offerte siano tali da rendere obbligatoria l'accettazione dell'altra parte, perché rispondenti al ripristino dell'originario equilibrio contrattuale: la decisione del giudice necessariamente "calibrata su elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale"⁶, potrebbe anche assumere valenza di obbligo a concludere il contratto ai sensi dell'art. 2932.

Già dalla norma generale del codice si desume in certa misura una preferenza per il rimedio manutentivo del contratto (nuove condizioni che lo riportino ad equità tenendolo in vita) a fronte del rimedio dissolutorio, avanzato dalla parte le cui prestazioni sono divenute eccessivamente onerose al di là dell'alea normale.

⁵ R. Nicolò, *Alea*, in Enc. dir., I, Milano 1958; G. Alpa, *Rischio*, in Enc. dir., IV, Milano, 1989

⁶ Relazione Cassazione cit. pag. 27

Il correttivo alla risoluzione previsto dall'ultimo comma dell'art. 1467 è solo nelle mani (paradossalmente) della parte che, dalle mutate circostanze, avrebbe un beneficio dalla più onerosa prestazione gravante sulla controparte, mentre a quest'ultima spetta solo il diritto in tali casi di chiedere la risoluzione.

Il principio manutentivo del contratto come alternativo alla risoluzione si trova confermato da altre norme del codice di contenuto simile (come l'art. 1432 sulla "rettifica", l'art. 1450 sulla rescissione, art. 1464 sulla riduzione della prestazione nei contratti di appalto, etc.). La dottrina civilistica sopracitata evidenzia i problemi anche di carattere sistematico posti dall'introduzione nell'ordinamento contrattuale di un obbligo di rinegoziare, giudiziariamente tutelato, a fronte del principio fondamentale della libertà contrattuale.

Ove il principio di rinegoziazione si affermasse come principio generale in applicazione del principio di buona fede, imposto da una norma imperativa⁷, il diritto di chiedere la rinegoziazione, superando il limite di cui all'art. 1467, si estenderebbe anche alla parte che ha subito la eccessiva onerosità della prestazione, e che cionondimeno può avere interesse, si direbbe più ancora dell'altra, a portare avanti il rapporto contrattuale ripristinando l'equilibrio originario (salvo che le parti nel contratto abbiano espressamente escluso la rinegoziazione). Ovviamente il diritto alla rinegoziazione non significa diritto ad ottenere la modifica del contratto, ma solo quello di ottenere dall'altra parte l'apertura di trattative secondo buona fede che in presenza di condizioni eque possano portare ad una modifica contrattuale, e in caso di disaccordo, ad una decisione del giudice.

Il principio sembra si vada affermando sulla base di importanti contributi della dottrina civilistica, declinato appunto come applicazione del più generale principio di

⁷ V. *Relazione Cassazione* cit.: "La clausola generale di buona fede diviene garanzia di un comportamento corretto nella fase di attuazione delle previsioni contrattuali". "La buona fede rappresenta un importante metro di approccio alle problematiche correlate all'esecuzione del contratto, possedendo valore di ordine pubblico, collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale". La *Relazione* richiama gli importanti contributi dottrinali in materia di fonti di integrazione del contratto (v. già S. Rodotà, *Le fonti di interpretazione del contratto*, Milano 1969; G. Alpa, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001) e sottolinea che "il dovere di correttezza contrattuale non è soltanto una clausola destinata a regolare le trattative... ma è anche una fonte di interpretazione del contratto, in quanto richiamata dall'art. 1374 sub specie di legge". V. M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv.Dir.Civ.* 1983 ("La prevalenza del principio di buona fede sulle determinazioni del contratto consegue al suo carattere di ordine pubblico"). Sul punto, ampiamente, P.G. Marasco, *Op. cit.*, sull'obbligo di agire secondo buona fede imposto da una norma imperativa, a fronte della norma dispositiva di cui all'art. 1467.

buona fede al quale la disciplina dei contratti, tanto nella fase della formazione (art. 1337) quanto nella fase della esecuzione (art. 1375) è fortemente ancorata.

L'esecuzione del contratto secondo buona fede viene a tradursi nel dovere di ciascuna delle parti di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a proprio carico (secondo la nota formula). E perciò a fronte dell'offerta della parte di nuove condizioni eque per mantenere in vita il contratto, resosi squilibrato per circostanze sopravvenute e imprevedibili, l'altra parte non può rifiutarsi di intavolare sul punto trattative che possano portare ad un contratto rinegoziato, sottoponendosi in caso di disaccordo alla decisione del giudice.

Ovviamente la decisione del giudice dovrà valutare sia la sussistenza dei presupposti della rinegoziazione (circostanze sopravvenute ed imprevedibili tali da "turbare profondamente l'equilibrio contrattuale", onerosità della prestazione al di là del limite di rilevanza richiesto dalla legge circa la cd. "normale alea"), sia l'accettabilità per l'altra parte delle nuove condizioni offerte, che siano appunto, "eque", e non a loro volta squilibrate, e siano tali, si può aggiungere, da rispettare l'equilibrio originario del contratto.

2.2. Attraverso la rinegoziazione non si può addivenire ad un nuovo contratto (sempre che le parti d'accordo tra loro non vogliano stipulare un nuovo contratto, ma si tratterebbe come ovvio di un caso diverso), ma alla conferma, attraverso le nuove condizioni, dell'equilibrio originario del contratto che è venuto a rompersi per effetto delle circostanze sopravvenute ed imprevedibili. Invero, le parti stipulando il contratto hanno inteso determinare un determinato assetto di interessi nei loro reciproci rapporti. Se circostanze sopravvenute ed imprevedibili modificano questo assetto, il principio di buona fede, che si impone nella esecuzione del contratto, obbliga le parti stesse, a meno che esse d'accordo tra loro non ritengano di risolvere il contratto, a rinegoziarne il contenuto al fine di far rivivere l'assetto originario; in presenza del motivato interesse di una delle parti, meritevole di tutela (ciò che, in caso di disaccordo, sarà valutato dal giudice), ad aprire una trattativa in tal senso.

Questa impostazione dottrinale non ha tuttavia ancora trovato pieno riscontro in giurisprudenza, che pare restare ancorata ai vecchi schemi. Ad esempio, secondo il

Tribunale di Roma, “non esiste nel nostro ordinamento, un obbligo di rinegoziazione dei contratti divenuti svantaggiosi per una delle parti “... e un correlato potere del giudice di modificare i regolamenti contrattuali ...” (Trib. Roma, VI, 19.2.2021). E la stessa Corte di Cassazione, ancora di recente, ribadisce che “il contraente a carico del quale si verifica l’eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l’altro contraente accetti l’adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite”, ch  egli pu  solo “agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ma non ha diritto di ottenere l’equa rettifica delle condizioni del negozio” (Cass. I, 26.1.2018 n. 2047)⁸.

Ma emergono anche riscontri diversi in giurisprudenza. E cos  ad esempio, in un caso assai noto, non recente, che riguardava le Terme di Fiuggi, la Cassazione aveva fortemente valorizzato la cogenza del principio di buona fede nella esecuzione dei contratti, con la nota formula, gi  ricordata, che “ciascuno dei contraenti   tenuto a salvaguardare l’interesse dell’altro, se ci  non comporti un apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio”, che nella specie ha portato a riconoscere il diritto in capo al Comune concedente di pretendere da parte dell’ente Fiuggi un adeguamento del prezzo delle bottiglie al fenomeno sopravvenuto di svalutazione della moneta e in conseguenza del canone, pur essendo attribuita dal contratto piena libert  di fissare i prezzi di vendita del prodotto in capo all’ente (Cass. I, 20.4.1994 n. 3775).

E’ comunque certo che nessuna norma positiva del vigente ordinamento civilistico prevede il diritto alla rinegoziazione dei contratti in capo al contraente che abbia subito gli effetti dell’alterazione dell’equilibrio originario del contratto e che abbia il legittimo interesse a proseguire nella esecuzione del contratto ripristinando l’originario equilibrio.

Si tratta perci  di un principio di elaborazione dottrinale/giurisprudenziale (ma in giurisprudenza, come si   visto, sono forti i dubbi ad essere accolto); una costruzione scientifica, si direbbe, bene ancorata tuttavia a principi tradizionali del diritto civile, corroborati dai principi costituzionali di solidariet  sociale e di proporzionalit , oramai consolidati nella giurisprudenza delle Corti: *il principio solidaristico “innerva il nostro sistema”, ci ricorda le Relazioni dell’Ufficio Massimario.*

⁸ V. la giurisprudenza di merito citata nella Relazione dell’Ufficio Massimario pag. 22 nota 66. Secondo l’Ufficio del Massimario, anche alla luce di altri casi, l’esigenza di rinegoziazione “  affiorata nella giurisprudenza della Suprema Corte”, tuttavia non sembra particolarmente esplicita in proposito.

3. Il problema della legittimità della previsione del principio della rinegoziazione nel Codice in assenza di una norma di delega, e della sua compatibilità con l'assetto della contrattualistica pubblica.

3.1. Con l'entrata in vigore del *Codice*, il diritto alla rinegoziazione del contratto, nei termini appena ricordati (circostanze sopravvenute ed imprevedibili; onerosità eccessiva della prestazione a fronte della normale alea) trova per la prima volta affermazione legislativa in una norma primaria.

Anziché dalla porta ampia e solenne (come sarebbe stata quella del codice civile) il diritto entra nell'ordinamento legislativo da una finestrella un po' precaria, con espresso riferimento ad una materia, quella dei contratti pubblici, nella quale esso non si riteneva avesse cittadinanza (né la dottrina civilistica sopra citata aveva fatto alcun cenno affinché il principio da essa elaborato potesse estendersi a questa materia), salva qualche voce in dissenso⁹.

La scelta del legislatore delegato di inserire, accanto ai tradizionali istituti della revisione prezzi e delle varianti in corso di opera, il principio generale di rinegoziazione come riassuntivo di questi istituti o anche portatore di ulteriori applicazioni, e attraverso esso dare consistenza al principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale può comportare effetti nell'ordinamento generale (da intendere, anche sul versante civilistico); ché sembrerebbe del tutto irragionevole la vigenza di questo istituto nella contrattualistica pubblica, settore nel quale esso appare meno compatibile con i principi che lo reggono, e non nella contrattazione civilistica, dove esso, come rilevato in dottrina, trova una collocazione solidamente ancorata al principio di buona fede.

Si pone in primo luogo, sul punto (a prescindere dalla individuazione dei casi in cui il principio potrà trovare applicazione in questa materia), il problema di stabilire la legittimità della previsione del principio nel *Codice*, in assenza di una specifica menzione di esso nella legge delega, nonché nella Direttiva europea; del principio di rinegoziazione del contratto come tale, come principio espressamente applicativo del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9, 1° co.), ché gli istituti espressamente richiamati dalla norma come applicativi, a loro volta, dello stesso principio (art. 9, ult.

⁹ V. V. Lopilato, *Op. cit.*

co.: artt. 60, 120) hanno pieno riscontro nella legge delega e nella Direttiva europea, come s'è detto.

Essenziale, nell'affrontare questo problema, è la collocazione del principio di rinegoziazione e quindi del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, nell'ambito applicativo del principio del risultato posto dall'art. 1 in testa a tutta la disciplina del *Codice* e dichiaratamente principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri: principio realizzativo finale come profilo dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso la contrattazione pubblica¹⁰.

Il principio del risultato attiene, invero, sia alla fase della formazione del contratto, sia alla fase dell'esecuzione.

Nella fase della formazione, il principio si traduce nella aggiudicazione del contratto al miglior offerente, sotto il profilo della bontà dell'offerta in termini economici e tecnici da parte di un operatore economico che presenti i requisiti richiesti, che non sia colpito da cause di esclusione etc., nei tempi previsti, nel rispetto della concorrenza tra operatori economici etc.. Insomma, giungere da parte della stazione appaltante, nel tempo più rapido e nel modo più corretto, alla stipulazione del contratto.

Nella fase della esecuzione, la situazione è completamente diversa, in certo modo capovolta. Qui il risultato da raggiungere non è più un risultato "giuridico", un contratto (una "utilità giuridica", per usare una nota espressione dottrinale)¹¹ ma un risultato economico, un fatto, realizzare l'opera nel tempo previsto e nel modo tecnicamente perfetto, prestare il servizio a sua volta nei tempi e con le modalità previste etc.. Questo risultato non è più, come nella fase di aggiudicazione principalmente nelle mani della stazione appaltante, ma è affidato alla corretta esecuzione del contratto da parte dell'operatore economico, che il contratto ha stipulato a seguito dell'aggiudicazione.

E' la stipulazione del contratto che spezza le due fasi, la prima quella del procedimento amministrativo di affidamento, la seconda quella del rapporto, regolato dal contratto, nel quale domina il diritto civile ed è sottoposta alla giurisdizione ordinaria. L'esecuzione del contratto affidata all'operatore economico, sotto il controllo della

¹⁰ L.Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in Urb. App. 2023 e precedentemente, con importanti risvolti teorici, *Oltre il teorema della scimmia instancabile*, in Scritti Cerulli Irelli, II, Torino 2021.

¹¹ U. Pototsching, *I pubblici servizi*, Padova 1964, part. p. 209 ss..

stazione appaltante, si traduce in attività di impresa che come tale necessita, per potere operare correttamente e in maniera tale da raggiungere il risultato (il compimento dell'opera, l'espletamento del servizio), che l'equilibrio economico del contratto sia mantenuto nel corso dell'esecuzione al di là della normale alea di ogni operazione imprenditoriale.

Quindi, il principio del risultato necessita che nella fase dell'esecuzione siano previsti strumenti intesi ad assicurare nei limiti consentiti, la vitalità dell'impresa che il risultato deve produrre: gli strumenti appunto, contemplati dall'art. 9, ai quali si può aggiungere la disciplina dell'anticipazione del prezzo da corrispondere all'appaltatore (art. 125), impostata anch'essa nell'ottica di assicurare all'impresa, già nelle prime fasi dell'esecuzione, una capacità operativa supportata da adeguati mezzi. Da qui la stretta correlazione tra le due norme: senza gli strumenti dell'una, non si potrebbe rispettare l'altra.

3.2. Invero, neppure il principio del risultato è espressamente menzionato nella legge delega, ma esso è da considerare principio generale dell'azione amministrativa, consolidato in dottrina e in giurisprudenza, come diretta emanazione del principio costituzionale del buon andamento¹².

L'amministrazione, come funzione di governo, è per definizione azione intesa, al servizio della collettività, a prestare ad essa i necessari servizi quali definiti dalle leggi o comunque richiesti a fronte di esigenze che emergono nella realtà sociale. Essa nello Stato costituzionale (ma già nello Stato di diritto) è funzione servente gli interessi della collettività, non ha altro titolo di legittimazione, e perciò tali interessi è chiamata a curare; attraverso atti giuridici e operazioni concrete il cui scopo è sempre quello, non può essere altro, che di produrre risultati utili o necessari per la collettività, risolvere problemi come spesso si dice nel linguaggio comune, realizzare opere, fornire servizi, consentire ai privati le attività (di rilievo sociale) compatibili con l'interesse pubblico etc.; ovviamente nel rispetto della legalità che, nell'azione amministrativa, significa il rispetto di quei principi che legano l'esercizio dell'azione stessa, al di là delle prescrizioni di legge,

¹² V. in dottrina A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione di risultati"*, in *Scritti Casetta*, II, Torino 2001; L. Iannotta, *Il principio di legalità e amministrazione di risultato*, *ibidem*.

costruiti via via dalla scienza del diritto amministrativo, che possono essere riassunti nel distico imparzialità/ragionevolezza.

Ma le procedure, i principi dell'azione sono, a loro volta, strumentali alla produzione di fatti/risultati utili alla collettività intesa nel suo insieme - *as a whole* - e con riferimento alle posizioni dei singoli coinvolti nei loro interessi protetti nelle singole manifestazioni dell'azione amministrativa. Il diritto ad una buona amministrazione, accanto a quello della "buona decisione amministrativa"¹³

Queste affermazioni, che si possono considerare pacifiche nell'attuale stato della scienza del diritto amministrativo, sono esplicitate e svolte nell'art. 1 del *Codice*, a mio giudizio correttamente, perché in una legge generale che riguarda l'azione amministrativa nelle sue manifestazioni più estese (la contrattazione pubblica, segnatamente mediante appalti di lavori, servizi, forniture) è da ritenere opportuno che il legislatore (pur delegato) espliciti i principi generali del sistema attraverso una operazione di ricognizione (e non di invenzione) pur in assenza di espresse previsioni della legge delega.

I principi elencati dal Codice si configurano, invero, come esplicitazione di principi già regolanti l'azione amministrativa (che tradizionalmente, come è noto, è stata intessuta di principi di elaborazione dottrinale/giurisprudenziale, accolti via via in sede legislativa) allo stesso modo dei principi enunciati dalla legge n. 241/1990). L'art. 9, a sua volta, intitolato al principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale nei vari istituti che esso contempla, si configura come attuazione del principio del risultato, per la ragione di comune evidenza sopra ricordata, circa il carattere proprio della fase di esecuzione dei contratti pubblici (e segnatamente dei contratti di appalto), come complesso di attività affidate a un soggetto terzo (a un'impresa).

La previsione di questi istituti appare perciò necessaria nella legge generale dei contratti pubblici essendo tutti essi finalizzati ad assicurare il compimento della operazione contrattuale, in attuazione del principio del risultato.

Sulla base di questi argomenti, si può ritenere che la previsione nel *Codice* del principio di rinegoziazione, come attuativo dei detti principi dell'azione amministrativa, sia legittima pur in assenza della sua espressa menzione nella legge delega.

¹³ Mi permetto di ricordare, sul punto, le mie osservazioni sulla "questione amministrativa" e sulla responsabilità della dottrina, in *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, per D.Sorace, Napoli 2020. V. F.Merusi, *L'imbroglio della riforma amministrativa*, Modena 2016 ("l'imparzialità ha "fagocitato" il buon andamento").

Il principio di rinegoziazione nella materia dei contratti pubblici come attuativo del principio di buona fede (secondo l'elaborazione del principio stesso in sede civilistica), pur nella consapevolezza che questo principio estende la sua portata anche all'azione amministrativa (anche di diritto pubblico, come di recente risulta affermato in giurisprudenza)¹⁴ presenta indubbiamente delle difficoltà applicative che non presenta viceversa nella contrattazione civilistica.

Ciò per la profonda differenza che caratterizza la contrattazione pubblica rispetto alla contrattazione civilistica. L'autonomia privata consente alle parti contraenti, secondo il diritto civile, di determinare liberamente l'assetto dei propri interessi da versare nel contratto (con chi contrattare, a quali condizioni, accettando le offerte che si ritengono di accettare senza necessità di confrontarle con altre etc.).

Nella contrattazione pubblica tutto ciò si capovolge, ch  la parte pubblica   tenuta, per regola, ad addivenire al contratto attraverso una complessa procedura (retta dal diritto amministrativo e non dal codice civile) nella quale si confrontano pi  offerte, declinate sulle condizioni predeterminate dalla parte pubblica mediante atti amministrativi (la delibera a contrarre, il bando etc.: i documenti di gara), tra le quali la scelta   retta da rigidi principi secondo i quali a coloro che aspirano al contratto deve essere garantita una posizione di parit .

La rigidit  della fase di formazione del contratto si traduce, a sua volta, in una forte limitazione delle possibilit  delle parti di introdurre modifiche all'assetto definito del contratto nella fase successiva alla stipula e in tutta la fase dell'esecuzione (che in diritto civile sono nella piena disponibilit  delle parti d'accordo tra loro), perch  ogni modifica che turbi quell'assetto viene ad incidere sugli interessi legittimi dei soggetti che alla procedura avevano partecipato mediante offerte declinate sulle condizioni predeterminate dai documenti di gara, che avrebbero potuto essere diverse a condizioni diverse (quelle che verrebbero introdotte nella fase dell'esecuzione).

Da ci  gli stretti limiti nei quali in tale fase le parti possano introdurre modifiche alle condizioni contrattuali. Mentre detta complessa e rigida disciplina della fase della

¹⁴ V. part., Cons.St., A.p. 4.5.2018 n. 5 ("Anche nello svolgimento dell'attivit  autoritativa, l'Amministrazione   tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico... anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealt  e correttezza"); Cons. St., A.p. 23.4.2021 n. 7. V. da ult., G. Racca, *Le responsabilit  delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir.Amm.*, 2022.

esecuzione sarebbe fuori luogo in diritto civile, il quale si limita ad imporre la buona fede delle parti in detta fase, oltre che nella fase della formazione del contratto (artt. 1337 e 1375).

In diritto civile nella fase della esecuzione domina la volontà delle parti, ovviamente nei limiti delle norme imperative; mentre nella contrattualistica pubblica ogni iniziativa delle parti, a prescindere dai fini che esse si propongano (ivi compresa la parte pubblica il cui interesse è finalizzato al risultato) è condizionata dai diritti (interessi legittimi) dei terzi che, partecipando alla fase della formazione del contratto, avevano formulato le proprie offerte con riferimento ad un assetto contrattuale predefinito.

Il diritto amministrativo è stato detto autorevolmente, è diritto dei terzi, mentre i rapporti civilistici sono rapporti tra parti, nei quali la posizione dei terzi è irrilevante, salvo specifiche posizioni protette¹⁵.

4. Revisione prezzi (art. 60)

4.1. L'art. 60, modificando la precedente disciplina, dispone l'obbligatorietà dell'inserimento nei documenti di gara (senza distinzione dei tipi e degli oggetti del contratto) della clausola di revisione prezzi: "*nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento [qualsivogliano] è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi*" (art. 60,1° c).

Mentre la disciplina precedente di cui al *codice 2016*, prevedeva esclusivamente la possibilità dell'inserimento di tali clausole (insieme alle altre relative alla previsione di eventuali modifiche contrattuali) nei documenti di gara: "*i contratti di appalto ... nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento ... se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziale in clausole chiare, precise ed irrevocabili che possono comprendere clausole di revisione prezzi*" (art. 106, comma 1, lett. a)).

Nell'ambito di questa disciplina la revisione prezzi si colloca tra le modifiche contrattuali nella fase dell'esecuzione, ove espressamente prevista nelle clausole contrattuali ("possono essere" previste), mentre nel *Codice* l'istituto è trattato a sé, pur

¹⁵ M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in Pol.dir. 1975; L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritto dei terzi*, Torino 2005.

accomunato alle “modifiche”, come espressione, entrambi, del principio di conservazione dell’equilibrio nel contratto. E diviene di applicazione obbligatoria in ogni tipo di contratto.

L’istituto ha avuto, nel corso del tempo, nella nostra legislazione, un andamento oscillante, a partire dalla legge c.d Merloni che ne aveva previsto la soppressione nei contratti di appalto di lavori: *“per i lavori pubblici affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli altri enti aggiudicatori o realizzatori non è ammesso procedere alla revisione dei prezzi. E non si applica il primo comma dell’art. 1664 c.c.”* (art. 26, 3° comma l. e) legge 11.2.1994 n. 109). La norma citata del codice civile prevede, come è noto, a proposito del contratto di appalto, che a fronte di aumenti o diminuzione dei costi verificatisi per effetto di circostanza imprevedibili *“tali da determinare un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto, l’appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo”*.

Il Codice dei contratti pubblici del 2006 aveva riaffermato la obbligatorietà della clausola di revisione prezzi ma solo per i contatti relativi a servizi o forniture; restando quindi esclusi dalla operatività della clausola i contratti più importanti, quelli nei quali, il problema della revisione prezzi si rappresenta con maggiore forza, cioè i contratti relativi a lavori (*“Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo”* art. 115, d.lgs 12/04/2006 n. 163); nonché i contratti nei settori speciali, ivi compresi quelli nel settore dei trasporti.

La questione della legittimità della esclusione di questa tipologia di contratti dalla clausola di revisione (dalla obbligatorietà della clausola) fu portata all’esame della Corte di giustizia UE, la quale con sentenza 19.4.2018 C-152/17 ha stabilito che i principi delle Direttive europee nella materia delle procedure di appalto *“non ostano a norme di diritto nazionale che non prevedono la revisione periodica dei prezzi, dopo l’aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tali direttive”* (nella specie, si trattava di appalti nel servizio di trasporto).

In sostanza, secondo la giurisprudenza europea, è affidata alla discrezionalità del legislatore nazionale di determinare l’ambito e l’operatività delle clausole di revisione prezzi. Da ciò deriva che risultano conformi al diritto europeo norme nazionali che

prevedano l'obbligo di inserire nei documenti di gara la clausola di revisione prezzi, come all'inverso norme che per alcune tipologie di contratti tale obbligatorietà non prevedano o addirittura escludano.

Il nuovo *Codice* supera questa problematica, prevedendo senz'altro, l'inserimento obbligatorio delle clausole di revisione prezzi per ogni categoria di contratti da esso disciplinato.

Quindi, si è passati nei contratti di appalto di lavori, dalla disciplina di *divieto* del 1994 alla previsione della *possibilità* di inserimento di clausole di revisione prezzi - già presumibilmente nella disciplina del 2006 e poi chiaramente nella disciplina del 2016 - sino alla disciplina attuale di *obbligatorietà*. Al momento in cui il legislatore ha posto al centro del diritto dei contratti pubblici, il principio del risultato, sono venute a cadere tutte quelle remore alla previsione generalizzata della clausola, che avevano caratterizzato l'esperienza precedente, secondo un'ottica (miope, invero) di mera tutela della spesa pubblica.

La pretesa dell'appaltatore alla revisione del prezzo, a fronte delle intervenute circostanze modificatorie dell'equilibrio economico del contratto al di là delle soglie previste dalla norma (*“al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 % dell'importo complessivo”*), è stata tradizionalmente configurata come interesse legittimo e quindi la relativa tutela affidata al giudice amministrativo, restando la giurisdizione ordinaria limitata alla determinazione del *quantum* della revisione, una volta riconosciuta fondata la pretesa¹⁶.

¹⁶ Sul punto, in giurisprudenza, si veda per tutti la recentissima sentenza del CGA 16.1.2023 n. 45: “La ratio dell'istituto del compenso revisionale dei corrispettivi dovuti per i contratti pubblici di forniture e servizi ad esecuzione continuata o periodica, quale si desume dalla disposizione del codice dei contratti pubblici applicabile *ratione temporis*, trova fondamento nell'esigenza di tutelare l'interesse generale dell'Amministrazione, affinché le prestazioni di beni e servizi degli appaltatori non subiscano, nel corso del tempo, una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione, incidenti sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta; solo in via mediata e indiretta la disciplina realizza anche l'interesse dell'impresa, a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verificano durante l'arco del rapporto (cfr. Consiglio di Stato, V, 14 aprile 2020, n. 2386 e giurisprudenza ivi richiamata)”. Ancora, specifica la sentenza: “Il procedimento amministrativo volto all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, cui dovrà seguire l'adozione di apposito provvedimento che riconosce il diritto al compenso e ne stabilisce l'ammontare, si attiva necessariamente su istanza di parte (cfr. sul punto Consiglio di Stato, V, 27 novembre 2015, n. 5375 e id., 24 gennaio 2013, n. 465), e richiede anzitutto un'attività di preventiva verifica dei detti presupposti, al quale è sotteso l'esercizio di un potere autoritativo, cui corrisponde un interesse legittimo del contraente privato, e poi una successiva fase attinente all'entità della pretesa che si avvia solo in caso di riconoscimento della spettanza della revisione prezzi, nella quale la posizione del privato assume consistenza di diritto soggettivo ...”.

D'altra parte, l'art. 133 del Codice del processo amministrativo prevede tra le materie di giurisdizione esclusiva, le controversie relative “*al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica*” ed altre (lett. e) n. 2).

Questo assetto della giurisdizione potrebbe ritenersi modificato dal *nuovo Codice* laddove, al di là dell'obbligatorietà delle clausole di revisione, esso prevede che dette clausole, purché non tali da alterare “*la natura generale del contratto*”, si attivano al verificarsi, come si è visto, “*di particolari condizioni di natura oggettiva... che determinano una variazione del costo dell'opera della fornitura o del servizio*” nella misura citata.

Tra l'altro il testo finale del *Codice* sopprime il riferimento *alla non prevedibilità* del verificarsi di dette condizioni al momento della formulazione dell'offerta (contenuto nella legge delega (art. 1 lett. g), e nello stesso art. 9, come s'è visto); sulla base dei rilievi emersi nell'ambito dei primi commenti, che avevano evidenziato come l'aumento dei costi nella misura prevista, tale da rendere necessaria la revisione, possa essere senz'altro prevedibile in determinate circostanze (come eventi bellici, crisi petrolifere attese, etc.) già al momento della formulazione dell'offerta, e ciò non di meno, tali da supportare l'esigenza della revisione del prezzo.

In base al *Codice* la clausola di revisione sembra quindi applicarsi in maniera automatica, al verificarsi delle condizioni oggettive previste dalla norma (la variazione del costo, come fattore oggettivo) e opera in conseguenza nella misura dell'80% della variazione accertata.

La giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente affermato che la pretesa al compenso revisionale non ha la consistenza di un diritto soggettivo ma di interesse legittimo “rispetto al potere-dovere della stazione appaltante di provvedere in merito all'istanza presentata dall'impresa interessata” (Cons. St., V, 27 novembre 2015, n. 5375); “l'istituto della revisione prezzi si atteggia secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, modello che sottende l'esercizio di un potere autoritativo tecnico-discrezionale dell'amministrazione nei confronti del privato contraente)” (CdS sez. V 28.06.2022 n.5350)”. Quindi, la pretesa alla revisione prezzi come interesse legittimo, e in conseguenza, la giurisdizione amministrativa.

Ma la Cassazione (S.U., ord. 8.2.22 n. 3935; ord. 12.10.2020 n. 21990) già aveva avvertito che la regola consolidata in giurisprudenza circa la distinzione tra interesse legittimo alla pretesa e diritto soggettivo al quantum una volta accertata la fondatezza della pretesa stessa, “incontra un limite nel caso in cui sia in contestazione esclusivamente l'espletamento di una interpretazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata in ordine all'an ed al quantum del corrispettivo, giacché in tale evenienza la controversia, incardinata dall'appaltatore ai fini della percezione del compenso revisionale attiene ad una mera pretesa di adempimento contrattuale, e quindi comporta l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo che ricade nell'ambito della giurisdizione ordinaria”.

Ciò farebbe ritenere, come esplicitato nella relazione ANAC, sullo schema di decreto legislativo che la posizione dell'appaltatore sia da ascrivere oramai al *genus* dei diritti piuttosto che degli interessi legittimi, ciò che potrebbe far dubitare della validità della norma che attribuisce la giurisdizione in materia al giudice amministrativo.¹⁷ Tuttavia, ci sarebbero anche argomenti in contrario rispetto a questa soluzione, che i margini di apprezzamento discrezionale circa il riconoscimento all'appaltatore della revisione del prezzo, sicuramente restano (non alterazione della "natura generale del contratto", individuazione della "natura oggettiva" delle condizioni sopravvenute). Talché, mi sembra che la giurisdizione in materia potrà trovare conferma nei criteri tradizionali.

Le risorse per far fronte agli aumenti del prezzo in virtù della revisione, già secondo la legge delega, *"sono a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi, e su eventuali altre risorse disponibili della stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa"* (lett. g). Il Codice specifica le differenti poste dalle quali attingere le risorse per far fronte alla revisione del prezzo, tra quelle *"appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento"*, quelle *"derivanti da ribassi di asta"*, quelle *"disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante"*, etc.

Si potrà porre nella concreta esperienza il problema della non sufficiente copertura delle risorse necessarie a far fronte alle richieste di revisione; ciò che conferma a sua volta la non automaticità dell'applicazione della clausola.

Ove la richiesta di revisione fosse configurata come diritto soggettivo della richiesta di revisione al verificarsi delle "circostanze oggettive", vi sarebbe un vero e proprio obbligo, da parte della pubblica amministrazione, di reperire le risorse, pur ovviamente nel rispetto dei procedimenti di contabilità pubblica.

Eventuali controversie sul punto sarebbero in tal caso, attratte nella giurisdizione ordinaria, salve le procedure di accordo bonario o il deferimento ad arbitri della

¹⁷ La relazione ANAC (Osservazioni in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19, s.d. v. part. p. 32 ss., 44 ss.) esprime anche dubbi (questa volta di merito) sulla opportunità di una previsione generalizzata delle condizioni per procedere alla revisione (ogni condizione di carattere oggettivo che incida sull'andamento dei costi, che incida nelle percentuali previste, piuttosto che il verificarsi di situazioni eccezionali/emergenziali), che sembra assorbire, secondo l'ANAC, quasi totalmente il rischio di impresa a carico degli operatori economici, modificando indiscriminatamente l'elemento del prezzo.

controversia (“*su diritti soggettivi*”, art. 213) nonché le competenze del collegio consultivo tecnico (art. 215).

5. Modifica dei contratti in corso di esecuzione (art. 120).

5.1. L’art. 120 prevede una serie di casi che possono dare luogo a modifiche dei contratti in corso di esecuzione, senza una nuova procedura di affidamento.

La norma riproduce, con modificazioni, il precedente art. 106 del codice 2016, a parte la revisione prezzi che ha acquisito autonoma disciplina, come si è visto (ma resta il fatto che anche la “revisione” costituisce una delle modifiche contrattuali previste, in questo caso imposte) e ripete, con lievi modificazioni, la norma della Direttiva europea (Art. 72).

Si tratta di norme contenenti una casistica assai puntuale, perché ogni previsione sul punto si configura sempre come derogatoria rispetto al principio fondamentale della rigidità, che domina sia la fase della formazione che la fase della esecuzione dei contratti pubblici, come si è ricordato, a tutela della *par condicio* dei partecipanti alle procedure di affidamento.

Da ciò il carattere, tradizionalmente ritenuto, della normativa sulle modifiche contrattuali ammesse, come di stretta interpretazione (come tutte le norme derogatorie); anche se, nel nuovo assetto della materia delineato dal *Codice* possono emergere dubbi in proposito, con l’inquadramento delle modifiche contrattuali ammesse nel principio di rinegoziazione.

Invero esigenze di modifica del contratto al di là di certe soglie, emerse nel corso dell’esecuzione, per regola, devono dar luogo ad una nuova procedura di affidamento, a tutela della stessa pubblica amministrazione nonché dei soggetti terzi portatori di interessi a partecipare all’affidamento stesso. Da tale principio, lo spazio, nella fase dell’esecuzione, della giurisdizione amministrativa¹⁸.

Secondo l’art. 120, modifiche al contratto, senza una nuova procedura di affidamento sono consentite in una serie di casi espressamente previsti, ma solo laddove queste modifiche non alterino “*la struttura del contratto, e l’operazione economica*”

¹⁸ V. *infra*, n. 6, nota 22 e la giurisprudenza amministrativa e della Cassazione ivi citata (solo a titolo di esempio).

sottesa". Questa condizione è valida in ogni caso, ma viene specificata a proposito delle diverse modifiche previste. Possono essere riassunte come segue:

- modifiche *“previste in clausole chiare precise ed inequivocabili dei documenti iniziali di gara che possono consistere anche in clausole di opzione”* (che una delle parti rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno: art. 1331), sempre che con le modifiche struttura del contratto ed operazione economica, restino inalterate;

- sopravvenuta necessità di lavori, servizi, forniture supplementari, in caso di impossibilità di cambiamento del contraente, impraticabile per motivi economici o tecnici, comportante notevoli disagi e costi per le stazioni appaltanti, sempre che con le modifiche, struttura del contratto e operazione economica, restino inalterate; e solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore del contratto iniziale”;

- varianti in corso di opera necessarie a seguito di circostanze imprevedibili, sempre che con le modifiche, struttura del contratto ed operazione economica restino inalterate; e solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore del contratto iniziale;

- nuovo contraente che sostituisce quello originario: sostituzione prevista in clausole chiare, precise ed inequivocabili dei documenti di gara; successione per causa di morte, ristrutturazione societaria; laddove la stazione appaltante assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti del subappaltatore;

- valore delle modifiche sotto le soglie di cui all'art. 14 di rilevanza europea e sotto il 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture e il 15% del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori;

- *modifiche non sostanziali*, a prescindere dal valore, da definire con riferimento alla definizione delle modifiche sostanziali di cui al 6° comma; nonché quelle considerate non sostanziali ai sensi del 7° comma, e cioè le modifiche al progetto proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore con le quali nel rispetto della funzionalità dell'opera si assicurino risparmi rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni; ovvero si realizzano soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici -tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera.

5.2. Sono considerate *modifiche sostanziali* (6° co.) quelle che alterino considerevolmente la struttura del contratto e l'operazione economica sottesa.

In ogni caso, le modifiche sono considerate sostanziali se introducono condizioni *“che se fossero state contenute nella procedura di appalto iniziale avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati, o da accettare una offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato partecipanti diversi alla procedura di aggiudicazione”*; ovvero se cambiano *“l'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale”*; ovvero se estendono *“notevolmente l'ambito di applicazione del contratto”*; ovvero se un nuovo contraente *“sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli”* sopra previsti¹⁹.

Si può invero ritenere che le modifiche sostanziali non siano ammesse in ogni caso, ch , come espressamente affermato dall'art. 120, esse per definizione sono tali da alterare considerevolmente la struttura del contratto e l'operazione economica sottesa, cos  da vanificare la stessa rigidit  del procedimento di aggiudicazione (altri candidati e altre offerte avrebbero potuto presentarsi); mentre modifiche non sostanziali sono generalmente ammesse nella diversa tipologia dei casi indicati dalla norma. Sul punto, la norma avrebbe potuto essere pi  chiara, affermando espressamente la non ammissibilit  delle modifiche sostanziali, senza prestarsi ad ulteriori possibili equivoci, come rilevato

¹⁹ In giurisprudenza ad esempio   stato ritenuto che costituisca modifica contrattuale ammessa, il subentro “per causa di morte o per contratto ... purch  ci  non implichi altre modifiche sostanziali al contratto. Nel segno della maggiore flessibilit  della regolamentazione della continuit  aziendale, si   inteso agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici gi  stipulati” (Cons. St. V. 23.11.2016 n. 4918); la “sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari, nonch  i provvedimenti di autorit  od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti con il limite del divieto di alterazione della natura generale del contratto” (Cons. St., V 13.2.2023 n. 1522); viceversa la modifica non   ammessa nel caso in cui si preveda l'estensione del servizio reso in forza del contratto in favore di un numero consistente di comuni diversi da quelli oggetto del contratto stesso in quanto “la modifica introduce condizioni che se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale avrebbe consentito l'ammissione di candidati diversi” (TAR Friuli Venezia Giulia, I, 4.4.2023 n. 139); non   consentita nel caso di affidamento diretto alla societ  gi  aggiudicataria del servizio di riscossione di una imposta l'ampliamento del servizio con riguardo ad altre e diverse imposte (nella specie si trattava di servizio riscossione IMU per il quale “il legislatore, nel definire la disciplina ... ha delineato integralmente il quadro normativo di riferimento applicabile alla nuova imposta”, Tar Lazio 15.4.2013 n. 3801). Un caso interessante (v. Cass. S.U., ord. 31.10.2019 n. 28211)   quello dell'estensione all'aggiudicataria del servizio ospedaliero di altre nove ASL rispetto a quella oggetto del contratto; la determina relativa a questo ulteriore affidamento del servizio che modifica il contratto in termini quantitativi, viene contestata in ordine al profilo dell'aggiornamento della gara pubblica per modifica sostanziale del contratto.

V. in generale, in termini negativi circa la capacit  dell'Amministrazione di modificare il contratto, tra le tante, Cons.St., V, 13.11.2002 n.6281, in *Giorn.Dir.Amm.*, 2003, 503, con nota di B.Marchetti; Cons.St., V, 18.1.2006 n. 126, in *Fo.Amm.*, 2006, 168.

dalla citata relazione ANAC (*loco cit.*). Tuttavia, dall'interpretazione della norma nel suo complesso, ritengo si possa pervenire agevolmente a questa affermazione.

6. Il comma 8 dell'art. 120: diritto e obbligo di rinegoziazione.

6.1. L'art. 120, oltre all'elencazione delle modifiche contrattuali ammesse, da intendere sempre come non sostanziali nelle diverse declinazioni che questa nozione assume a proposito delle diverse categorie previste, contiene una norma ulteriore al comma 8, come si è detto, già formulata dall'art. 9 (diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali) aggiungendo alcune prescrizioni di carattere procedurale: il contratto “è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9... nel rispetto delle clausole di rinegoziazione”. Si è visto che l'art. 9 dispone che le stazioni appaltanti “favoriscono” l'inserimento di dette clausole nei documenti di gara. Da ciò si può affermare che per regola, ogni caso di rinegoziazione debba trovare il suo ancoraggio in clausole previste dal contratto (come espressamente affermato per la revisione prezzi).

In questi termini, la rinegoziazione non comporta violazione del principio della rigidità dei contratti pubblici in funzione della *par condicio* dei partecipanti alle procedure di affidamento, perché tutti ne sarebbero edotti dai documenti di gara.

Ma la norma prosegue prevedendo il caso che clausole di rinegoziazione non siano previste dal contratto. In tal caso “la richiesta di rinegoziazione (da intendere dall'una e dall'altra delle parti) va avanzata senza ritardo e non giustifica di per se' la sospensione della esecuzione”. A fronte della richiesta il RUP “provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo, entro un termine non superiore di tre mesi”.

Ove il nuovo accordo non sia raggiungibile, “la parte svantaggiata” (da intendere ancora, sia l'una che l'altra) “può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario”. La norma, con riferimento a questa evenienza (la parte che si ritiene avesse diritto alla rinegoziazione da essa richiesta è costretta ad agire in giudizio a fronte dell'ingiustificato rifiuto dell'altra parte) prevede che possa venire accertata la responsabilità dell'altra parte, con conseguenze risarcitorie, per “violazione dell'obbligo di rinegoziazione”. E' affidato al giudice civile l'accertamento, nella situazione concreta, della sussistenza del diritto alla rinegoziazione in capo all'una parte

e del correlato obbligo in capo all'altra (tenuta ad attivarsi per raggiungere, secondo il principio di buona fede e sulla base del principio dell'equità, un nuovo accordo).

Questa disposizione del comma, nei precisi termini appena indicati (diritto, obbligo) potrebbe significare che il contratto potrebbe essere modificato, in esito ad una rinegoziazione avviata da una delle parti, in presenza di circostanze sopravvenute ed imprevedibili che rompono l'equilibrio contrattuale, in termini e dimensioni che non ne consentano il recupero attraverso il meccanismo della revisione prezzi, nelle percentuali fissate dall'art. 60, né attraverso l'applicazione delle diverse modifiche espressamente previste dall'art. 120. Secondo questa interpretazione attraverso la rinegoziazione potrebbero essere introdotte modifiche ulteriori, rispetto a quelle dell'art. 120, al di là dei limiti posti all'art. 60 alla revisione dei prezzi²⁰.

Si pone quindi il problema se la norma del comma 8, che ribadisce espressamente quanto affermato in termini generali dall'art. 9, abbia una portata applicativa sua propria, ulteriore rispetto alle diverse ipotesi ammesse di modifiche contrattuali (artt. 60 e 120). La Relazione al *Codice* espressamente qualifica il comma 8 dell'art. 120 come “disposizione di coordinamento con il principio di necessaria rinegoziazione espresso dall'art. 9”. Invero tutte le “modifiche” danno luogo a fatti di rinegoziazione: richiesta di una delle parti, possibile accettazione delle parti, salve soluzioni contenziose, in termini giustiziali o in termini giurisdizionali (si può dire: ipotesi *tipiche* di rinegoziazione). Tutti casi che intervengono nel corso dell'esecuzione a fronte di nuove circostanze che rendano necessarie modifiche contrattuali (del prezzo, delle opere da realizzare, degli elementi progettuali, del soggetto contraente, etc.), a volte necessarie ed imposte, a volte risultanti da una sorta di automatismo, a volte risultanti, come espressamente previsto per la

²⁰ La prima dottrina che si è formata sull'art. 9 e norme connesse, con alcuni significativi contributi (v. part. S.Vinti, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 2023; P.Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in “*Atti convegno LUISS nuovo codice degli appalti*” 20.10.2023; L. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, cit.) ne pone in luce la innovatività ma anche la difficile compatibilità con i tradizionali principi della contrattazione pubblica, diversi e in qualche modo contrapposti, come si è accennato, a quelli della contrattazione privata: il giudice chiamato al ripristino dell'equilibrio contrattuale, in assenza dell'accordo delle parti, si muove lungo un “filo sottile” (Vinti) che corre tra interessi contrapposti. La preferenza per la soluzione manutentiva, rispetto a quella demolitoria del contratto (sulla quale insiste la Relazione al *Codice*, circa l'introduzione di “un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti e dell'amministrazione in particolare, in considerazione della inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467”: sull'art.9) si trova sempre di fronte l'esigenza della tutela dei terzi che hanno partecipato alla procedura di aggiudicazione. Anche da tenere conto circa la applicazione della norma, il rilievo affacciato da Vinti dei possibili abusi cui si può andare incontro a fronte di una prassi che si venisse a formare da parte delle stazioni appaltanti di inserimento diffuso nei documenti di gara di clausole di assunzione volontaria del rischio (art. 9, 1° co.), da parte degli appaltatori, che vanificherebbe la *ratio* stessa della nuova disciplina.

revisione prezzi, da circostanze sopravvenute, straordinarie ed imprevedibili (ma l'art. 60 non menziona la condizione dell'imprevedibilità) al momento della stipulazione del contratto. Modifiche anche rilevanti possono essere previste nei documenti di gara "mediante clausole precise ed inequivocabili".

Il problema della violazione del principio fondamentale della *par condicio* (che è il problema sul quale confrontarsi in ordine all'applicazione nella contrattazione pubblica del principio della rinegoziazione), si pone in assenza della previsione di clausole revisionali nei documenti di gara, cui fa riferimento il comma 8, determinando le modalità operative per l'esercizio in tali casi del diritto alla rinegoziazione.

L'interpretazione corretta dell'8 comma, in assenza allo stato, di ogni elaborazione giurisprudenziale, e pure in presenza, sul piano civilistico, come si è visto, di una problematica ancora aperta, circa la rinegoziazione dei contratti, presenta perplessità ed incertezze; ché la norma potrebbe anche essere intesa come semplicemente riassuntiva dei vari casi di modifiche contrattuali (compresa la revisione prezzi) espressamente menzionati (cioè, delle ipotesi tipiche); ovvero, come farebbe intendere il suo tenore letterale ("il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'art. 9" cioè attraverso la rinegoziazione) la norma potrebbe essere intesa come quella dotata di un contenuto suo proprio ed autonomo rispetto ai casi di modifiche contrattuali espressamente previsti, cioè comprensiva di ipotesi atipiche, da valutare caso per caso, che si vanno ad aggiungere a quelle "tipiche", già ben conosciute. D'altra parte è sempre compito dell'interprete, come è noto, dare alle norme, ove possibile, pur in spazi assai ristretti, un contenuto applicativo.

Anzitutto, come espressamente previsto dall'art. 9, deve sempre trattarsi di circostanze sopravvenute, straordinarie ed imprevedibili estranee alla normale alea del contratto (art. 9, 1 co.), alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto.

Con riferimento a tali dati può essere prevista, e questa è da ritenere la regola, una clausola di rinegoziazione con specifici oggetti, inserita nel contratto. La norma prevede che detta clausola per potere essere operativa sia "chiara, precisa ed inequivocabile", da ciò l'esigenza che essa riguardi specifici oggetti e si riferisca a specifiche circostanze; relative sia agli aspetti economici del contratto (revisione prezzi) di carattere del tutto eccezionale, tali da rendere necessarie entità di revisione prezzi superiori a quelli previste

dall'art. 60, sia all'oggetto, ai tempi, alle modalità operative etc., al di là di quanto espressamente previsto dall'art. 120.

In assenza della clausola, si è visto che la norma prevede uno specifico procedimento attraverso il quale, a fronte di una domanda di rinegoziazione di una delle parti, si possa addivenire ad un nuovo accordo, demandando in caso di disaccordo la decisione al giudice. Anche in tal caso si può immaginare uno spazio di rinegoziazione con i medesimi oggetti, tuttavia sempre nel limite del rispetto della tutela dei terzi, secondo il principio espressamente riformulato dall'art. 120, 6° comma; che considera sostanziale una modifica, come s'è ricordato, che introduca condizioni nell'assetto del contratto che se fossero state contenute nei documenti di gara avrebbero potuto portare alla partecipazione di altri operatori e alla formulazione di altre offerte.

6.2. Quindi si presenta uno spazio strettissimo perché la rinegoziazione possa operare al di là delle modifiche contrattuali espressamente previste dalla normativa. Invero possono presentarsi circostanze straordinarie ed imprevedibili, del tutto eccezionali, tali da comportare l'esigenza di modifiche dei contenuti del contratto, ulteriori e diverse da quelle previste dalla norma, in assenza delle quali non sia possibile la prosecuzione e quindi necessaria la risoluzione: a fronte di un interesse pubblico (come bene evidenziato nella relazione al *Codice*) che renda necessaria la prosecuzione del contratto anche in tali circostanze, perché ineludibile il compimento dell'opera, assolutamente necessaria per la collettività di riferimento, cioè secondo il principio generale, il raggiungimento del risultato.

Pur nella ristrettezza di questo spazio, l'operatività della clausola può trovare riscontro nella esperienza. Ad esempio, si può pensare che si verifichi un aumento dei costi delle materie prime in un appalto di lavori ben al di là del 5% previsto dall'art. 60, ad esempio del 40%, del 30%, per eventi bellici, crisi petroliferi etc. tali da squilibrare economicamente il contratto in maniera tale che la parte pubblica non potrebbe disporre assolutamente delle risorse necessarie. In questo caso in alternativa alla risoluzione, la parte pubblica potrebbe avviare una rinegoziazione che riduca significativamente l'oggetto della prestazione, l'entità dei lavori, la lunghezza della strada, le dimensioni degli edifici da realizzare e così via. Modificando in conseguenza, l'entità economica del contratto e quindi il prezzo da corrispondere all'appaltatore.

Allo stesso modo, a fronte di circostanze, diverse e ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dall'art. 120, che possano verificarsi nell'esperienza corrente, tali da rendere impossibile seguire la disciplina contrattuale nei tempi, nelle modalità di realizzazione dell'opera o di espletamento del servizio, e rendano necessarie modifiche ulteriori rispetto a quelle previste dalla norma, si può ritenere ammissibile l'avvio di una fase di rinegoziazione contrattuale.

In questi casi la valutazione va fatta singolarmente e puntualmente, tenendo conto dell'assetto dei documenti di gara, per verificare se modifiche di questo tipo, che comunque devono sempre trovare la loro causa in dati di fatto (circostanze sopravvenute e onerosità sopravvenuta, straordinarie ed ulteriori rispetto a quelle previste) possano incidere sul contenuto del contratto in misura tale da violare gli interessi legittimi agli interessi legittimi degli altri partecipanti alla procedura di affidamento.

Una valutazione che resta, in definitiva, affidata alla decisione del giudice.

6.3. Nella fase della esecuzione, retta dal diritto civile (art. 12, 1° co. lett. b) *Codice*) le controversie tra le parti sono di competenza del giudice ordinario, fatte salve le possibilità di risoluzione extragiudiziale (art. 212 ss.) e preventive, come attraverso interventi del collegio consultivo tecnico (art. 215 ss.). Ma, come s'è detto, a fronte di modifiche contrattuali che possano ledere interessi legittimi dei partecipanti alla gara che si vedano vanificate le condizioni sulle quali avevano impostato le proprie offerte, la tutela giurisdizionale resta affidata al giudice amministrativo²¹.

Non ritengo che su questo punto, il nuovo *Codice* abbia portato novità nel senso di spostare sulla giurisdizione ordinaria questo tipo di controversie²². Invero ogni

²¹ Per l'ampia giurisprudenza in materia, v. di recente Con. St., III, 11.7.2023 n. 6797 che ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo in un contenzioso nel quale si contestava la sussistenza dei presupposti per la modifica del contratto affermando che nel caso di specie "*il contratto non viene in rilievo di per sé, ma in quanto, ove risultasse illegittima la modifica contrattuale disposta, verrebbe a configurarsi l'affidamento diretto in violazione dei principi della gara pubblica*". V. anche Cons. St., IV, 19.6.2023 n. 5989 che ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa in relazione ad un contenzioso sulla gestione dei rifiuti nella Regione Calabria vertente sulle modifiche proposte dall'aggiudicatario, risultato non in possesso delle necessarie autorizzazioni, in ordine alle modalità di stoccaggio e smaltimento dei rifiuti, affermando che "*l'accettazione della variante ... alterando la sostanza economica del contratto, avrebbe introdotto condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi e conseguentemente di accettare offerte diverse da quella realmente accettata*"; v. Cass. civ. S.u. ord. n. 28211 cit., che ha dichiarato sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad un contenzioso sulla modifica sostanziale del contratto di appalto che nella "sostanza" si configura come "aggiramento della gara pubblica" e conseguente affidamento diretto.

²² V. G. Severini cit., che correttamente afferma la giurisdizione civile in ordine all'esecuzione del contratto, nei rapporti tra le parti, senza negare (mi sembra) la giurisdizione amministrativa in ordine ai predetti casi, laddove di fronte alla scelta di rinegoziazione dell'ente committente, al terzo che aveva partecipato alla gara, è aperta la tutela, davanti al giudice amministrativo, dei propri interessi legittimi.

modifica contrattuale, quelle tipiche ed eventualmente quelle atipiche, in tanto sono legittime in quanto non ledano i diritti dei terzi, che, in capo ai partecipanti alla gara, si configurano come interessi legittimi tutelati dal giudice amministrativo.