

Diritto alla rinegoziazione: revisione dei prezzi e modifiche dei contratti

A) PREMESSA

Buongiorno a tutti e con molti di voi ben ritrovati. Un sentito ringraziamento a UPI per la continuità che ha voluto assicurare al dibattito aperto poco più di un anno fa. All'epoca abbiamo discusso, anche animatamente, sui rimedi giuridici per far fronte agli effetti negativi delle sopravvenienze nei contratti pubblici d'appalto, soprattutto per quelli in corso di esecuzione, relative all'aumento dei prezzi e della mano d'opera. Abbiamo dato conto degli importanti approdi ai quali sono pervenute la dottrina e la giurisprudenza, anche della Corte dei Conti, che – nel silenzio della legge – hanno riconosciuto come **immanente, nel sistema del diritto contrattuale anche civilpublicistico, qual è quello degli appalti pubblici, l'obbligo di buona fede di rinegoziare le intese iniziali compromesse da sopravvenienze inattese.**

Tuttavia, una tale soluzione ha faticato a trovare applicazione per la mancanza di precisi riferimenti legislativi, per la poca dimestichezza delle amministrazioni all'esercizio dell'autonomia negoziale e talvolta anche per le richieste ingiustificate e non sostenibili delle imprese.

A queste problematiche risponde la nuova disciplina del **Codice dei contratti pubblici** che, entrata in vigore il 1° Aprile 2023, comporta il passaggio da un regime legislativo d'urgenza, con misure compensative provvisorie, ad una riforma strutturale che si fonda sull'**obbligo generale di rinegoziazione dei contratti pubblici squilibrati, da cui discendono anche l'obbligo delle clausole di revisione dei prezzi** nei contratti di lavori, servizi e forniture **e la nuova disciplina delle modifiche contrattuali (cd varianti).**

Il tutto preceduto dalla espressa codificazione, per la prima volta nell'ambito del diritto amministrativo, del **principio di autonomia contrattuale** delle pubbliche amministrazioni in funzione del perseguimento delle loro attività (**art. 8**).

Ma procediamo con ordine, chiarendo che il nuovo regime, in base alle disposizioni transitorie del Codice, avrà efficacia per bandi e avvisi (e relativi contratti) pubblicati a partire dal **1° Luglio 2023** (artt. 229 e 226 Dlgs. 36/2023). Per i contratti già stipulati e in corso di esecuzione, per i bandi e avvisi pubblicati prima dell'indicata data, valgono le norme del vecchio codice, così come modificate e/o temporaneamente derogate dalle disposizioni emergenziali e di sostegno attualmente in vigore, nonché gli orientamenti a cui è pervenuta la giurisprudenza e la dottrina, di cui si è dato conto poco sopra.

B) DISCIPLINA GIURIDICA, INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE

La disciplina dell'istituto della rinegoziazione nei contratti pubblici è contenuta negli artt. 8, 9, 60 e 120 del D.lgs. 36/2023.

- **Dell'art. 8 sull'autonomia negoziale** abbiamo già detto: si tratta del potere delle parti, limitato al diritto amministrativo e come si dirà meglio nel prosieguo, di creare delle regole a cui assoggettarsi.
- **L'art. 9 "Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale"**, dispone che **la parte svantaggiata dalle sopravvenienze ha diritto alla rinegoziazione in buona fede delle condizioni contrattuali.** La Relazione del Consiglio di Stato di accompagnamento al Codice, (con interpretazione autentica), chiarisce che la disciplina in esame pur essendo ispirata alle scelte elaborate in ambito unionale per le relazioni commerciali (clausole di hardship), è stata specificatamente studiata per il settore dei contratti pubblici a cui, come testimonia l'ampio dibattito che ne ha preceduto l'introduzione, per la peculiarità degli interessi in gioco (pubblici e privati d'impresa), non sono applicabili o comunque

non è utile il ricorso ai rimedi previsti per i contratti in generale dal c.c. (si pensi all'art. 1467 c.c.). Nel settore è particolarmente forte l'esigenza di soluzioni manutentive, che consentano la conservazione del contratto (che, lo ricordiamo, è il precipitato di una gara e delle offerte ivi presentate), e la tempestiva conclusione dell'intervento, mediante un giusto equilibrio dei contrapposti interessi. Il legislatore è, difatti, consapevole, come testimonia la Relazione al Codice e prima ancora la Cassazione civile (nella nota Relazione n. 56/2020), della **rilevanza sociale dell'impresa** il cui interesse (di lucro) converge con altri generali interessi di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.). Ben sappiamo, infatti, che il benessere della collettività si fonda anche sul sistema imprese del Paese che, pertanto, merita particolare salvaguardia.

Tornando all'esame dell'art. 9, il **diritto della parte svantaggiata alla rinegoziazione** sorge in presenza di **tre condizioni, con onere a suo carico di dimostrarne la sussistenza**:

- 1) di non aver assunto volontariamente il rischio dell'evento sopravvenuto (es. l'aumento imprevedibile ed eccezionale del costo dell'energia);
- 2) che l'avvenimento sopravvenuto derivi da eventi straordinari e imprevedibili (inimmaginabili al momento della stipula);
- 3) l'estraneità delle sopravvenienze all'alea contrattuale e alle normali fluttuazioni di mercato integrando, per così dire, uno shock esogeno, eccezionale e imprevedibile.

Le **modalità della rinegoziazione** sono disciplinate dal successivo **art. 120 co. 8** che, in tema di modifiche ai contratti in corso di esecuzione, introduce le norme di applicazione del principio dettato dall'art.9. Nel caso in cui siano previste nel contratto **clausole di rinegoziazione** si applicherà la relativa disciplina; nell'ipotesi in cui, invece esse manchino, la **richiesta di rinegoziazione** va presentata senza ritardo dalla parte svantaggiata (tipicamente l'impresa). La domanda non comporta ex se la sospensione dell'esecuzione che andrà valutata di volta in volta dall'amministrazione (ai sensi dell'art. 121). Al **RUP** spetta il compito di **istruire la richiesta e formulare una proposta di accordo**, entro un termine non superiore a **3 mesi** (da stabilirsi in concreto in base alla tipologia di contratto e alle esigenze specifiche). Entrambe le parti nelle trattative devono conformarsi al generale **principio di buona fede**, che significa che devono adottare comportamenti adeguati alle concrete circostanze, allo specifico contenuto contrattuale e alla qualificazione dei soggetti interessati, con proposte serie e sostenibili, che potranno investire tutti i contenuti del contratto: modalità della prestazione, tollerandone variazioni, durata, prezzo, ecc. L'utilizzo della clausola generale della buona fede non è casuale ma corrisponde ad una precisa tecnica legislativa ("per clausole generali", contrapposta a quella per "fattispecie determinate"), di cui fa largo uso il Codice, per imporre alle parti la individuazione della concreta regola di condotta corrispondente alla buona fede con riferimento al caso specifico, in linea con la nuova fiducia riposta nei contraenti e la valorizzazione dell'autonomia decisionale dei funzionari pubblici di cui all'**art. 2 ("principio di fiducia")**.

L'eventuale accordo dà vita ad un **nuovo contratto**, che si sostituisce sul punto quello originario, e che deve, pertanto, essere sottoscritto dal dirigente o responsabile del servizio. Nel caso in cui le parti non pervengano ad un accordo entro un termine ragionevole (anch'esso da valutarsi di volta in volta, in base alle circostanze specifiche), la parte svantaggiata potrà rivolgersi al giudice per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, fatta salva la responsabilità della parte inadempiente all'obbligo di rinegoziare in buona fede. Quindi per andare esenti da responsabilità non è sufficiente iniziare delle trattative ma condurle con serietà e motivare adeguatamente l'eventuale esito negativo.

Il **giudice competente a conoscere della controversia**, in base ai principi generali, sarà quello ordinario o amministrativo a seconda che venga azionato un diritto soggettivo od un interesse legittimo. Poiché il legislatore qualifica espressamente la situazione della parte svantaggiata come di **diritto soggettivo** in presenza delle condizioni di legge, non paiono sussistere in capo alla amministrazione margini di valutazione discrezionale in ordine all'an della rinegoziazione, dovendo essa solo accertare il ricorrere dei relativi presupposti. La

eventuale controversia dovrebbe, pertanto, vertere sulla pretesa (diritto soggettivo) all'adempimento dell'obbligo legale di rinegoziazione, previo accertamento della sussistenza delle relative condizioni, ed appartenere alla giurisdizione del giudice ordinario. Conseguentemente, in caso di inerzia della Amministrazione a fronte di una istanza di rinegoziazione, non sembra esperibile il rimedio del ricorso al giudice amministrativo contro il silenzio previsto dagli artt. 31 e 117 cpa, difettando, nel caso, il presupposto della tutela di un interesse legittimo, (Tar Umbria n. 158 del 6.4.23).

Laddove poi venissero interrotte ingiustificatamente le trattative prossime alla conclusione, potrebbe anche ipotizzarsi, come previsto dalla citata relazione della Cassazione e da una parte della dottrina, l'ottenimento da parte del soggetto svantaggiato di una sentenza che tenga luogo al contratto non concluso alle condizioni stabilite (art. 2932 c.c.).

L'attività di rinegoziazione, come visto, non è completamente libera ma soggiace alle **forme del procedimento amministrativo**, che ne consente il controllo da parte degli altri operatori economici e del giudice dato che il contratto pubblico, come ricordato poc'anzi, non tollera modifiche sostanziali, onde non ledere il principio della concorrenza (anch'esso fondante della nuova disciplina).

Gli altri **limiti legali** dell'attività di rinegoziazione sono (art. 9):

a) il divieto di snaturare il contratto, apportandovi modifiche tali da far ritenere la stipula di uno nuovo. In siffatta ipotesi, coloro che hanno partecipato alla gara potrebbero impugnare la decisione dell'amministrazione e chiedere il risarcimento dei danni patiti, con possibili conseguenze in termini di responsabilità erariale per chi ha avallato la scelta;

b) il ripristino dell'originario equilibrio del contratto e della sua sostanza economica, in considerazione degli atti della gara. A tal fine sarebbe utile richiedere ai concorrenti l'indicazione dell'utile atteso in sede di offerta.

c) il riconoscimento dei maggiori compensi all'appaltatore a valere sulle somme a disposizione nel quadro economico dell'intervento, alla voce imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta (obbligo di invarianza finanziaria).

Questa è senz'altro il principale sbarramento alle trattative che può essere aggirato, laddove possibile, con il ricorso ad altre modifiche contrattuali che non riguardino il prezzo.

Riguardo alle economie da ribasso d'asta mi pare importante sottolineare che nella Relazione al Codice, il Consiglio di Stato mette in guardia le amministrazioni dall'utilizzo incondizionato delle economie da ribasso d'asta, che possono considerarsi definitivamente acquisite solo al momento del collaudo o dell'emissione del certificato di regolare esecuzione. La spendita anticipata di tali somme potrebbe esporre l'amministrazione al rischio di non avere risorse disponibili per completare l'intervento nel caso, ad es., in cui non venisse ultimato dall'appaltatore o vi fossero vizi a cui porre rimedio. Pertanto, l'utilizzo di tali somme deve essere attentamente valutato dall'amministrazione, in relazione al caso concreto (es. con riferimento allo stato di avanzamento dell'opera) e adeguatamente motivato, onde evitare danni al bilancio pubblico e responsabilità erariali, trattandosi di una evenienza prevedibile per l'amministrazione, a maggior ragione dopo l'alert del Consiglio di Stato.

Proseguendo con l'esame dell'art. 9, il **co. 3**, disciplina un'ipotesi particolare di sopravvenienza, che non incide non sull'equilibrio generale del contratto, ma sulla sua utilizzabilità da parte del contraente svantaggiato. La disposizione, che trae origine da quanto accaduto nella fase pandemica, allorché i conduttori di immobili commerciali pubblici avevano dovuto pagare integralmente i canoni di locazione pur non avendone potuto usufruire per lungo tempo, riconosce il **diritto** della parte svantaggiata alla **riduzione del corrispettivo**. Anche in questo caso il legislatore accorda preferenza al rimedio manutentivo (ex artt. 1174 e 1464 c.c.) anziché alla risoluzione del contratto, in aderenza all'interesse delle parti.

Al fine di promuovere l'utilizzo da parte delle amministrazioni dell'istituto della rinegoziazione, peraltro divenuto obbligo legale per evitare inutili contenziosi, il legislatore, al **co. 4**, le esorta a

inserire la relativa clausola nei contratti, soprattutto in quelli che per le loro caratteristiche sono maggiormente esposti alle sopravvenienze.

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, codificato nell'art. 9, trova concreta applicazione in quanto previsto dagli artt. **60 e 120**.

- **Art. 60 “Revisione prezzi”.**

La disposizione in esame introduce definitivamente l'**obbligo**, espunto dal precedente Codice e reintrodotta temporaneamente dal decreto Sostegni ter (art. 29 L. 4/2022 conv. in L. 25/2022), dell'inserimento in tutti i contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) delle **clausole di revisione dei prezzi**.

Le clausole devono avere le seguenti **caratteristiche**:

a) non devono apportare modifiche sostanziali al contratto;

b) si applicano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione del costo della prestazione in più o meno superiore al 5% dell'importo complessivo dell'intervento, da determinarsi in base agli indici sintetici delle variazioni dei costi e dei prezzi dei lavori, servizi e forniture, approvati dall'Istat entro il 30 Settembre di ogni anno. Si è notato in dottrina che l'applicazione della norma, a differenza di quanto previsto per l'istituto generale della rinegoziazione dall'art. 9, non presuppone la imprevedibilità delle sopravvenienze. Si ritiene che la formulazione in tal senso sia stata studiata per consentire comunque l'operatività del rimedio revisionale anche nell'ipotesi di squilibrio cagionato da un evento prevedibile nell'an (es. aumento dell'energia) ma non nel quantum, dato che è impossibile prevedere tutto nei contratti, soprattutto in quelli di lunga durata.

c) coprono la variazione nella misura dell'80% della stessa.

Le clausole revisionali, in base ai prevalenti orientamenti giurisprudenziali maturati, da cui non si ravvisano motivi per discostarsi non essendo mutata la natura dell'istituto, a differenza dell'istituto della rinegoziazione, non attribuiscono all'appaltatore **un diritto** alla revisione dei prezzi ma **l'interesse legittimo all'apertura di un procedimento tecnico discrezionale da parte della amministrazione**, che deve valutare la sussistenza dei presupposti di legge per il suo riconoscimento. Conseguentemente, le eventuali contestazioni sull'applicazione della clausola appartengono al **giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva** (ex art. 113 co. 1 lett. e n. 2 cpa) e in ipotesi di inerzia dell'amministrazione è azionabile il relativo rito innanzi al giudice amministrativo. Qualora, tuttavia, il contenuto della clausola sia così preciso nell'an e nel quantum xxx da escludere ogni margine di valutazione discrezionale, in tale ipotesi l'appaltatore vanterà un **diritto soggettivo** all'adempimento, tutelabile innanzi al giudice ordinario (Tar Umbria, sent. n. 158 del 5.4.23; CdSt. n. 5446/2019).

Per la copertura degli oneri derivanti dalla revisione dei prezzi, trattandosi di disposizione applicativa del rimedio generale della rinegoziazione in buona fede, anche per essa trova applicazione il limite della invarianza finanziaria.

- **Art. 120 “Modifica dei contratti in corso di esecuzione”**

La disposizione tratteggia la disciplina delle modificazioni consentite nel corso dell'esecuzione del contratto (varianti), al di fuori dei casi disciplinati dalle clausole di rinegoziazione e di revisione dei prezzi, a cui si applica la relativa disciplina (artt. 9 e 60).

Come in passato, sono ammesse le **varianti non sostanziali**, che non alterano la struttura del contratto o l'operazione economica.

Ai **co. 1 e 2** sono individuate le **modifiche consentite** dal punto di vista qualitativo (es. quelle che sono previste in clausole chiare come quelle di opzione di rinnovo) e quantitativo (es. nel caso di necessità di lavori supplementari, questi ultimi non devono costare più del 50% dell'importo iniziale del contratto).

Il **co. 6** contiene l'elenco delle **modifiche espressamente vietate** dal legislatore (es. quelle che cambiano l'equilibrio originario del contratto) e al **co. 7** quelle **ammesse** (es. soluzioni che, nel rispetto della funzionalità dell'opera, consentono risparmi sotto il profilo economico).

Anche le varianti debbano trovare copertura nelle somme a disposizione nel quadro economico onde evitare il rischio di ribassi eccessivi in corso di gara e il successivo ricorso abusivo alle modificazioni.

Le procedure di variante, al di fuori delle ipotesi di rinegoziazione del contratto, sono di competenza del RUP, che deve autorizzarle; le modifiche progettuali, invece, devono essere approvate dalla stazione appaltante su proposta del RUP (la normativa di dettaglio è contenuta nell'allegato II.14, cfr. art. 120 co. 8).

C) CONCLUSIONI

La disciplina esaminata è emblematica - al pari di altre, come quella dei contratti dei consumatori, con cui condivide alcuni principi, quale, ad es., la valorizzazione della relazione economica tra le parti rispetto al contratto stipulato - di una evoluzione del diritto positivo e della giurisprudenza (europea e nazionale) nel senso della **creazione di un nuovo diritto dei contratti**, che si affianca alle disposizioni del c.c. sui contratti in generale, introducendo delle regole specifiche per soddisfare le esigenze peculiari di determinati settori, che non riceverebbero adeguata tutela dalle norme generali.

Pertanto, le amministrazioni non devono temere la rinegoziazione dei contratti se la esercitano alle condizioni di legge e motivando adeguatamente le loro decisioni, essendo a ciò autorizzate anzi obbligate dalle nuove norme del codice e, d'altro canto, le imprese possono farne istanza consapevoli che essa potrà andare a buon fine solo nel rispetto dei limiti a cui è assoggettata dal legislatore. Qualora poi per tale via non fosse possibile arrivare al riequilibrio del contratto, a quel punto, potrebbero soccorrere le norme generali del c.c. che, rimaste sullo sfondo, riemergerebbero e consentirebbero il ricorso ai rimedi ordinari (la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione o per eccessiva onerosità; per mutuo consenso, ecc.).

Il punto delicato, da affrontare oggi è, a mio parere, il consolidamento della abitudine delle amministrazioni all'attività negoziale e al suo corretto esercizio alla luce della nuova disciplina introdotta dal **Codice dei contratti pubblici**, ragione per cui è auspicabile la partecipazione di tutti gli operatori ad iniziative come quella di oggi e formative.

Fatemi spezzare, a tal proposito, una lancia a favore del Comune di Castelnuovo Rangone, che da tempo sta accompagnando con un percorso formativo mirato i propri dipendenti e amministratori per arrivare preparati alla scadenza del 1° Luglio.

Alessandra Pradella
Avvocato amministrativista

Publicato il 17 giugno 2023