

Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici¹

di Paola Patatini

Il tema che mi è stato assegnato, “rinegoziazione e rimedi manutentivi”, è particolarmente interessante.

Esso è strettamente legato a quello dell’incidenza del tempo sui contratti di durata e alla più ampia riflessione sulla sorte dell’equilibrio contrattuale turbato da sopravvenienze atipiche. È evidente quindi la sua attualità alla luce del peculiare momento storico che abbiamo vissuto e purtroppo stiamo ancora vivendo, che ha interrogato dottrina, giudici e legislatore su quali soluzioni adottare tra l’esigenza di mantenere inalterata la volontà contrattuale come originariamente cristallizzata dalle parti nel contratto, *pacta sunt servanda*, prediligendo quindi il rimedio ablatorio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, e l’esigenza, opposta, di adattabilità del contratto per preservarne l’efficacia pur a fronte di sopravvenienze, prediligendo invece il rimedio manutentivo.

In questo quadro, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) ha il merito di aver previsto e disciplinato la rinegoziazione del contratto e la revisione dei prezzi quali declinazioni del principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale – la cui affermazione è certamente una tra le novità di maggior rilievo del Codice – per cui la parte danneggiata da una causa straordinaria e imprevedibile che alteri, durante la fase di esecuzione del contratto, l’equilibrio contrattuale originario ha il diritto di chiederne la rinegoziazione, optando chiaramente per lo strumento che preserva l’efficacia del contratto (la rinegoziazione, appunto), anziché per il rimedio di tipo demolitorio (quale la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta),

¹ Il contributo costituisce il testo dell’intervento svolto al Convegno “Nuovo Codice degli Appalti Riflessi sulle società quotate”, tenutosi presso la LUISS, Roma, il 20 ottobre 2023.

segnando altresì il passaggio da un regime legislativo d'urgenza (v. i vari Decreti "sostegni"), basato su misure compensative provvisorie, ad una riforma strutturale fondata sul "diritto" della parte svantaggiata alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali secondo buona fede.

Da più parti è stata sottolineata l'importanza di questo passo perché, nel nostro ordinamento, un generale principio di rinegoziabilità del contratto, suscettibile di configurare addirittura un diritto in tal senso, non è stato stabilito nemmeno nel codice civile, dove pure le parti sono su un piano di perfetta parità e non sono condizionate dalle limitazioni dettate dall'evidenza pubblica o dai vincoli di natura economica e finanziaria imposti alle amministrazioni.

Il Codice civile invero, pure conoscendo ipotesi di adeguamento del contratto (errore di calcolo, che dà luogo a rettifica e non annullamento, riduzione della controprestazione per sopravvenuta impossibilità parziale, riduzione del prezzo nella vendita di cosa affetta da vizi), nella disciplina generale delle sopravvenienze nei contratti ad esecuzione continuata e periodica segue piuttosto la strategia del rimedio ablativo, tanto che la domanda di risoluzione del contratto rappresenta persino il *prius* logico per l'eventuale offerta di equa modificazione da parte del contraente nei confronti del quale la risoluzione è richiesta (1467 cc).

Sebbene infatti, proprio per il contratto di appalto, l'art. 1664 cc. preveda la revisione del prezzo o un'equa indennità in favore dell'appaltatore per la prosecuzione dell'appalto, la dottrina civilistica e la giurisprudenza hanno sempre dato una lettura eccezionale della norma, rispetto alla regola generale dell'art. 1467 cc., giustificando la scelta del rimedio manutentivo, rispetto alla risoluzione, con la particolare natura degli interessi coinvolti in questo speciale contratto, ovvero quello del committente a non ricercare un nuovo appaltatore e quello dell'appaltatore alla conservazione dell'investimento già effettuato con

l'inizio dei lavori, considerata la difficoltà a riallocare sul mercato una prestazione già modellata sulle esigenze di quel committente.

Sicché la tesi tradizionale dominante è sempre stata quella che ritiene unico rimedio generale quello ablatorio, della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, pur non mancando voci a favore dell'introduzione di un rimedio generale in chiave conservativa del contratto attraverso soluzioni consensuali per la gestione delle sopravvenienze.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, delegato dal Governo per l'elaborazione dello schema del nuovo codice, nella relazione di accompagnamento ha chiarito che la disciplina in esame, pur ispirandosi alle scelte elaborate in ambito unionale per le relazioni commerciali, le cd. clausole hardship dei Principi Unidroit, come pure a progetti nazionali che non hanno, tuttavia, trovato concretizzazione [disegno di legge delega n. 1151 del 2019 di riforma c.c., che prevedeva il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede, ovvero in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali], è stata appositamente studiata per il settore dei contratti pubblici, per il quale una soluzione basata sull'integrale trasposizione degli schemi civilistici si sarebbe rilevata inadeguata in ragione della peculiare e differente natura dei rapporti e degli interessi incisi in questo ambito, dovendosi trovare un giusto equilibrio tra le finalità di interesse pubblico immanenti al contratto e gli interessi degli operatori economici, parimenti meritevoli di tutela, anche nella consapevolezza della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di hardship, un giusto equilibrio tra le esigenze di adattabilità e il vincolo della gara che non può essere vanificato nemmeno nella fase esecutiva.

In realtà, una disciplina di revisione del contratto è già presente nel Codice del 2016 che, dando attuazione alle direttive del 2014 (artt. 72, 89 e 43 rispettivamente dir. n. 24, n. 25 e n. 23), ha regolamentato le ipotesi di modifiche contrattuali agli artt. 106 (appalti) e 175 (concessioni), seguendo tuttavia una logica restrittiva, improntata su un generale disfavore per soluzioni che possano alterare surrettiziamente il gioco della concorrenza incidendo sostanzialmente sulla natura del contratto, e che vedono l'Amministrazione ancora unica titolare della potestà di rinegoziazione, a fronte della posizione di interesse legittimo dell'impresa affidataria del contratto.

Perché quindi la disciplina dettata dal nuovo Codice rappresenta un'innovazione significativa nel panorama della contrattualistica pubblica?

Per capirne davvero la portata e le ricadute che questa potrà avere anche sui rimedi e sulla praticabilità di interventi giudiziari correttivi (che è l'aspetto che vorrei attenzionare nel mio breve intervento), occorre, seppur velocemente, esaminare le singole norme.

La disciplina delle sopravvenienze è contenuta in particolare negli artt. 9, 60 e 120, questi ultimi richiamati espressamente dalla prima disposizione, ma – aggiungerei – va ricercata anche negli artt. 189 e 192, specificamente dettati per i contratti di concessione, parimenti soggetti, nel corso della loro durata, al verificarsi di sopravvenienze che possono incidere sull'equilibrio del rapporto di lunga durata.

L'art. 9, rubricato “principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale” (ma che “principio” non è, contenendo una fattispecie chiusa e delle regole ben precise) si compone di cinque commi.

Il primo stabilisce quali sono le sopravvenienze che danno diritto alla rinegoziazione (straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea,

all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto), con onere a carico della parte svantaggiata, che non deve averne volontariamente assunto il rischio, di dimostrarne la sussistenza, condizionando altresì la rinegoziazione al limite dello stanziamento di bilancio originario, in linea con la clausola di invarianza finanziaria contenuta nella legge delega (risorse disponibili ricavate dalle economie derivanti dai ribassi d'asta e quelle previamente accantonate per rischi e imprevisti), con un onere per l'amministrazione di corretta programmazione economica delle poste di rischio in un'ottica di risultato [pertanto, l'utilizzo di tali somme deve essere attentamente valutato dall'amministrazione in relazione al caso concreto, es. stato di avanzamento dei lavori, e adeguatamente motivato, onde evitare danni al bilancio pubblico e responsabilità erariali].

Un "diritto" quindi alla rinegoziazione secondo buona fede, sebbene condizionato dai limiti sopra detti, cui corrisponde un "obbligo" della stazione appaltante a rinegoziare. Ed è questa la prima novità del Codice, perché porta il rapporto tra stazione appaltante e impresa esecutrice su un piano di parità.

Il secondo comma specifica l'estensione massima della rinegoziazione, che non può alterare la sostanza economica del contratto, ma deve ripristinarne l'originario equilibrio, avuto riguardo al complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto e con considerazione, quindi, anche del bando e del provvedimento di aggiudicazione, in linea con l'esigenza tutta pubblicistica che la revisione, ossia il risultato della rinegoziazione, non si risolva in un'elusione degli obblighi di evidenza pubblica.

Il terzo comma disciplina l'ipotesi in cui la sopravvenienza renda in parte o temporaneamente inutile o inutilizzabile la prestazione per uno dei due contraenti, che ha il "diritto" ad una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo lo schema dell'art. 1464 cc (prima parte, non essendo prevista anche la possibilità di recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile

all'adempimento parziale), sul solco della soluzione giurisprudenziale adottata nella fase pandemica a fronte dell'inutilizzabilità per un lungo periodo dei locali commerciali oggetto di locazione, rendendo sostanzialmente inutile la prestazione resa dal locatore (Corte conti, Sez. riun. controllo, dec. 7/2021).

Il quarto comma auspica l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione (le stazioni appaltanti o gli enti concedenti "favoriscono"), dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione, specie quando il contratto sia particolarmente esposto al rischio di interferenze da sopravvenienze. [è da attenzionare fin d'ora il diverso regime previsto per la revisione dei prezzi rispetto alle altre modifiche contrattuali: solo per la prima è infatti prevista l'obbligatorietà del loro inserimento, nei documenti di gara iniziali, rinviando al prosieguo per le ulteriori considerazioni].

Infine il comma 5 rinvia agli artt. 60 e 120 quali disposizioni applicative del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Dicevo prima come l'indicazione fatta solo per questi due articoli è a mio avviso incompleta dovendo ricercarsi anche per le concessioni l'applicazione del principio in questione, attuato negli artt. 189 (modifica dei contratti durante il periodo di efficacia) e, in particolare, nel 192 (revisione dei contratti di concessione), sebbene con le peculiarità derivanti necessariamente dalla natura della concessione caratterizzata, non solo dall'assunzione del rischio in capo al concessionario, ma anche da forti connotazioni autoritative in capo all'ente concedente. L'art. 9 infatti, oltre a parlare genericamente in termini di "contratto" e "contraente", si riferisce espressamente agli "enti concedenti", di tal che è ragionevole ritenere applicabile il principio anche alle concessioni, seppure con le precisazioni che si faranno.

L'istituto della revisione dei prezzi non è invero una novità nella contrattualistica pubblica, sebbene abbia subito negli anni una "evoluzione pendolare": da una generale regola dell'invariabilità del corrispettivo, fissata

nella legge n. 2248/1865 All. F per gli appalti di lavoro, ad eccezionali meccanismi revisionali e compensativi nel dopo guerra, al “prezzo chiuso” previsto dalla Merloni (art. 26, legge n. 109/1994), accanto alla clausola di revisione dei prezzi obbligatoriamente prevista per i soli contratti ad esecuzione continuata o periodica di servizi e forniture (art. 115 Codice De Lise), fino all’art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 che, nel disciplinare le modifiche dei contratti di appalto (lavori servizi e forniture) ha previsto la possibilità di inserimento di clausole di revisione nei documenti di gara.

Oggi quindi l’art. 60, che disciplina la revisione dei prezzi, in che misura può dirsi una “innovazione significativa” come il principio di conservazione, di cui rappresenta attuazione?

Innanzitutto, la norma sancisce, in linea con la legge delega [art. 1, comma 2, lettera g: previsione dell’obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all’oggetto dell’appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa], l’obbligatorietà dell’inserimento delle relative clausole all’interno dei documenti iniziali di gara.

Dette clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell’accordo quadro e si attivano al verificarsi di particolari

condizioni di natura oggettiva (non è richiesto il requisito della loro “imprevedibilità”, invece indicato nella legge delega, sicché possono applicarsi anche ai casi di evento prevedibile nell’*an* ma non nel *quantum*) che determinano una variazione del costo dell’opera, servizio o fornitura, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% dell’importo complessivo e operano nella misura dell’80% della variazione stessa (valori che riprendono quelli della normativa emergenziale e sono ben più vantaggiosi rispetto a quelli previsti dal vecchio codice, all’art. 106, rispettivamente del 10 e 50 per cento).

La nuova disciplina sostituisce quindi integralmente la corrispondente disposizione contenuta nell’art. 106 del d.lgs. 50/2016, comma 1 lettera a), che rimetteva alla scelta della stazione appaltante l’inserimento di simili clausole, [salvo le recenti ipotesi eccezionali e temporanee della disciplina emergenziale (art. 29, comma 1, dl 4/22, convertito in legge 25/22) che, pur disponendone l’inserimento obbligatorio, hanno previsto un meccanismo compensativo senza ulteriormente specificare su quali standard di variazione economica dovesse operare la revisione].

Al fine di rendere il meccanismo “autoesecutivo”, il comma 3 dell’art. 60, ha quindi preferito ancorare il meccanismo revisionale ad un sistema di indicizzazione, allo scopo di facilitare e renderne più rapida e “sicura” l’applicazione; si è pertanto fatto ricorso agli indici sintetici dell’ISTAT e in particolare a quelli di costo di costruzione, per i lavori, e agli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell’industria e dei servizi e agli indici delle retribuzioni orarie (come richiesto dalla legge delega) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, periodicamente pubblicati dall’ISTAT, unitamente alla metodologia di calcolo, con l’obiettivo di renderli conoscibili e verificabili *ex ante* da parte di tutti gli operatori.

Per la copertura degli oneri derivanti, trattandosi di applicazione del rimedio generale della rinegoziazione, deve infine trovare applicazione il limite dell'invarianza finanziaria.

Qual è ora la posizione soggettiva dell'aggiudicatario allorché si verifichi una variazione del costo della prestazione?

Per alcuni, le clausole revisionali, diversamente dall'istituto della rinegoziazione, non attribuirebbero un diritto alla revisione dei prezzi, bensì, in linea con la giurisprudenza già consolidata, configurerebbero un interesse legittimo all'apertura di un procedimento tecnico discrezionale da parte della stazione appaltante che dovrà valutare la sussistenza dei presupposti di legge per il suo riconoscimento, con la conseguenza che un provvedimento che neghi la revisione o non dia seguito all'istanza in tal senso dell'appaltatore, andrebbe impugnato nei termini di rito decadenziali, tanto più che l'art. 133, comma 1, lettera e) n. 2, c.p.a., non inciso dal nuovo Codice, devolve alla competenza giurisdizionale esclusiva le controversie relative “alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto”.

Tale lettura potrebbe a mio avviso essere invece rivista in favore, piuttosto, di una posizione di diritto soggettivo in capo all'impresa.

Al di là della necessaria interpretazione adeguatrice dell'art. 133, che contiene ancora i riferimenti al codice del 2006, va evidenziato come già oggi la giurisprudenza, tanto della Cassazione che dei giudici amministrativi, distingue l'ipotesi in cui vi sia una scelta discrezionale in capo alla stazione appaltante da quella in cui il contenuto della clausola sia così preciso nell'*an* e nel *quantum* da

escludere ogni margine di valutazione discrezionale; in tale ultima ipotesi l'appaltatore vanterà un diritto soggettivo tutelabile innanzi al g.o. (da ultimo, cds 7291/2023), così che oggi, a fronte di clausole dal contenuto espressamente legato a parametri oggettivi e prefissati, che si attivano automaticamente al verificarsi dell'evento, la previsione della giurisdizione esclusiva per tale ipotesi diventa, come è stato detto, “di problematica giustificazione”, tenuto altresì conto che l'art. 60 è espressamente indicato dal legislatore come attuazione del “diritto alla rinegoziazione”.

Un'ultima considerazione su questo istituto: si è detto che ora l'inserimento delle clausole di revisione prezzi nei documenti di gara è obbligatorio. Cosa succede quando il bando nulla prevede? Esclusa l'impugnazione immediata del bando per carenza di interesse - salvo ritenere che la mancata indicazione della clausola di revisione impedisca una consapevole formulazione dell'offerta - dovrebbe operare comunque un meccanismo di integrazione *ex lege* del contratto ex art. 1339 cc, trattandosi l'art. 60 di norma imperativa.

L'art. 120 tratteggia infine la disciplina della modifica dei contratti in corso di esecuzione, senza una nuova procedura di affidamento, fermo quanto previsto dall'art. 60 per le clausole di revisione dei prezzi.

Esso riproduce, con alcune modifiche, l'art. 106 del decreto legislativo n. 50 del 2016, modificandone alcuni aspetti, a cominciare dalla rubrica.

Come per il passato, il principio generale in base al quale è possibile modificare il contratto senza una nuova procedura di gara è quello dell'immodificabilità dell'oggetto contrattuale, per cui la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa devono rimanere inalterate.

Come in passato, sono 5 le ipotesi di rinegoziabilità e di modifica del contratto, comunque subordinate all'autorizzazione del RUP:

-le modifiche previste nei documenti di gara iniziali in “clausole chiare precise e inequivocabili”, ferme restando le disposizioni di cui all’art. 1, comma 511, della legge n. 208/2015 per i contratti di servizi e forniture conclusi da soggetti aggregatori (co.1, lettera a) - tale previsione, relativa alla revisione dei prezzi per detta tipologia di contratti, avrebbe dovuto forse essere ricollocata nell’art. 60 che ora disciplina espressamente detto istituto;

-le modifiche per prestazioni supplementari, ove al contempo un cambiamento del contraente risulti impraticabile per motivi economici/tecnici, e comporti per la s.a. notevoli disagi o un sostanziale (non più “duplicazione”) incremento dei costi (comma 1, lettera b);

-le modifiche rese necessarie per circostanze imprevedibili alla stazione appaltante, cd. varianti in corso d’opera, tra cui rientrano, come in passato, nuove disposizioni legislative, regolamentari o provvedimenti autoritativi (co.1, lettera c), sempre che per questa ipotesi, come pure per quella precedente, l’aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore contratto iniziale [limitazione che deve valere anche in caso di più modifiche successive, cosicché non si eluda l’applicazione del Codice];

-modifiche di carattere soggettivo, previste per i tre casi individuati dalla norma stessa (lettera d);

-le modifiche *de minimis*, ovvero al di sotto dei valori di soglia fissati all’art. 14 e del 10 ovvero 15 per cento del valore iniziale del contratto, rispettivamente, di appalto, o servizi e forniture (comma 3).

In via residuale sono poi sempre ammesse le modifiche non sostanziali a prescindere dal loro valore (comma 5).

La modifica è sostanziale quando altera considerevolmente la struttura del contratto e l’operazione economica sottesa e, al comma 6, il Codice fornisce, come in passato, un elenco di condizioni, in linea con la giurisprudenza CGE, al

verificarsi delle quali la modifica deve ritenersi sostanziale, pertanto non ammessa.

Vi sono poi le modifiche “progettuali”, di cui al comma 7, che, laddove proposte dall'appaltatore, devono essere approvate dalla stazione appaltante, su proposta del RUP, e che sono sempre ammesse qualora trovino copertura nelle somme a disposizione nel quadro economico e non comportino aumenti di spesa purché mantengano la piena funzionalità dell'opera (in continuità con il principio di risultato).

Infine, la previsione del quinto d'obbligo al comma 9 che, diversamente dal precedente art. 106, permette alla stazione appaltante di richiedere l'esecuzione delle prestazioni aumentate o diminuite entro questa misura, alle condizioni del contratto originario, se stabilito nei documenti iniziali di gara. In tal caso, l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto. Diversamente dal passato, la chiara preferenza per il mantenimento del contratto originario è quindi condizionata alla preventiva previsione nei documenti di gara.

Se quindi l'art. 120 ripropone, seppure con qualche modifica, il previgente regime, la sua novità deve essere ricercata nel comma 8 che contiene una disposizione di coordinamento col principio di necessaria rinegoziazione espresso nell'art. 9, sancendo che “il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'art. 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto”, stabilendo poi la procedura da seguire nel caso in cui dette clausole non vi siano: la richiesta va presentata “senza ritardo” dalla parte svantaggiata al RUP. La domanda non comporta ex se la sospensione dell'esecuzione, che andrà quindi valutata volta per 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 tre mesi. Entrambe le parti, nelle trattative devono conformarsi al generale principio di buona fede, che significa

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, durata, prezzo. Il richiamo alla buona fede deve leggersi alla luce della fiducia riposta nei contraenti con il nuovo Codice e alla valorizzazione dell'autonomia decisionale dei funzionari pubblici di cui all'art. 2 del codice.

Il comma 8 inserisce quindi lo strumento consensuale nel quadro delle modifiche e delle varianti, che, infatti, ai sensi del comma 13, devono continuare ad essere autorizzate dal RUP. Pertanto, esso riguarderà tutte le ipotesi di sopravvenienze "atipiche", intendendosi, non solo quelle che previste nelle apposite clausole ai sensi del comma 4, art. 9, ma più in generale quelle "circostanze straordinarie e (appunto) imprevedibili" di cui al comma 1, dello stesso articolo, per le quali il legislatore non ha già previsto il rimedio della modifica contrattuale ex art. 120 («è sempre modificabile "ai sensi dell'art. 9"»).

L'eventuale accordo raggiunto all'esito della rinegoziazione dà luogo ad un nuovo contratto, che sostituisce quello originario. Nel caso in cui le parti non pervengano ad un accordo entro un termine ragionevole (anche esso da valutarsi volta per volta), 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 rinegoziazione in buona fede" - espressione che rafforza la previsione corrispondente al simmetrico "diritto" dell'altra parte svantaggiata.

Ecco il cambio di prospettiva del nuovo Codice: prima, il potere discrezionale di rinegoziazione, riconosciuto all'amministrazione, ora, un suo obbligo a rinegoziare il contratto.

Obbligo la cui inosservanza determina una responsabilità in capo alla stessa... di natura contrattuale? per inadempimento della clausola contrattuale di rinegoziazione, ove prevista; ovvero precontrattuale, per violazione dell'art. 1337 per la buona fede durante le trattative, ovvero del 1375 cc che richiede la buona fede delle parti nell'esecuzione del contratto? È chiaro che la risposta in un senso o nell'altro avrà ricadute, non solo sul piano sostanziale per quanto riguarda il differente regime risarcitorio, ma potrebbe rilevare anche in sede processuale, in ragione del noto e irrisolto conflitto tra SS.UU. e Adunanza Plenaria sul riparto di giurisdizione relativo alla responsabilità precontrattuale.

Ancora. In mancanza di clausole espresse, era unanime l'affermazione dell'insussistenza di diritti in capo all'impresa aggiudicataria in ordine alla rinegoziazione, che costituiva come detto una decisione riconducibile all'autonomia negoziale della p.a. nei confronti della quale il privato non aveva alcuna pretesa azionabile, nemmeno di ordine privatistico. Ora il comma 8 sancisce l'azionabilità del diritto innanzi al giudice, che non potrà non essere che il giudice civile, trattandosi di posizioni paritetiche, in fase esecutiva, rimedio esperibile anche in mancanza di specifiche clausole di rinegoziazione.

L'obbligazione di rinegoziare è stata inquadrata come un'obbligazione di risultato, e non di mezzo, sicché l'intervento del giudice potrebbe concretizzarsi in un intervento di tipo sostitutivo nell'individuazione del risultato, sino ad arrivare, per alcuni, ad una pronuncia ex art. 2932 cc, salvo interrogarsi sulla fattibilità in concreto di tale rimedio, atteso che il giudice non avrebbe a disposizione - specialmente nel caso di mancata previsione di clausole di rinegoziazione - dei parametri per ricostruire ex post la volontà originaria delle parti.

Soluzione invero criticata da una parte della dottrina che ha ritenuto discutibile l'attribuzione al giudice di una discrezionalità molto ampia, che si spingerebbe a valutazioni di opportunità sulla conservazione o meno del contratto, ponderando

anche interessi pubblici, all'interno di vincoli finanziari e procedure di spesa imposte. Alla luce di ciò, si è ritenuto preferibile presidiare l'obbligo di rinegoziazione con il solo strumento della responsabilità contrattuale, prospettando alcuni anche il ricorso ad un meccanismo analogo a quello della composizione negoziata prevista dal Codice della crisi (d.lgs. n. 14/2019), incentrata sul potere di un esperto che inviti entrambe le parti a rideterminare secondo buona fede il contenuto dei contratti [“Nel corso delle trattative l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni”, art. 17, comma 5].

Una soluzione simile, a legislazione invariata, non mi pare in astratto impraticabile, alla luce della possibilità, data dallo stesso Codice, di ricorrere al Collegio consultivo Tecnico, pensato proprio come organo polifunzionale, di consulenza, di prevenzione del contenzioso e in extremis di amministrazione di quest'ultimo, volto ad accompagnare tutta l'esecuzione del contratto, evitando che le dispute tra i contraenti ostacolino l'esatto adempimento delle prestazioni contrattuali; organo che ai sensi dell'art. 215 può essere richiesto da ciascuna parte “per prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti”; lo stesso art. 216, che prevede un parere obbligatorio per i casi di sospensione dell'esecuzione - che, ai sensi dell'art. 120, comma 8, deve essere valutata volta per volta nei casi di domanda di rinegoziazione – stabilisce, al comma 4, che in caso di mancato accordo il CCT

indichi le modalità per proseguire i lavori con l'esecutore originario e le eventuali modifiche da apportare alla realizzazione dell'opera.

Soluzione questa che darebbe ulteriore implementazione alla legge delega laddove ha richiesto (art. 1, comma 2, lettera ll) il rafforzamento del metodo di risoluzione delle controversie alternativo al rimedio giurisdizionale anche in materia di esecuzione del contratto.

Come si concilia infine la previsione di un obbligo di rinegoziazione con le esigenze di trasparenza e tutela della concorrenza?

L'art. 120, al comma 14, prevede la pubblicazione sulla GUUE a cura della s.a. delle modifiche del contratto avvenute nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere b) e c) (prestazioni supplementari e varianti in corso d'opera). Per tutte le modifiche del contratto devono poi osservarsi gli oneri di comunicazione e trasmissione all'ANAC, a cura del RUP, previsti dall'Allegato II.14, la cui inosservanza è fonte di sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 222, comma 13. Solo per le varianti in corso d'opera, laddove l'ANAC ne accerti l'illegittimità, l'Autorità esercita i poteri di vigilanza e controllo di cui all'art. 222.

Ciò significa che il mancato rispetto delle regole sulla par condicio e sulla trasparenza è innanzitutto presidiato da meccanismi di controllo e vigilanza, sia europei sia nazionali. In secondo luogo, vi è sempre la possibilità di ricorrere al giudice per denunciare la violazione dei limiti posti alla modificabilità del contratto, da parte delle imprese non aggiudicatarie o addirittura estranee alla gara per non avervi partecipato.

Se mancano i presupposti dell'art. 120 e vi è comunque stata una modifica contrattuale (sostanziale) senza nuova gara, si verifica di fatto un illegittimo affidamento diretto, la cui contestazione, pur attenendo ad una vicenda esecutiva, rientra nel contenzioso sulle procedure di affidamento, di spettanza

della giurisdizione esclusiva del g.a., vantando l'operatore che ricorre un interesse pretensivo alla corretta esplicazione delle condizioni concorrenziali di accesso alla gara (in tal senso anche Cass SSUU 28211/2019).

La giurisdizione sulle vicende modificative del contratto viene quindi "spezzata" a seconda che la lite sia instaurata dalla parte contraente, spettando questa al g.o., ovvero dal terzo estraneo rispetto al contratto, e quindi g.a., per il quale dovrà poi valutarsi la legittimazione ad agire (solo se è partecipante non aggiudicatario, oppure del tutto estraneo alla gara purché provi che alle nuove condizioni avrebbe partecipato).

Un'ultima considerazione, infine, sulla rinegoziazione nei contratti di concessione.

Stante il mancato rinvio dell'art. 9, comma 5, alle disposizioni specifiche per le concessioni (artt. 189 e 192), le cui formulazioni semantiche non sono molto dissimili dalle analoghe disposizioni in tema di appalto, si può escludere che i concessionari, diversamente dall'appaltatore, siano titolari ex lege di un diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali?

Anche nel caso delle concessioni possono ovviamente esserci delle sopravvenienze che incidono sul rapporto, sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione.

Il concessionario, diversamente dall'appaltatore, assume un rischio diverso e ulteriore rispetto a quello di mercato, ovvero il rischio operativo; in considerazione di ciò e della presenza di poteri pubblicistici in capo all'ente concedente anche in fase di esecuzione della commessa, si è affermato che la posizione giuridica dell'operatore sarebbe quella di interesse legittimo. Tuttavia, sembra possibile, a determinate condizioni, riconoscere anche in capo al concessionario un "diritto" allorquando l'amministrazione, avendo inserito una clausola revisionale nel contratto, avrà in tal modo esaurito ogni spazio

discrezionale; ipotesi confermata dall'art. 189 che infatti prevede la possibilità di inserire nei documenti di gara clausole chiare, precise e inequivocabili, come anche clausole di revisione dei prezzi riferite agli indici sintetici di cui all'art. 60. D'altronde, come pure rilevato all'inizio, il diritto alla rinegoziazione di cui all'art. 9 accomuna appalti e concessioni.

L'art. 192 poi, che disciplina la revisione per fatti straordinari e imprevedibili in grado di incidere sull'equilibrio dell'operazione, si conferma come uno strumento conservativo del negozio, così da ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti originariamente.

Tuttavia, l'art. 192, pur ricalcando l'impostazione dell'art. 9, comma 1 (eventi straordinari e imprevedibili, non imputabili al soggetto) con le specificità legate al contratto di concessione, prevede una facoltà del concessionario a richiedere la revisione del contratto ("può chiedere"), cui non corrisponde un altrettanto esplicito obbligo dell'amministrazione di concludere un accordo (bensì un generale dovere di entrambe le parti, di instaurare delle trattative per addivenire alla formazione di un accordo, nell'ottica della buona fede e della leale collaborazione), per la quale non è espressamente prevista l'azionabilità innanzi al giudice. Invero, per le concessioni, la scelta del legislatore per i casi di mancato accordo, si risolve nel recesso oneroso, in favore dunque del rimedio ablativo, atteso che, ai sensi del comma 4, in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico-finanziario, le parti possono recedere dal contratto, con rimborso al concessionario degli importi spettanti ai sensi dell'art. 190, comma 4, per il caso di recesso del concedente, ad esclusione dell'indennizzo a titolo di mancato guadagno di cui alla lettera c) del comma 4.

In questo quadro, la ridefinizione del riparto di giurisdizione è rimasta sullo sfondo - non essendo oggetto di delega - ma non può evidentemente rimanere un aspetto irrilevante per l'attuazione del nuovo codice. In quest'ottica, non può che auspicarsi un intervento "ordinatorio" del legislatore al riguardo, correndosi

altrimenti il rischio che il conflitto/dubbio tra le giurisdizioni comprometta il “risultato” del Codice, rappresentato dalle parole chiave della “accelerazione” e della “tutela” (v. Premessa alla Relazione illustrativa).