

Documento Gruppo di lavoro AIPDA

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

A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO



**MESSINA
UNIVERSITY
PRESS**

Documento Gruppo di lavoro AIPDA

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

A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO



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



ISBN 979-12-80899-08-8

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

© L'autore per il testo, 2024

© Messina University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Messina University Press

Piazza Pugliatti, 1 - 98121 Messina

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

Prima edizione: febbraio 2024

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

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

PRESENTAZIONE DEL LAVORO

PARTE I

LIBRO I – TITOLO I

I PRINCIPI GENERALI

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

LIBRO I – TITOLO II

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

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

PARTE II

DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici

LIBRO II - PARTE II

DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

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

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

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

**PARTE VI
DELL'ESECUZIONE**

Il Subappalto

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

**PARTE II
DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE**

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

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

Le novità in tema di contenzioso

NOTIZIE SUGLI AUTORI E SUI CURATORI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PRESENTAZIONE DEL LAVORO

Francesco Manganaro, Nino Paolantonio e Fabrizio Tigano

Il Presidente ed il Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA) hanno, in questi ultimi anni, organizzato gruppi tematici al fine di approfondire alcune specifiche questioni di interesse generale e di riportarne gli esiti nei contesti scientifici e nelle sedi istituzionali.

Il Gruppo di studio sui contratti pubblici si è insediato nel marzo 2023, a seguito dell'approvazione del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022 n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 77 del 31 marzo 2023 n. 12.

Il coordinamento del Gruppo è stato assegnato ai professori Alfredo Contieri, Nino Paolantonio e Fabrizio Tigano, componenti del Consiglio direttivo AIPDA.

Vi hanno aderito, oltre ai coordinatori, i seguenti professori: Gaetano Armao, Giulia Avanzini, Antonio Bartolini, Cina Franco Cartei, Edoardo Caruso, Annalisa Giusti, Giovanni Fabio Licata, Sebastiano Licciardello, Antonietta Lupo, Carola Pagliarin, Anna Romeo, Maria Alessandra Sandulli, Sara Spuntarelli, Marco Tiberii, Francesco Tuccari.

La prima fase dei lavori si è conclusa, riservandosi ulteriori approfondimenti nel prosieguo, il 6 luglio 2023. I contributi sono stati successivamente collazionati dai coordinatori in modo da rendere per quanto possibile omogeneo il risultato complessivo.

L'obiettivo che il Presidente ed il Direttivo Aipda si sono prefissi è, anzitutto, quello di fornire un contributo agli studi sulla riforma dei contratti pubblici, la cui entrata in vigore era già prevista per il mese di luglio 2023, in modo da consentire, da un lato, l'apertura di un confronto più diretto tra Accademia e Giurisprudenza, dall'altro, di offrire al legislatore, in sede di (probabili, anzi annunciati) correttivi, elementi sui quali riflettere ed operare. L'iniziativa, dunque, lungi dall'assumere essa stessa il carattere di “correttivo” o di mera critica all'operato della Commissione all'uopo istituita – cui, comunque, va dato atto di aver esitato un *corpus* normativo di riforma ricco di novità interessanti (alcune pienamente condivisibili, altre forse da rimeditare) nonostante gli strettissimi

tempi della delega – è essenzialmente animata dall'intento di fornire un contributo utile e costruttivo al dibattito suscitato dalla recente novella legislativa. Proprio per questa ragione, fin da subito, nel Gruppo è emersa la volontà, unanimemente condivisa, di non indulgere in eccessivo dettaglio e, allo stesso tempo, di non redigere una sorta di commentario al d.lgs. n. 36/2023.

Come risulta chiaramente dalla lettura dei contributi non vi è una pretesa di organicità, avendo ritenuto preferibile operare per tassonomie, esaminando criticamente e approfonditamente singoli aspetti che ciascun componente (dopo un intenso, proficuo e collaborativo confronto all'interno del Gruppo di lavoro) ha ritenuto meritevole di essere approfondito.

Queste precisazioni spiegano le inevitabili lacune del testo: si tratta di una scelta preliminare di metodo che ha consentito di essere quanto più possibile tempestivi e, soprattutto, di evitare di ribadire fatti già noti ed acclarati, non meritevoli di essere segnalati in questo contesto.

Ciò spiega anche la struttura dell'indice: i contributi sono collocati all'interno delle singole aree del Codice in modo che il lettore abbia, anche visivamente, l'immediata percezione dei Titoli e delle Sezioni cui si riferiscono.

Siamo lieti di poter ora pubblicare questo lavoro (grazie alla sollecita opera della Messina University Press), consapevoli che si può sempre far di meglio, ma certi di avere svolto un lavoro collegiale significativo, che costituisce dichiaratamente l'esito di una prima riflessione proveniente dall'Accademia e, per essa, dall'Associazione che rappresenta in sede nazionale i professori di diritto amministrativo.

Si tratta – a nostro avviso – di un contributo meritevole di attenzione non solo perché frutto dell'impegno di studiosi di rilevanza nazionale di diritto pubblico amministrativo, ma anche perché costituisce espressione di un'apposita iniziativa maturata in seno all'AIPDA, che ha registrato ampia condivisione e partecipazione e attraverso la quale l'Associazione, in linea con i suoi fini istituzionali, si inserisce a pieno titolo tra i soggetti interessati e legittimati a discutere le trame di una riforma che si annuncia di grande impatto e di cui si discuterà ancora a lungo.

IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE
DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE

Fabrizio Tigano

1. Il valore della prestazione e della controprestazione è, in linea di principio, irrilevante per il diritto essendo la materia rimessa alla autonomia contrattuale, salvo che ricorrano ipotesi patologiche che giustifichino lo scioglimento del contratto per vizi originari o sopravvenuti.

Da qualche tempo, tuttavia, la giurisprudenza ed il legislatore mostrano un'accresciuta sensibilità in relazione alla congruità dello scambio contrattuale, probabilmente in ragione delle contingenze emergenziali dell'ultimo turno di tempo, che hanno riproposto con forza il tema delle sopravvenienze impreviste sul *synallagma* contrattuale.

Anche la giurisprudenza di legittimità, del resto, ha ritenuto che debba sussistere una tendenziale equivalenza tra le prestazioni, rammentando che una evidente sproporzione fra esse è in grado di incidere sulla validità del contratto, determinandone la nullità per assenza di causa¹⁶.

Lo squilibrio che viene in considerazione può essere originario o sopravvenuto in ragione dell'insorgere di eventi imprevedibili al momento della conclusione del contratto.

In questo secondo ordine di casi trovano applicazione l'eccessiva onerosità sopravvenuta (in grado di portare alla risoluzione), la presupposizione e la rettifica del contratto. In siffatte ipotesi, seguendo principi propri dei contratti a livello internazionale, si parla della *gross disparity* (squilibrio originario) e dell'*hardship* (squilibrio sopravvenuto per cause imprevedibili) cui la *Relazione* al Codice fa espresso riferimento¹⁷.

¹⁶ Cfr., Cass. 10 luglio 2018, n. 18047, secondo cui “*l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione*”.

¹⁷ Cfr. Cass. 25 maggio 2007, n. 12235; Cass. 13 febbraio 1995, n. 1559; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22396. Per un esame delle problematiche connesse alla pandemia, alla relativa normativa ed agli orientamenti della Corte di Cassazione, si rinvia alla *Relazione*

2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 36/2023 – presenta sin dai primi articoli un’importante novità rispetto all’ormai “vecchio” d.lgs. n. 50/2016, ossia la fissazione, nei primi dodici articoli, di principi generali, regolativi dell’intera materia, probabilmente in grado di produrre effetti anche al di là dell’ambito dello stesso Codice.

Tra questi, all’art. 9, vi è il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale, la cui caratura può cogliersi sul versante economico-patrimoniale (valore della prestazione) come in quello strettamente normativo (contenuto delle obbligazioni assunte dai soggetti).

La conservazione dell’equilibrio contrattuale risponde a ragioni di equità e di proporzionalità delle rispettive prestazioni, con il fine ultimo di preservare il *synallagma*, ossia il nesso di corrispettività tra le prestazioni dedotte, sia nella genesi della reciproca assunzione delle obbligazioni sia nello svolgimento del contratto (c.d. *synallagma* funzionale): l’assenza del primo dà luogo a nullità del contratto *ex art.* 1325 c.c. per inesistenza della causa; nel secondo caso, il rimedio civilistico per eccellenza è la risoluzione in ragione dell’intervenuta sproporzione tra prestazioni originariamente proporzionate.

I rimedi previsti sono la rescissione e la risoluzione: mentre nella rescissione lo squilibrio è già presente nel momento di conclusione del contratto, nella risoluzione si verifica in un momento successivo, in ragione del sopravvenire di accadimenti imprevedibili e straordinari.

In dettaglio, la rescissione è disciplinata dagli artt. 1447 (“*Contratto concluso in stato di pericolo*”) e 1448 (“*Azione generale di rescissione per lesione*”); per la risoluzione occorre fare riferimento all’art. 1467 c.c. il cui primo comma consente, nei contratti ad esecuzione periodica o continuata (o differita), di richiedere l’applicazione di siffatto rimedio laddove la prestazione (in tesi, originariamente equilibrata) sia divenuta inesequibile a causa del sopravvenire di eventi straordinari ed imprevedibili.

Occorre, peraltro, rammentare che l’anzidetta norma del codice civile non si applica laddove non sia netta la cesura rispetto al programma di interessi determinato *ab initio*, tenendo conto della normale *alea* contrattuale (contratti aleatori). Infatti, lo svolgimento del rapporto contrattuale contempla in sé un margine di *alea* ineliminabile connesso

Tematica n. 56 dell’8 luglio 2020 avente ad oggetto “*Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*”, in www.cortedicassazione.it.

all'andamento dell'affare che la parte onerata deve sopportare e considerare *ab initio*.

Esiste la possibilità di evitare la risoluzione facendo ricorso al terzo comma dell'art. 1467 c.c., il quale consente l'equa modifica delle condizioni di contratto. La “rinegoziazione”, si badi, non è obbligatoria, in quanto la norma parla di *offerta* e di *modifica* contrattuale, tale da ricondurre ad equità le prestazioni e ricostituire l'equilibrio sinallagmatico¹⁸.

Le osservazioni che seguono ambiscono a evidenziare alcuni tratti di continuità e discontinuità tra la disciplina contrattuale privatistica e quella pubblicistica, nella quale, in particolare, vengono in considerazione sia l'*alea* contrattuale che la rinegoziazione (attraverso la revisione prezzi e la modifica contrattuale) in vista del riequilibrio del *synallagma*, pur con significative differenze, sulle quali saranno svolte alcune brevi osservazioni.

3. I principi cui si è testé fatto riferimento sono di pacifica e ricorrente applicazione in ambito civilistico; essi, tuttavia, non sono mai stati integralmente trasposti nella disciplina dei contratti pubblici, sia nella fase dell'evidenza pubblica che in quella esecutiva (per quel che vale, ancora oggi, tale bipartizione¹⁹) e non lo sono nemmeno nel nuovo Codice del 2023, segnando una intrinseca contraddizione con l'introduzione di principi come quello in esame, ma anche con altri (es., autonomia contrattuale) che connotano l'*incipit* del Codice medesimo.

Ed invero, la solenne affermazione in termini di principio contenuta nell'art. 9 suggerirebbe un quadro probabilmente diverso, potenzialmente in grado di scardinare vecchi adagi sulla rilevanza preminente dell'interesse pubblico e così determinare una maggiore (forse anche provvida) osmosi tra la disciplina contrattuale privatistica e pubblicistica, segnando una nuova ed opposta tendenza rispetto alla tradizionale immutabilità del contraente e del contratto, messa in crisi da gravi crisi economiche, sanitarie e politiche che hanno investito non solo l'Europa, ma tutto il mondo.

In tesi, dunque, vi è (o dovrebbe esservi) un temperamento a siffatte rigidità, perché non più accettabili e al passo coi tempi, ovvero: non si nutre più la certezza che sia tollerabile il permanente sbilanciamento “di

¹⁸ Su questo punto, v. *infra* quanto si dirà circa l'obbligo alla rinegoziazione previsto dal nuovo Codice degli appalti.

¹⁹ V. *infra* il contributo relativo a questo tema.

fondo” del *synallagma* sopportato solo da una parte, lasciando indenne la parte pubblica, oggi vincolata dalla solenne affermazione (ma non è una novità, a dire il vero) dei principi di buona fede e correttezza anche in funzione della riconosciuta autonomia contrattuale.

Vi è, cioè, un *dare* ed un *avere* non particolarmente lineare che proprio l’affermazione del principio finisce per evidenziare: in un contesto, cioè, di maggiore osmosi tra pubblico e privato in nome del raggiungimento del risultato, infatti, non sembra sussistano evidenti ragioni per mantenere antichi (dis)equilibri oggi desueti, ovvero posizioni di privilegio a favore delle amministrazioni pubbliche che, a ben guardare, sembrano porsi in netta antitesi con il sistema che, coraggiosamente, il legislatore ha provato a costruire, superando vecchi adagi e molti (giustificati) timori degli amministratori e delle stazioni appaltanti in genere.

4. Non ci si può nascondere, del resto, la rilevanza, potenzialmente dirompente dell’art. 9 in esame, il quale non a caso pone un vero e proprio diritto – cui corrisponde un preciso obbligo – alla rinegoziazione in presenza di fatti sopravvenuti ed imprevedibili che abbiano determinato un evidente squilibrio contrattuale.

Il ripristino dell’equilibrio – al di là delle ipotesi eccezionali di cui al comma 1 – è *per tabulas* affidato agli artt. 60 e 120 del nuovo Codice (ma non solo: il principio, in tesi, si dispiega su latitudini significativamente ampie), che disciplinano, rispettivamente, la revisione prezzi e le modifiche al contratto, sulla falsariga del precedente art. 106 del d. lgs. n. 50/2016, che si vorrebbe declinato in modo più elastico e coerente con il nuovo quadro disegnato dal legislatore del 2023.

A questo proposito, la *Relazione* offre alcuni elementi che si stima di dovere evidenziare, ovvero²⁰:

- la ribadita rilevanza delle finalità inerenti al pubblico interesse «*che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce, con conseguente esclusione della possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche e necessità di favorire il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici*»;

- il carattere del diritto alla rinegoziazione, il quale costituisce, come si legge nella *Relazione*, «*un rimedio manutentivo maggiormente conforme*

²⁰ La *Relazione* è pubblicata, fra l’altro, nell’apposito *Dossier* in www.giustizia-amministrativa.it.

all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare, – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.»;

- la necessità che la disposizione vada “interpretata restrittivamente” in quanto «*richiede un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale*»;

- l'invarianza finanziaria in sede di rinegoziazione, in quanto «*la rinegoziazione non altera il finanziamento complessivo dell'opera, perché è ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio originario*”, anche tenuto conto delle “*economie da ribasso d'asta*».

Dunque, a ben guardare, non si può agevolmente parlare di una vera e propria conservazione della stabilità contrattuale, se per tale si intende la ricostituzione effettiva dell'originaria portata del *synallagma*, disponendo la stazione appaltante di somme che potrebbero rivelarsi insufficienti, ma che sarebbero giustificate dall'immanenza dell'interesse pubblico (anche in ragione di quanto disposto dalla legge delega).

Inoltre, come ancora risulta dal *Commento alla Relazione*, «*l'aspetto più delicato è quello del ricorso anche alle “economie da ribasso d'asta”, in quanto «tali economie non si possono considerare definitivamente acquisite fino al collaudo dell'intervento o al certificato di regolare esecuzione». E ciò perché «a vederla diversamente, il rischio di sopravvenienza di “circostanze straordinarie e imprevedibili” comporterebbe rischi ancora peggiori per il bilancio pubblico: la mancata esecuzione del contratto e la perdita dei fondi già spesi*».

Quanto sopra lascia diversi dubbi sulla effettività del principio, che – almeno nella dottrina e nella giurisprudenza civilistica – fonda il suo *ubi consistam* sulla parità dei contraenti *ab origine* e nel corso del rapporto. Se di equilibrio contrattuale vuol parlarsi, dunque, il principio in parola non può “tararsi” prevalentemente sull'interesse pubblico a pena di far sfumare la sua portata innovativa, riducendolo ad un'astratta affermazione senza alcuna effettiva ricaduta sulle alterazioni del *synallagma* oltre l'ordinaria *alea*.

In tal guisa, nella sostanza, il diritto alla rinegoziazione si risolve in un problema di bilancio e di garanzia per il risultato, ovvero per l'esecuzione del contratto, potenzialmente (non necessariamente, occorre dirlo, ma è sufficiente l'ipotesi) a discapito della controparte contrattuale.

La contraddizione è ancor più evidente – anche a non voler considerare i principi civilistici sopra sommariamente delineati – in relazione al comma 2, laddove si precisa che «*la rinegoziazione ha l'esclusiva finalità di ri-*

pristinare l'originario equilibrio del contratto, avuto riguardo al complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto e con considerazione, quindi, anche del bando e del provvedimento di aggiudicazione», pur essendo evidente che la sproporzione sopravvenuta potrebbe essere di portata più ampia.

La finalità dichiarata, del resto, è «*circoscrivere la libertà dei contraenti*», in quanto «*l'accordo di rinegoziazione non solo deve avere ad oggetto il mero ripristino dell'equilibrio contrattuale originario, ma deve essere precipuamente volto a non alterarne la sostanza economica, in modo da evitare un'elusione delle regole della procedura ad evidenza pubblica*». Finalità non particolarmente convincente, giacché non si comprende come possa poi tradursi nella prioritaria ed immancabile realizzazione del solo interesse pubblico.

Per altro verso, il riferimento alle regole dell'evidenza pubblica non sembra così pertinente: il riequilibrio delle prestazioni serve proprio ad evitare la novazione del rapporto contrattuale, novazione che è esclusa dalla rinegoziazione intesa a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale. Anzi, vi è il rischio di una modifica “sostanzialmente” *in peius* a seguito della rinegoziazione, ancorché, nel momento in cui si mira a ricostituire l'equilibrio originario, non possano determinarsi significativi mutamenti delle prestazioni in *in melius* come *in peius*.

5. L'art. 9 insieme agli artt. 60 e 120 (recanti rispettivamente la revisione dei prezzi e la modifica dei contratti in corso di esecuzione), costituisce un sistema, al di là degli eventi impreveduti ed eccezionali di cui al comma 1, atto a consentire l'ordinario riequilibrio contrattuale in caso di sopravvenienze che ne abbiano alterato l'equilibrio originario ed inciso sull'interesse alla prestazione.

La revisione prezzi è istituito ben noto anche ai Codici del 2006 e del 2016: dipende dal verificarsi di condizioni oggettive, in specie, la fluttuazione dei prezzi in misura superiore al 5% nella misura massima dell'80%, rimanendo il 20% restante quale rischio d'impresa.

La revisione è soggetta a precisi limiti di *budget*.

Ai sensi del comma 5, infatti, «*per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi di cui al presente articolo le stazioni appaltanti utilizzano: a) nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per impreveduti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a di-*

sposizione della medesima stazione appaltante e stanziata annualmente relativamente allo stesso intervento; b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti; c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile».

Vi è, perciò, la possibilità che l'equilibrio contrattuale pregiudicato subisca il limite delle somme utilizzabili, ossia che l'inserimento delle clausole di rinegoziazione venga, infine, depotenziato in concreto, mettendo in discussione la stessa permanenza del contratto e la realizzazione degli interessi ad esso sottesi (compreso l'interesse pubblico).

Ancora una volta, il “nodo” è rappresentato dalla delega, che circo-scrive la revisione “*nel rispetto delle procedure contabili di spesa*”.

6. Le modifiche contrattuali disciplinate dall'art. 120 seguono la falsariga del precedente art. 106 d.lgs. n. 50/2016, seppure con alcune modifiche opportunamente riportate nella *Relazione*.

Significativa la novità posta dal comma 8 secondo cui «*il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione*».

Il diritto alla rinegoziazione è dunque azionabile davanti al giudice, ma occorrerà chiarire, visti i precedenti, tutti i dubbi in merito alla giurisdizione, in modo da evitare problematiche già viste, da cui sono discese evidenti lesioni in termini di effettività della tutela.

