

Politecnico di Milano
Dipartimento di Architettura e Studi Urbani



MASTER UNIVERSITARIO DI II LIVELLO
“APPALTI E CONTRATTI PUBBLICI (MAC)”
A.A. 2024-2025

**Le modifiche in corso d’opera nel nuovo codice dei
contratti pubblici alla luce del principio del risultato
e della tutela dell’equilibrio contrattuale**

Relatore

Avv. Andrea Napoleone

Tesi Master

Marlene Raco

Sommario

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I.....	5
I. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale alla luce del risultato.....	5
I.1. Un nuovo principio o codificazione di un' esigenza già avvertita?.....	5
I.2. L'art. 9 del D.lgs. 36/2023: il portato della direttiva 2014/24/UE e la chiave di lettura per la gestione delle sopravvenienze e la rinegoziazione.....	13
I.3. Esecuzione e rinegoziazione tra diritto pubblico e diritto privato.....	23
CAPITOLO II.....	27
II. Modifiche <i>in executivis</i> come strumento di conservazione del contratto: applicazioni in cantiere e criticità alla luce della giurisprudenza.....	27
II.1. L'art. 120 del D.lgs. 36/2023: un nuovo recepimento della disciplina europea.....	27
II.2. Limiti di derivazione europea all'esercizio dello <i>ius variandi</i> : la modifica «sostanziale» e la sentenza CGUE Sez. X, 7.12.2023 n. C-441/22 e C-443/22.....	31
II.3. Ammissibilità espressa delle modifiche «non sostanziali»: un esempio di modifica migliorativa in un <i>mare magnum</i> di novità e contorni ancora nebulosi.....	38
II.4. Le modifiche previste in clausole precise chiare e inequivocabili: adesso anche clausole di rinegoziazione.....	45
II.5. Lavori, servizi e forniture supplementari: intervenire sulla quantità per bilanciare gli interessi.....	50
II.6. La gestione delle sopravvenienze escluse dal <i>risk management</i> attraverso le c.d. «varianti in corso d'opera»: la causa imprevedibile dopo il Correttivo e il labile confine con l'errore progettuale.....	55
II.6.1. Applicazioni pratiche e differenze con fattispecie similari: le lavorazioni extra contrattuali.....	64
II.6.2. (Segue) Le sopravvenute disposizioni legislative o regolamentari: il rinnovo del CCNL e l'obbligo di riequilibrio contrattuale.....	67

II.6.3. (Segue) L'introduzione in corso d'opera della voce CAM di un materiale nei prezzi regionali: adozione di una variante per sopravvenuta disposizione normativa o revisione prezzi?.....	.70
II.6.4. (Segue) La difficoltà di approvvigionamento delle materie prime: variante in corso d'opera come strumento di ripristino dell'equilibrio contrattuale.....	.73
II.7. Il c.d. «quinto d'obbligo»: natura dell'istituto e questioni operative.....	.76
II.7.1. L'appaltatore può rifiutarsi di sottoscrivere l'atto di sottomissione?.....	.80
II.8. La modifica «atipica» del contratto attraverso la rinegoziazione: un nuovo diritto nella contrattualistica pubblica.....	.82
II.8.1. Modifiche e rinegoziazione tra aggiudicazione e stipula del contratto: graduale ammissibilità della giurisprudenza.....	.89
II.9. Carenze della progettazione esecutiva: la rinegoziazione attraverso il contraddittorio con il professionista e l'appaltatore.....	.92
CAPITOLO III.....	.101
III. Tutela giurisdizionale delle modifiche contrattuali e del diritto alla rinegoziazione.....	.101
CONCLUSIONI.....	.107
BIBLIOGRAFIA.....	.111
FONTI	114
SITOGRAFIA.....	.115

INTRODUZIONE

Il presente elaborato trae origine dall'esperienza quotidiana nella gestione ed esecuzione di appalti pubblici (specie di lavori), dove ciascun cantiere si presenta come un caso a se stante da risolvere, caratterizzato da complessità e dinamiche specifiche che richiedono soluzioni giuridiche su misura. L'esecuzione del contratto d'appalto, infatti, si configura come una fase in continua evoluzione, esposta inevitabilmente a sopravvenienze che possono incidere sull'equilibrio contrattuale. Questa consapevolezza è stata inizialmente acquisita dal Legislatore europeo e, di recente, complici la crisi pandemica e bellica degli ultimi anni, anche dalla giurisprudenza e legislazione italiana che, riconoscendo il «*futuro indomabile*» delle prestazioni di durata, hanno registrato un'inversione di tendenza e una maggiore attenzione alla fase esecutiva del contratto pubblico e alla gestione delle sopravvenienze, culminata nell'elaborazione del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) e del relativo correttivo.

La reale difficoltà durante l'esecuzione di un appalto consiste nella conservazione del contratto e nella salvaguardia del sinallagma, evitando soluzioni drastiche, come la risoluzione, che risulterebbero controproducenti sia per l'amministrazione pubblica che per l'operatore economico. In tale contesto, le modifiche contrattuali rappresentano lo strumento privilegiato per ristabilire l'equilibrio compromesso e arrivare in fondo alla realizzazione dell'opera, purché tali interventi rispettino i vincoli imposti dal diritto eurounitario e la *par condicio* dei concorrenti, che sempre si stagliano sullo sfondo nonostante la fase pubblica di selezione si sia ormai esaurita.

L'elaborato si prefigge allora lo scopo di indagare, con un approccio giuridico e attraverso l'analisi di casi concreti tratti dall'esperienza pratica dell'autore e dalla giurisprudenza, i limiti e le possibilità di modifica dei contratti in corso di esecuzione, sia in presenza di sopravvenienze imprevedibili, sia per altre necessità.

A tal fine, l'elaborato si aprirà con una riflessione sul concetto di equilibrio contrattuale, fondamento e limite della rinegoziazione, nonché corollario del risultato, per poi approfondire l'istituto delle modifiche contrattuali, con attenzione agli orientamenti giurisprudenziali e alle principali criticità applicative, per cercare di fornire altresì spunti e osservazioni utili nell'adozione di tali strumenti. In chiusura, si affronterà il tema della «giustizia contrattuale», con particolare riferimento all'individuazione del giudice naturale competente e all'esercizio dei poteri giudiziali nel garantire un'effettiva tutela del nuovo diritto alla rinegoziazione consacrato all'art. 9 del d.lgs. 36/2023.

CAPITOLO I

I. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale alla luce del risultato

I.1. Un nuovo principio o codificazione di un' esigenza già avvertita?

Con l'emanazione del D.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023 di seguito «*Nuovo codice dei contratti pubblici*», viene positivizzato per la prima volta, all'art. 9, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, con uno specifico riferimento ai contratti pubblici d'appalto.

A una prima analisi, come da relazione illustrativa al codice del Consiglio di Stato¹, l'articolo in oggetto appare innovativo rispetto alla disciplina preesistente, vista l'introduzione di un rimedio manutentivo, la rinegoziazione, più rispondente alle esigenze delle parti contrattuali, rispetto alla tutela demolitoria che contraddistingue invece la disciplina civilistica². Se è vero infatti che l'eventuale rinegoziabilità del contratto non è stata, fino al 2023, elevata a principio generale nell'esecuzione dei contratti pubblici e che comunque la sua previsione espressa risulta emblematica nella materia della contrattualistica pubblica, è altresì vero che la portata innovativa del principio in oggetto, a parere di chi scrive, risulta sconfessata da una analisi più attenta della giurisprudenza e della disciplina previgente, oltre che da una lettura della normativa costituzionalmente orientata. È sufficiente uno sguardo oltre i confini nazionali, per rendersi conto che il principio in oggetto non è altro che il precipitato pratico delle valutazioni espresse dal legislatore europeo e, ancor prima, dalla giurisprudenza comunitaria.

Le ragioni del recepimento del principio sono rinvenibili nella fonte comunitaria per eccellenza in materia di appalti pubblici, ossia la direttiva 2014/24/UE e in particolar modo ai suoi considerando 107 e 109. Diversamente dalla precedente direttiva 2004/18/UE, incentrata sulla fase di affidamento dei contratti pubblici, sull'immodificabilità dell'offerta (e quindi del contratto) e su un assoluto divieto di rinegoziazione, il Legislatore europeo ha preso consapevolezza, per la prima volta, dell'inevitabile esposizione alle sopravvenienze e alle fluttuazioni del mercato cui sono esposti i contratti di durata, primi fra tutti i contratti d'appalto³. La maggiore attenzione al tema costituisce recepimento delle ripetute pronunce della Corte di Giustizia Europea la quale ha osservato che

¹ Cons. Stato, Relazione al codice dei contratti pubblici, 2022, 24, in www.giustizia-amministrativa.it

² Si veda meglio *infra* §§1.2. e 1.3.

³ E' lo stesso considerando 107 della Direttiva a dare atto infatti della «*pertinente giurisprudenza che ha determinato la necessità di precisare le condizioni alle quali le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura d'appalto*».

«Non si può escludere che, nel corso di un procedimento negoziato, che, per sua stessa natura, può protrarsi per un lungo periodo di tempo, le parti prendano in considerazione le innovazioni tecnologiche intervenute durante lo svolgimento delle trattative, senza che questo fatto possa considerarsi, ogni volta, come una rinegoziazione degli elementi essenziali del contratto che giustifichi l'applicazione delle nuove norme giuridiche»⁴, ammettendo dunque la possibilità di adottare opportuni accorgimenti, laddove vengano meno le condizioni di equilibrio, al fine di mantenere in vita il rapporto contrattuale.

Ed è proprio nel considerando 109 della direttiva 2014/24/UE che, recepiti gli orientamenti della giurisprudenza, viene riconosciuto per la prima volta che *«Le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo. In questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto»⁵*. È tra le righe della predetta disposizione che emerge la finalità manutentiva della disciplina adottata e la necessità di ricorrere a strumenti che agevolino la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici a tutela, non solo dell'interesse pubblico, ma anche dell'interesse privato. Ciò che viene valorizzato dunque, è l'esecuzione del contratto nella sua autonomia, come fine ultimo della procedura di affidamento, e non più quale fase di riflesso della stessa.

Conferma in tal senso è rappresentata, anche a livello nazionale, dalla graduale evoluzione della concezione del contratto pubblico d'appalto da mero strumento di approvvigionamento di prestazioni al servizio della comunità a «strumento a plurimo impiego»⁶, funzionale soprattutto alla realizzazione di politiche economiche, sociali e

⁴ Prima del 2014, infatti, la CGUE si è espressa più volte sulla possibilità di modificare il vincolo contrattuale cercando di delineare i contorni delle modifiche ammissibili e non (cfr. CGUE 5.10.2000, causa C-337/98, Commissione/Francia, della quale il corpo del testo ne costituisce citazione in www.curia.europa.eu; 29.04.2004, causa C-496/99, Commissione/CAS Succhi di Frutta spa in *Foro amm.*, 2004, 985; nonché 19.06.2008, causa C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH c. Austria e infine 13.04.2010, Wall C- 91/08 tutte in www.curia.europa.eu). Le conclusioni espresse dalla CGUE sono state recepite anche dalla giurisprudenza italiana cfr. TAR Veneto, Sez. III, 3.12.2013 n. 1347 in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui *«non sussiste nell'ordinamento un divieto generalizzato assoluta immutabilità del rapporto di durata che scaturisce da una procedura di evidenza pubblica, ma, a salvaguardia dei principi di concorrenza e parità di condizioni, debbono ritenersi non ammissibili solo quelle variazioni che, per importo o entità, comportino mutamenti essenziali e sostanziali alle caratteristiche del rapporto oggetto del confronto concorrenziale, avendo esclusivo riguardo agli effetti che le predette variazioni avrebbero potuto avere, se già presenti o comunque note, sulle offerte formulate dagli altri concorrenti che hanno partecipato alla gara»*. La stessa CGUE è poi tornata recentemente a esprimersi sui medesimi concetti, che saranno meglio approfonditi nel §1.2., con sentenza del 7.12.2023 cause riunite n. C-441/22 e C-443/22 in www.curia.europa.eu.

⁵ Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici del 26 febbraio 2014 in www.eur-lex.europa.eu.

⁶ *Ex multis* Cons. Stato 14.10.2022, n. 8773 e da ultimo TAR Napoli, 15.01.2024 n. 377, poi riformata da Cons. Stato, 27.05.2024, n. 4701 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui *«A partire*

ambientali. La predisposizione di strumenti manutentivi del contratto *in executivis* trova riscontro oltreconfine anche nei principi Unidroit (art. 6.2.3), nei Principles of European Contract Law (PECL - art. 6:111), nei principi elaborati dalla Commissione Lando, nella giurisprudenza nordamericana sui cc.dd. *relational contracts* e in meccanismi di rinegoziazione chiamati clausole c.d. *hardship* finalizzati a distribuire tra le parti il costo delle sopravvenienze (il termine indica infatti una rosa di circostanze che, sopravvenute alla conclusione del contratto, ne alterano l'originario equilibrio e ne rendono difficoltosa l'esecuzione)⁷. Un precedente in tal senso è rinvenibile in Germania dove, sulla scia della giurisprudenza, con la riforma nel 2002 del diritto delle obbligazioni e dei contratti, è stato introdotto il § 313 BGB 33, dedicato proprio all'adeguamento del contratto (*Vertragsanpassung*) in caso di mutamenti delle condizioni originarie e di squilibrio sopravvenuto. Il *code civil* (art. 1195) in Francia si è spinto oltre riconoscendo alla parte svantaggiata una legittimazione alla rinegoziazione tutelata, in caso di mancato accordo, dall'intervento del giudice.

Ecco allora che anche la giurisprudenza italiana, prima, e il legislatore, poi, facendo seguito all'evoluzione del contesto comunitario e riconoscendo l'esistenza del «*futuro indomabile*»⁸ delle prestazioni di durata, hanno registrato nel tempo un'inversione di tendenza rispetto alla gestione delle sopravvenienze che possono incidere sul sinallagma contrattuale e un maggiore *favor* alla modifica del contratto in corso di esecuzione⁹.

Sebbene il Legislatore italiano nella previgente disciplina (decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 e decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50, figli di una

alla sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-513/99, è acquisito il principio per cui la tutela della concorrenza nel settore dei contratti pubblici implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato offrendo prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività (secondo la logica del contratto collettività come pubblico strumento a plurimo impiego)».

⁷ Cfr. Principi Unidroit, art. 6.2.3 in www.unidroit.org in cui è attribuito alla parte svantaggiata il «*diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto*» senza ingiustificato ritardo, attribuendo al giudice il potere, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo di: «*(a) risolvere il contratto in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio*»; così anche i PECL art. 6:111, n. 2 in www.trans-lex.org in cui è previsto l'obbligo per le parti di avviare trattative allo scopo di modificare il contratto ovvero di porvi termine con poteri del giudice di condanna al risarcimento dei danni cagionati dal rifiuto di una parte di avviare le trattative o dalla loro rottura in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza.

⁸ Così TAR Milano, 18.05.2020 n. 840 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui «*la razionalità limitata dei contraenti non è da sola in grado di prevedere e controllare il futuro indomabile delle prestazioni di durata*».

⁹ Da ultimo Cons. Stato, 11.07.2023 n. 6797 in www.giustizia-amministrativa.it che evidenzia come «*la normativa nazionale e quella sovranazionale non impediscono in assoluto la modifica del contratto in sede di esecuzione in quanto l'eccessivo ingessamento del contratto avente durata pluriennale può nuocere all'interesse delle parti, sia pubblica che privata, tenuto conto che è ragionevole ipotizzare che, nel lungo periodo, possono emergere circostanze sopravvenute, non prevedibili al momento dell'indizione della gara, tali da richiedere "aggiustamenti" in corso di esecuzione per garantire la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico*».

impostazione pro-concorrenziale) non abbia espressamente normato il canone dell'equilibrio contrattuale, con ciò facendo supporre di non volergli riconoscere un'autonoma dignità, non sono mancati in realtà esperimenti normativi preordinati allo scopo, complici soprattutto la situazione pandemica Covid-19, il conflitto internazionale Russo Ucraino e da ultimo il PNRR. Si pensi ad esempio al meccanismo della revisione prezzi già previsto, con una minima apertura, dall'art. 106 del D.lgs. 50/2016 oppure allo strumento delle varianti in corso d'opera¹⁰. Meccanismi tuttavia recepiti ancora come eccezionali oltre che potenzialmente in grado di alterare la concorrenza e la natura del contratto, con un riconoscimento della titolarità della potestà di rinegoziazione solo in capo all'Amministrazione, a fronte di una mera posizione di interesse legittimo dell'aggiudicatario.

Anche nel diritto civile, come si vedrà in seguito, ammessa la risoluzione quale rimedio principale per situazioni di eccessiva onerosità sopravvenuta, è riconosciuto un margine alla rinegoziazione pattizia per contratti come l'appalto, l'affitto e la subfornitura¹¹. In realtà, a ben vedere, l'esigenza del mantenimento dell'equilibrio contrattuale, connesso alla necessità di una rinegoziazione delle condizioni, è espressione della più ampia clausola generale di buona fede intesa dalla dottrina prevalente nella sua accezione oggettiva di cui agli artt. 1175 c.c. «*comportamento secondo correttezza*» e 1375 c.c. «*esecuzione di buona fede*» (richiamata dallo stesso art. 9, comma 1)¹² e, prima ancora, del dovere di solidarietà economico-sociale di cui all'art. 2 Cost., come evidenziato dalla Corte di Cassazione nella Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020, sebbene in un contesto ancora emergenziale¹³. Principio di solidarietà che,

¹⁰ Sulla già acclarata presenza di strumenti che consentissero l'adattabilità del contenuto negoziale anche in un precedente regime di tendenziale immutabilità soggettiva e oggettiva cfr. G. D. COMPORI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: un via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir. ec.*, 2024, 26-27.

¹¹ I. RAIOLA, *Variazioni dei costi e dei prezzi in corso di esecuzione del contratto. Obbligo di inserimento delle clausole di revisione dei prezzi nei documenti di gara (art. 60 d.lgs. n. 36/2023). Profili di riparto della giurisdizione* in "I contratti di appalto", Roma, 25.10.2023, 4-5, in www.giustizia-amministrativa.it e F. LIGUORI – P. La Selva, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Riv. interdiscipl. Dir. Amm. Pubbl.*, 2023, 3, 45.

¹² Per l'applicazione dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati cfr. l'art. 1, comma 2-bis, della L. 7.08.1990 n. 241, mod. dalla L. 11.09.2020 n. 120 che, pur regolando l'attività amministrativa, espande la sua portata applicativa, con questo stilema, alla fase di esecuzione del contratto. Cfr. *ex multis* Cons. Stato Ad. Plen. Sent. 29.11.2021 n. 21 in www.eius.it che sottolinea come il procedimento amministrativo, quale sede di incontro tra interessi pubblici e privati, non può tradursi in una decisione unilaterale della p.a. ma deve aprire a un dialogo e confronto con il privato.

¹³ Corte Cass., Relazione n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, Roma, 8 luglio 2020 in www.cortedicassazione.it, 22, secondo cui «*la risposta all'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 un'ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola di buona fede, che di quel principio è il portato codicistico. La clausola generale di buona fede diviene, in questa prospettiva, garanzia di un comportamento corretto nella fase di attuazione delle previsioni*

anzitutto, concorre all'individuazione dell'equilibrio del contratto già al momento della stipula¹⁴, a seguito dell'incontro delle volontà delle parti, e che non può non trovare applicazione anche in fase di esecuzione e riequilibrio dell'appalto pubblico, in virtù dell'art. 12, comma 1, lett. b) del nuovo codice dei contratti¹⁵ che prevede, in via residuale, l'applicazione del diritto civile, pur nel rispetto delle regole di concorrenza normativamente imposte (norme primarie e *lex specialis*).

L'esigenza della conservazione dell'equilibrio contrattuale, quale declinazione della buona fede oggettiva, risulta in realtà immanente ai rapporti contrattuali (ma, si potrebbe anche affermare, in qualunque relazione giuridica¹⁶) che, per loro natura, siano esposti al tempo e a inevitabili sopravvenienze ed è finalizzata a un obiettivo di portata più ampia quale attuazione dell'altro canone fondamentale che deve permeare tutto il ciclo di vita dei contratti pubblici e, in particolare, la fase di esecuzione degli appalti pubblici, ossia il principio del risultato (art. 1) inteso come realizzazione dell'opera pubblica a disposizione della comunità¹⁷. Il principio del risultato rappresenta oggi, infatti, il principio ispiratore nelle scelte discrezionali dell'amministrazione e nel rapporto tra questa e il contraente privato, soprattutto nella fase esecutiva dove l'effettività del raggiungimento di obiettivi concreti è misurabile nei tempi, nelle modalità di esecuzione e soprattutto nella qualità della prestazione, oltre che rispetto all'astratta conformità al precetto legislativo. Tale principio risulta inscindibilmente connesso alla tutela della concorrenza, garantita per il conseguimento del miglior rapporto qualità-prezzo, alla trasparenza ma, soprattutto, al principio di fiducia (art. 2) che esalta la discrezionalità valutativa dell'amministrazione nella medesima logica di perseguimento degli obiettivi¹⁸.

contrattuali».

¹⁴ Così TAR Piemonte, sez. II, 20.02.2023, n. 180 in www.giustizia-amministrativa.it che, nell'ambito di affidamento di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, afferma che «*costituisce onere dell'amministrazione assicurarsi di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, appaia in grado di alterare tali condizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale*».

¹⁵ Cfr. anche Cass. civ. 28.08.2024 n. 23287 secondo cui la buona fede «*è il nerbo delle regole di condotta dal contenuto elastico, ontologicamente etico*».

¹⁶ Il termine «*contratto relazionale*», alla base dell'evoluzione giurisprudenziale e poi legislativa del principio di riequilibrio sinallagmatico, appartiene a A. BENEDETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, ESI, 2024, 231 ss.

¹⁷ G. L. BARRECA, *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali (art. 120 codice dei contratti pubblici)*, in *Italia Appalti*, relazione al convegno su *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, 2024, 3; così anche Cons. Stato, Sez. VII, 24.07.2023 n. 7200, con nota a sentenza di A. BASILICO in *Urbanistica e appalti*, n. 6, 2023, 751.

¹⁸ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 13.09.2024, n. 7571 con nota a sentenza di P. SCALA, *Il consiglio di stato sui principi del risultato e della fiducia nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cammino diritto*, 2025, secondo cui «*il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinati inestricabilmente, e sono funzionali a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo*». La

L'esaltazione di un risultato concreto da parte dell'azione amministrativa segna il superamento di una visione puramente formale e, parallelamente, il principio di fiducia consente un equilibrio tra le esigenze dell'amministrazione e quelle dell'appaltatore, neutralizzando rigidità che possano compromettere gli interessi di entrambe le parti, attraverso una valutazione della situazione caso per caso e la proposta di soluzioni flessibili che consentano un'esecuzione dell'appalto in modo conforme al contratto, piuttosto che la sua risoluzione. Eccessivi formalismi e rigidità rischiano infatti, in assenza di alcuni accorgimenti, di frustrare, nel corso dell'esecuzione del contratto, l'obiettivo per il quale è stata bandita la procedura di evidenza pubblica. È per tali ragioni che, come già ricordato, la giurisprudenza ha gradualmente riconosciuto la portata non assoluta del principio di immodificabilità del contratto pubblico successivamente alla sua aggiudicazione, dovendo essere comunque consentite delle deroghe nel rispetto dei principi di trasparenza e *par condicio*¹⁹. Ciò si spiega, come meglio precisato al §1.3., in quanto la fase esecutiva del contratto pur essendo per sua natura, prevalentemente soggetta a regole di matrice privatistica, è profondamente contrassegnata dalla finalità di perseguimento dell'interesse pubblico. Tale interesse trova infatti la sua piena e concreta attuazione proprio nel momento dell'esecuzione dell'opera o del servizio²⁰, nell'equilibrio delle esigenze della parte privata.

Come si avrà modo di evidenziare nei paragrafi successivi del presente elaborato, le vere novità in materia di contratti pubblici riguardano la possibilità espressa di una rinegoziazione (adesso tradotta come diritto e corrispondente obbligo per la parte non svantaggiata)²¹ e le sue concrete modalità di attuazione per il mantenimento degli interessi in gioco (v. *infra* §§I.2 e II.8). L'art. 9 del nuovo codice (insieme agli artt. 1, 2, 60 e 120 e all'art. 5 dell'allegato II.14) rappresenta dunque il naturale corollario del cambio di prospettiva adottato dalla direttiva comunitaria del 2014 e, a partire dal 2023, anche dal Legislatore italiano. È espressione, altresì, di un'esigenza sovranazionale e

pronuncia, nell'annullare la revoca di un provvedimento di aggiudicazione nella parte in cui non consentiva la rinegoziazione, è espressione di una maggiore attenzione ai risultati tangibili dell'azione amministrativa, a dispetto di una visione più formale e rigida dell'esecuzione dei contratti pubblici. Nel pretendere la realizzazione del risultato, l'amministrazione deve tuttavia ispirarsi al principio di fiducia nei confronti dell'appaltatore, valutando se le esigenze da questo rappresentate in corso d'opera possano essere soddisfatte attraverso una rinegoziazione contrattuale o, in *extrema ratio*, tali da giustificare la risoluzione del contratto. Nello stesso senso TAR Campania, 06.05.2024, n. 2959 e Cons. Stato, Sez. V, 27.02.2024, n. 1924 entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹Cfr. TAR Abruzzo, Sez. I, 24.07.2024, n. 345 che ha ritenuto il ricorso alla fattispecie di modifica di cui all'articolo 120, commi 1, lettera b), e 2, del d.lgs. n. 36/2023 (di cui ai successivi paragrafi) «*in luogo della scelta di indire una nuova procedura per l'affidamento delle medesime forniture, coerente con il principio del risultato di cui all'articolo*» in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ Così Cons. Stato, Ad. Plen., 2.04.2020, n. 2, par. 12, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ G. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici* in Urbanistica e appalti, n. 5, 1 settembre 2023, 561.

nazionale di flessibilità e adattabilità delle condizioni contrattuali, già avvertita dalla giurisprudenza²². Tale esigenza è adesso finalmente esplicitata (*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*), a conferma della sua intangibilità, tra i canoni fondamentali in materia di appalti pubblici per la tutela dei particolari interessi in gioco²³ nei limiti che governano la materia²⁴. In questo modo, sulla scorta dei modelli di rinegoziazione nei contratti di commercio, è stata sottolineata, da un lato, l'inadeguatezza del previgente impianto normativo a fronte di sopravvenienze in grado di alterare l'equilibrio originario sotteso al rapporto contrattuale di durata; dall'altro lato sono state valorizzate le possibilità di modifica ed è stata riconosciuta una maggiore attenzione alla manutenzione del vincolo contrattuale²⁵. Le parti pertanto, nell'esecuzione delle loro prestazioni, potranno far valere, in via immediata, il diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali nel caso di equilibrio contrattuale compromesso e, in via mediata, l'esigenza di mantenere in vita il contratto e conseguire la migliore realizzazione dell'opera o servizio.

L'immanenza del principio di conservazione del principio contrattuale nel sistema degli appalti pubblici può essere testimoniata altresì dalla recente applicazione, in via interpretativa, di cui alla Relazione monotematica di giurisprudenza dell'Ufficio del Massimario di Giustizia Amministrativa, anche in relazione a fattispecie regolate *ratione temporis* dal d.lgs. n. 50 del 2016. La casistica ivi riportata prevede, infatti, la risoluzione di controversie in fase di esecuzione attraverso un'interpretazione coerente con la disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 36 del 2023 confermando la possibilità di invocare il ripristino dell'equilibrio contrattuale a favore della parte svantaggiata, in ottica manutentiva, in tutte quelle ipotesi in cui non sia altrimenti

²² Pur a fronte di un'iniziale negazione delle possibilità di modifica delle clausole contrattuali, come in Cons. Stato, Sez. V, 13.11.2002, n. 6281, nota di R. DAMONTE, *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali* in *Urbanistica e appalti*, 2003, 5, 579-580. Un primo cambio di rotta è stato registrato soltanto a partire dalle influenze della direttiva comunitaria 2014/24/UE, come già evidenziato.

²³ Così V. PAGLIARULO, *Gli strumenti dell'equilibrio contrattuale: adeguamento del corrispettivo e rinegoziazione*, in *il diritto amministrativo*, www.dirittoamministrativo.it. Come sottolinea S. P. PERRINO, *La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici* in *Luiss Law Review*, 2024, 350 il principio di cui all'art. 9, come gli altri principi del titolo I, «non sono una novità per i contenuti, trattandosi di valori e canoni dell'ordinamento giuridico complessivamente inteso. Eppure, essi rilevano per la tecnica adoperata: non compaiono nel testo dei codici precedenti, ma vengono introdotti per costruire un sistema normativo autonomo, che dialoga con l'interprete. Le singole e specifiche disposizioni rischiano di determinare la frammentarietà, mentre i principi fungono da elementi di raccordo, integrando lo strumento che consente una migliore comprensione delle previsioni puntuali, perchè valori immanenti del sistema».

²⁴ Sul punto si veda meglio §II.2.

²⁵ Cfr. G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2023, sul collegamento tra diritto alla rinegoziazione e principio di buon andamento della pubblica amministrazione, nell'eventualità che la fattispecie concreta non trovi una puntuale disciplina.

possibile con gli strumenti già codificati, allargando anche le maglie del criterio temporale «*tempus regit actum*»²⁶.

A conclusione di quanto appena esposto può pertanto affermarsi, a parere di chi scrive, che il compromesso individuato dal Legislatore nazionale per far fronte alla inevitabile mutevolezza del contesto *post* stipula del contratto pubblico d'appalto sia la rinegoziazione, massima espressione del rimedio conservativo, senza la quale gli interessi su cui si fonda la stipula del contratto e il risultato atteso ne risulterebbero frustrati, soprattutto negli appalti di lavori²⁷. E se la rinegoziazione è il diritto ricavato dal principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, la buona fede ne rappresenta il criterio di ripristino.

Oltre a prevedere un autonomo riconoscimento del principio, sulla scia delle esperienze internazionali, la soluzione adottata dal Legislatore del 2023 individua già da subito alcuni possibili strumenti manutentivi che ne costituiscono esempi di attuazione (non tassativi a parere di chi scrive), ossia la revisione prezzi e le ipotesi di modifica al contratto²⁸. Resta tuttavia da approfondire in materia di appalti pubblici, *species* di lavori, in che misura questo principio, che assurge adesso a regola, possa tradursi in un precetto applicabile e operativo da parte, *in primis*, delle Amministrazioni, cui spetta il compito di colmare e definire i contenuti delle clausole contrattuali: il riferimento è, ad esempio, alle locuzioni «*parte svantaggiata*», «*circostanze straordinarie imprevedibili*» di cui al comma 1, nonché agli strumenti di attuazione.

²⁶ Tra le pronunce richiamate dalla Relazione monotematica di giurisprudenza dell'Ufficio del Massimario di Giustizia Amministrativa del 28.10.2024, (a cura di) D. CAMINITI, in www.giustizia-amministrativa.it/rassegne-monotematiche-ufficio-massimario, 26-27, TAR Campania, Sez. I, 13.06.2024 n. 3735 (si veda *infra* §II.6.2) circa la possibilità di rinegoziare un contratto e ripristinarne l'equilibrio a seguito di sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; TAR Sicilia, Sez. I, 16.07.2024 n. 2251 circa l'applicazione degli artt. 9, quinto comma, e 120, terzo comma, d.lgs. n. 36 del 2023 in combinato disposto per la fruizione di un rapporto negoziale già instaurato con lo stesso operatore economico finalizzato al perfezionamento della medesima prestazione già iniziata.

²⁷ Sebbene, come correttamente evidenziato da V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, fascicolo 3, 2024, 8, la rinegoziazione come strumento di conservazione del contratto, non trova residenza né nella direttiva europea, né nella L. 21.06.2022, n. 78 di emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici che si limita all'introduzione di un regime obbligatorio di revisione prezzi e a una ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, ponendo qualche dubbio sulla sua legittimità e su un possibile contrasto per eccesso di delega, salvo poi riconoscere l'istituto quale applicazione del principio del risultato nella fase di esecuzione dei più generali canoni di correttezza e buona fede.

²⁸ Tra gli strumenti di ripristino dell'equilibrio contrattuale può essere altresì ricondotto, per esempio, l'istituto delle riserve, anch'esso di natura privatistica ma caratterizzato da influenze pubblicistiche.

I.2. L'art. 9 del D.lgs. 36/2023: il portato della direttiva 2014/24/UE e la chiave di lettura per la gestione delle sopravvenienze e la rinegoziazione.

Il merito della disposizione in oggetto, alla luce di quanto descritto nel §I.1., consiste dunque nell'aver valorizzato per iscritto la consapevolezza - promanante dal legislatore comunitario e dovuta anche agli eccezionali eventi bellici e pandemici vissuti - che i rapporti di durata siano per definizione soggetti alla prova del tempo ed esposti a sopravvenienze *giuridicamente rilevanti*, successive al perfezionamento dell'accordo che possono incidere, in modo più o meno imprevedibile, sul sinallagma contrattuale, modificando assetti economici-giuridici originariamente pattuiti in pregiudizio di almeno uno dei contraenti (sopravvenienze c.d. perturbative)²⁹.

Prima di passare all'analisi dell'art. 9, ispirato alla clausole *hardship* di regolazione delle relazioni commerciali per sopperire all'assenza di un rimedio manutentivo, occorre preliminarmente soffermarsi su cosa si intenda per «*equilibrio contrattuale*», tenuto conto che il suo ripristino rappresenta la finalità della rinegoziazione³⁰ e che specifici sono gli interessi coinvolti in un contratto d'appalto pubblico.

Se è vero infatti che ciascun contratto a prestazioni corrispettive – come ad esempio il contratto d'appalto – sia contraddistinto da un sinallagma contrattuale, non necessariamente lo stesso implica un equilibrio contrattuale. Invero, sarebbe più corretto discernere di «*sinallagma funzionale*» in quanto il contratto ottempera a una funzione di scambio tra le prestazioni (come insieme di diritti e obblighi) reciprocamente connesse, tali per cui il vizio o difetto dell'una incidono inevitabilmente sulla soddisfazione dell'altra³¹. Perché la controprestazione sia soddisfacente per entrambe le parti potrebbe tuttavia essere necessario un *addendum* contrattuale in corso d'opera.

Ecco allora che l'equilibrio del contratto può assumere una connotazione normativo-giuridica, inteso come bilanciamento dei diritti e delle obbligazioni a carico

²⁹ Tra i lavori che affrontano la problematica si segnala S. FANTINI, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urbanistica e appalti* 5, 2020, 641; B. MARCHETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023.

³⁰ Art. 9, comma 2, D.lgs. n. 36/2023: «*Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica*».

³¹ Come precisato nella relazione tematica della Corte di Cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020, *cit.* 1-2, quando afferma che «*Lo shock economico da pandemia mette sul tavolo due problematiche interconnesse: quella della gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali; quella dei correlati rimedi di natura legale e convenzionale. Le problematiche attengono alla fase esecutiva di tutti i contratti sinallagmatici, che in quanto tali ottemperano ad una funzione di scambio nel cui quadro una prestazione è in funzione dell'altra ed il vizio o difetto che colpisce la prima incide sulla seconda. Il legame fra le due prestazioni – il c.d. sinallagma – è essenziale poichè qualora una delle prestazioni venga a mancare, l'altra diviene sproporzionata vanificando il senso dell'operazione programmata*».

delle parti; oppure una connotazione più economica, con riferimento al valore specifico delle prestazioni oggetto di scambio. Può riferirsi tanto agli elementi oggettivi del contratto di cui appena detto, quanto alle parti contrattuali per le quali si è soliti individuare un contraente “forte” e uno “debole”, laddove sia presente una disparità contrattuale tra le stesse.

Laddove, alla comparsa di sopravvenienze, ossia di avvenimenti straordinari e imprevedibili, una delle prestazioni non possa più essere eseguita (in modo assoluto o diversamente da quanto originariamente convenuto) oppure sia diventata più onerosa in quanto impegna una parte *ultra vires* o ancora le impedisce di trarre dal rapporto le utilità originariamente previste, è sicuramente alterato il punto di equilibrio fra i contraenti. Ciò vale a maggior ragione per i contratti di durata, nei quali le prestazioni corrispettive sono contraddistinte dalla scissione diacronica tra atto negoziale e attuazione concreta del regolamento degli interessi e pertanto più esposte alle variazioni del mercato.

Da quanto sinora detto, emerge comprensibilmente come l'equilibrio tra le prestazioni del contratto pubblico d'appalto sia individuato, a parere di chi scrive, soprattutto attraverso criteri normativi considerato altresì che il limite intrinseco della «*non alterazione sostanziale*» di cui all'art. 9, comma 2 (si veda §II.2.), sembra riferirsi a elementi di carattere qualitativo, a differenza dell'istituto della revisione prezzi che opera invece da un punto di vista squisitamente quantitativo, incidendo sul corrispettivo a prescindere da valutazioni di tipo discrezionale.

La specialità della materia in oggetto³², dovuta alla presenza del committente pubblico, si traduce in un assetto di interessi solo in parte coincidenti³³, in quanto il raggiungimento del risultato da parte dell'amministrazione (*id est* la realizzazione a regola d'arte dell'opera pubblica destinata alla fruizione da parte della comunità nei tempi previsti, con più o meno modifiche nel corso dell'esecuzione) rappresenta un beneficio anche per la controparte privata chiaramente interessata alla conservazione del rapporto contrattuale a fronte dell'investimento già effettuato per l'inizio della prestazione. Al tempo stesso, un' eventuale difficoltà dell'esecutore potrebbe compromettere inevitabilmente il perseguimento del bene pubblico.

Ciascuna parte è tuttavia portatrice anche di esigenze diverse e contrapposte. Nel caso del committente pubblico si stagliano sullo sfondo i principi comunitari quali la

³² Di cui si dirà al successivo §I.3.

³³ Così R.A. CAPPONI, *Rinegoziazione, modifiche contrattuali e revisione prezzi*, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Chieppa, M. Santise, H. Simonetti, R. Tuccillo, La Tribuna, 2023, 355.

parità di trattamento dei partecipanti alle gare pubbliche d'appalto, l'obbligo di trasparenza, il contenimento della spesa pubblica e, da ultimo, la tutela della concorrenza, che può essere sacrificata se all'esito dell'attenta ponderazione degli interessi un' eventuale modifica rientri tra le ipotesi normative di deroga alle procedure concorsuali.³⁴

D'altro canto, la parte privata, solitamente un'impresa, è mossa da interessi di lucro che convergono con altri interessi come la stabilità economica, sociale, occupazionale, la cui tutela risulta essere comunque fondamentale dal momento che il sistema delle imprese alimenta il circuito di contratti pubblici e l'economia del mercato. E' in ragione di tale assetto di interessi che il contratto potrà dirsi equilibrato ovvero squilibrato³⁵.

Tanto premesso e venendo ora all'analisi dell'art. 9, la disposizione si compone di cinque commi, il primo dei quali descrive in maniera apparentemente dettagliata i presupposti che legittimano l'esercizio del diritto alla rinegoziazione delle clausole contrattuali³⁶. La rinegoziazione è riconosciuta infatti, in presenza, innanzitutto di *«circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato»*.

La disposizione ricalca il comma 3 dell'art. 1467 del codice civile che disciplina la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti di durata. Dalla lettura di questo inciso è percepibile come il Legislatore, sulla scorta di quanto affermato dalla Cassazione nella relazione tematica già citata, abbia acquisito la consapevolezza che eventi di tale portata non siano più così eccezionali e che debbano essere invece disciplinati per evitare il possibile scioglimento del contratto. La straordinarietà è un presupposto oggettivo, suscettibile di misurazione attraverso parametri statistici come

³⁴ Sul punto cfr. R. J. FLACCO, *La rinegoziazione in fase di esecuzione delle clausole contrattuali nei contratti ad evidenza pubblica: tra funzione proconcorrenziale della disciplina e natura paritetica del rapporto. Il caso della transazione extragiudiziarie delle controversie*, Italia appalti, www.italiappalti.it, 2017; G. F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, cit, 4.

³⁵ Tale ragionamento trova conforto a seguito del definitivo superamento della tradizionale impostazione ispirata al principio *«pacta sunt servanda»* - secondo cui non possono nemmeno palesarsi sopravvenienze atipiche, per le quali non è stato previsto un rimedio legale e nemmeno pattizio, tali da inficiare gli effetti del contratto - e dell' accoglimento della teoria della *«causa in concreto»* del contratto, secondo la quale, la funzione del negozio bilaterale è individuata avendo a riferimento l'assetto di interessi concreti che le parti intendano conseguire. Laddove le sopravvenienze facciano venire meno il fondamento di stipula del contratto originario l'applicazione dei rimedi caducatori si rivelano del tutto inutili ed inefficaci. Così F. GREGORACE, *L'equilibrio contrattuale, il sindacato del giudice e i rimedi in caso di squilibrio originario o sopravvenuto*, in *Rivista cammino diritto*, Fasc. 5, 2024, www.rivista.camminodiritto.it.

³⁶ Si riporta, per comodità di lettura, il primo comma della disposizione: *«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»*.

frequenza, dimensione e intensità; l'imprevedibilità invece attiene a un requisito soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza e della diligenza tecnica richiesta nel caso concreto tale per cui, al momento della conclusione del contratto, l'evento non risultava prevedibile, in particolare, dal progettista, dalla stazione appaltante o ancora dall'impresa³⁷.

Occorre rilevare che il secondo requisito può tuttavia essere modulato dalle parti al momento della formazione dell'accordo, prevedendo per iscritto il possibile verificarsi di alcune sopravvenienze e le loro ripercussioni; al tempo stesso incide altresì la sussumibilità, da parte della pubblica amministrazione, del caso concreto nella fattispecie astratta. Tale attività, a prima vista vincolata, assume invece i connotati di una valutazione di opportunità e ragionevolezza, dipendendo dalla pubblica amministrazione stessa sia la conservazione del contratto, senza un sacrificio per la parte svantaggiata, che il perseguimento dell'interesse pubblico³⁸.

Ancora è ben possibile che la modulazione degli effetti della sopravvenienza, benchè oggettivamente straordinaria ed imprevedibile, risulti dirompente per alcune tipologie di appalto ed al contempo sostanzialmente sterile rispetto ad altre³⁹.

Se questi sono i caratteri generali delle sopravvenienze contrattuali qui giuridicamente rilevanti resta da chiedersi se sia possibile tipizzare, anche in maniera non esaustiva, alcune di queste nell'esecuzione dell'appalto pubblico, tali da determinare uno squilibrio contrattuale così rilevante. Non volendo in alcun modo circoscrivere tassativamente simili eventi, attesa la non prevedibilità delle circostanze in questione ma, piuttosto, lasciando la definizione generale come ipotesi di chiusura, si ritiene che l'elenco fornito dalle linee guida ANAC n. 9 approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018 possa costituire un buon punto di partenza⁴⁰. Per

³⁷ Così Cass. civ. Sez. II, 23.02.2001 n. 2661 e Cass. civ., 19.10.2006 n. 22936 in www.italggiure.giustizia.it.

³⁸ G. F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, cit., 563-564.

³⁹ Come osserva V. PAGLIARULO, *Gli strumenti dell'equilibrio contrattuale: adeguamento del corrispettivo e rinegoziazione*, cit. i contratti ad alta intensità di manodopera, ad esempio, saranno più vulnerabili rispetto ad accadimenti che incidano sulla voce di costo riferita al personale, mentre le commesse connotate da elevata incidenza delle forniture risentiranno di eventi sperequativi in termini di incremento dei prezzi delle materie prime.

⁴⁰ All'articolo 2.9., le citate linee guida si riferiscono a: «a) scioperi o manifestazioni di protesta, fatta eccezione per quelli che riguardano l'affidatario di lavori o servizi oggetto del contratto di PPP; b) guerre o atti di ostilità, comprese azioni terroristiche, sabotaggi, atti vandalici e sommosse, insurrezioni e altre agitazioni civili; c) esplosioni, radiazioni e contaminazioni chimiche; d) fenomeni naturali avversi di particolare gravità ed eccezionalità, comprese esondazioni, fulmini, terremoti, siccità, accumuli di neve o ghiaccio, riconosciuti come disastri o catastrofi dall'Autorità competente; e) epidemie e contagi; f) indisponibilità eccezionale di alimentazione elettrica, gas o acqua per cause non imputabili all'amministrazione, all'operatore economico o a terzi affidatari di lavori o servizi oggetto del contratto; g) impossibilità eccezionale, imprevista e imprevedibile, per fatto del terzo, di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento». Pur se riferito ai contratti di partenariato pubblico

completezza, seppur di applicazione più circoscritta, si riporta anche l'interpretazione autentica dell'inciso «*circostanze imprevedibili*» di cui all'art. 7 comma 2-ter del D.L. n. 36/2022 “PNRR-bis” convertito in legge 29 giugno 2022 n. 79 per la revisione prezzi, secondo cui «*sono tali per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore tutte le circostanze impreviste e imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera*».

Come sopra anticipato, il comma 1, individua i presupposti solo apparentemente in maniera precisa: la disposizione infatti, inserita nel nuovo titolo I tra i principi espressi che governano la materia, ne rispecchia esattamente la struttura di canone interpretativo che rischia tuttavia di rimanere inapplicata laddove non sia riempita di contenuto e trasformata in precetto operativo dall'amministrazione. Ciò è confermato dal prosieguo del comma quando specifica che non tutte le circostanze sopravvenute rilevano per una possibile rinegoziazione, ma soltanto quelle che esulano dall'autonomia contrattuale delle parti in quanto «*estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto*».

La normale alea non viene in questo caso definita attraverso una soglia minima, come accade invece per la revisione prezzi di cui all'art. 60, e pertanto la stessa dovrebbe essere riferita al livello ineliminabile di rischio economico – insito nei contratti commutativi – che ciascuna delle parti accetta nel momento in cui si vincola al rapporto contrattuale, considerato che nel contratto d'appalto, anche pubblico, la parte «*assume il compimento di una prestazione, con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio*»⁴¹. La straordinarietà dell'alea pertanto, visto il ruolo della pubblica amministrazione nell'attuazione della disposizione, dovrebbe essere valutata caso per caso - tenuto conto anche dell'oggetto contrattuale - e circostanziata attraverso apposita relazione del RUP con riferimento all'alterazione dirompente dell'equilibrio tra prestazioni.

privato, quanto descritto è sicuramente applicabile anche per gli appalti pubblici di lavori. Denominatore comune degli stessi, sono la straordinarietà e lo stravolgimento dell'operazione sottesa al rapporto contrattuale. Cfr. anche delibera ANAC 11.05.2022 n. 227 che riconduce anche il Covid-19.

⁴¹ Da questo punto di vista l'art. 9 riprende quanto affermato da Cons. Stato, Sez. V, 29.12.2022, n. 11635 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui «*Gli istituti volti al riequilibrio del sinallagma contrattuale non assumono affatto come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa, connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi, dovendosi fare riferimento non già ad aumenti di costi di fattori della produzione prevedibili – anche dal punto di vista della loro consistenza valoriale – nell'ambito del normale andamento dei mercati relativi, bensì al fatto di aver fornito la prova “rigorosa”, non circa il maggior costo sostenuto rispetto a quello ipotizzato in sede di offerta, ma in merito alla sussistenza di eventuali circostanze imprevedibili che abbiano determinato aumenti o diminuzioni nei costi*».

Anche l'estraneità all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, richiamando concetti meta giuridici che più si attagliano all'istituto della concessione e al ruolo del rischio operativo, rappresentano definizioni indeterminate che devono tradursi in una valutazione puntuale, da parte dell'amministrazione in prima battuta, ed eventualmente del giudice in seconda battuta, circa la sproporzione tra le rispettive prestazioni stabilite nel contratto, secondo un comune canone di apprezzamento. La straordinarietà della fluttuazione economica dovrebbe comunque escludere e, al tempo stesso delimitare rispetto alla rinegoziazione, la portata applicativa dell'istituto della revisione prezzi che rappresenta lo strumento correttivo in ipotesi ordinarie di oscillazione dei prezzi di mercato.

Solo in presenza di queste circostanze, così come sopra descritte e restrittivamente interpretate tali da generare uno «*shock* esogeno imprevedibile⁴²», l'art. 9, in assenza di apposite previsioni inserite nella *lex specialis*, riconosce per la prima volta in tutto l'ordinamento giuridico, alla parte che risulti svantaggiata dalle stesse e «*che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio*», un vero e proprio diritto alla rinegoziazione, con il relativo onere di fornire elementi a comprova.

Questa è la novità più importante della disposizione in esame che non soltanto costituisce precipitato pratico del cambio di prospettiva adottato, già dal 2014, dal legislatore comunitario, sdoganando una volta per tutte quel principio di «immodificabilità del contratto», ma va ben oltre.

La rinegoziazione secondo buona fede assurge a strumento principe per la revisione dell'assetto contrattuale in quanto non è infatti l'offerta ad essere intangibile, bensì l'equilibrio contrattuale così fotografato dalla gara e al cui ripristino è preordinata la rinegoziazione stessa. Rinegoziare infatti significa intervenire, anche attraverso le ipotesi di modifica di cui all'art. 120, direttamente sugli elementi del rapporto contrattuale contenuti nel capitolato, nell'offerta economica ed eventualmente tecnica (e non solo sul corrispettivo come accade con il meccanismo automatico della revisione prezzi) i quali, nel loro insieme, definiscono l'equilibrio delle prestazioni.

L'art. 9, inoltre, qualifica la situazione giuridica in capo alla parte svantaggiata come diritto soggettivo e non come interesse legittimo, con tutte le conseguenze che ne

⁴² Tale conclusione è avallata dalla stessa relazione di accompagnamento al nuovo codice, che per l'art. 9, ha inteso puntualizzare espressamente che «*La disposizione specifica, quindi, quali sono le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, precisando che, oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere estranee anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile*». Per un ampio riconoscimento alla legittimità della rinegoziazione e ripristino dell'equilibrio contrattuale, si veda A. PRADELLA, *Diritto alla rinegoziazione: revisione dei prezzi e modifiche dei contratti*, 2023, in www.giustizia-amministrativa.it.

derivano in termini di tutela giurisdizionale⁴³. Tale qualificazione sembrerebbe coerente da un lato con la collocazione temporale della situazione giuridica a valle della procedura di evidenza pubblica; dall'altro con la *ratio* del codice e dell'art. 9 che, nonostante la specialità del committente pubblico, sembrerebbe riportare i contraenti, in fase di esecuzione, a un livello di parità⁴⁴, attraverso una ripartizione del costo della sopravvenienza nell'ottica della collaborazione e del ripristino dell'equilibrio contrattuale. In questo modo, al diritto di una parte, fa da contraltare necessariamente una situazione di obbligo di avvio delle trattative di rinegoziazione⁴⁵.

Se ciò è espressamente previsto dal Legislatore, si potrebbe obiettare che è possibile parlare correttamente di diritto solo nella misura in cui, tra la pretesa di rinegoziazione e la sua concreta realizzazione, vi sia comunque quello sforzo discrezionale dell'amministrazione di completamento dei precetti legislativi circa le possibili sopravvenienze perturbative che possano legittimare la rinegoziazione e la soluzione perequativa più conforme agli interessi (anche pubblici). Ciò dovrebbe valere a maggior ragione con riguardo alle varie ipotesi di modifica del contratto, diverse dalla revisione prezzi, disciplinate dall'art. 120 che potrebbero generare criticità e diverse soluzioni interpretative.

E' opportuno ancora evidenziare che, con il termine «*parte svantaggiata*», il legislatore non ha voluto evidentemente circoscrivere la portata della norma soltanto all'operatore economico (sebbene sia la parte naturalmente più esposta) ma, sembrerebbe, anche alla stazione appaltante⁴⁶ che stipulando il contratto pubblico d'appalto e investendo le risorse della collettività o di altro finanziatore, può rischiare, a fronte di eventi eccezionali, di non vedere realizzata l'opera pubblica a discapito della collettività stessa⁴⁷ e delle risorse spese. Inoltre «*la parte non deve aver volontariamente assunto il rischio*»: a tal fine, almeno per quanto riguarda l'operatore economico,

⁴³ Si veda infra §III.1.

⁴⁴ Sebbene solo «*tendenziale*», come si avrà modo di osservare al successivo §I.3.

⁴⁵ Attraverso la procedura che sarà meglio esaminata al §II.8.

⁴⁶ Tant'è che i primi commi dell'art. 120, che costituiscono ipotesi di rinegoziabilità, sono previsti soprattutto nell'interesse della pubblica amministrazione.

⁴⁷ Cfr. A. BIANCHI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. CARTEI E D. IARIA, Editoriale Scientifica, 2023, 105-106 che soffermandosi sulla definizione di «*parte svantaggiata*» sottolinea che secondo l'interpretazione letterale possano essere tali entrambe le parti e non solo l'esecutore. A niente dovrebbe valere, secondo l'autore, la lacuna dell'art. 9, comma 2, che nell'indicare la provvista per il soddisfacimento dell'equilibrio rinegoziato la riconosce soltanto a favore dell'esecutore, trattandosi di lacuna che ben potrebbe essere colmata dalle clausole di rinegoziazione ed essendo comunque l'indicazione operativa riferita soltanto al caso in cui sia l'esecutore ad essere svantaggiato senza che da ciò si possa trarre l'indicazione di principio che solo costui possa esserlo. In precedenza Cass. civ., Sez. I, ord. 26 gennaio 2018, n. 2047, in www.itagliure.giustizia.it nel caso di aggravio della prestazione del committente ha ritenuto applicabile l'azione di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta all'art. 1467 c.c.

l'indagine dovrà verosimilmente focalizzarsi sull'offerta presentata in sede di gara per valutare se lo stesso abbia tenuto conto di possibili variabili e abbia ben ponderato la sua proposta economica, a maggior ragione laddove abbia presentato una proposta migliorativa. Eventuali clausole, previste *ex ante* nella documentazione di gara, di rinuncia alla rinegoziazione dovrebbero pertanto considerarsi nulle e passibili di impugnazione per violazione della clausola di buona fede, pena uno svuotamento di contenuto del principio di cui all'art. 9⁴⁸.

La rinegoziazione, finalizzata in primo luogo al ripristino dell'originario equilibrio del contratto risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione⁴⁹, e di conseguenza al risultato atteso, deve tuttavia pur sempre esser bilanciata con la tutela della concorrenza. Il limite rispecchia quanto indicato dall'art. 120, commi 1 e 6, che saranno oggetto di più approfondita disamina nel capitolo II e che hanno recepito le indicazioni giurisprudenziali⁵⁰. In questa sede si può anticipare che l'art. 9, comma 2, ammette infatti la possibilità di rinegoziazione purché la stessa, nella gestione delle sopravvenienze, non trasmodi in un'alterazione della sostanza economica del contratto e quindi in modifiche degli elementi essenziali, pena il rischio di un possibile contenzioso da parte degli altri partecipanti alla gara con richiesta di risarcimento di danni sofferti e possibile responsabilità erariale⁵¹.

L'altro limite all'esercizio del diritto è di natura finanziaria ed è sempre previsto dal comma 1 in quanto *«gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta»*⁵², diversamente dalla legge delega (Legge del 21.6.2022, n. 78, art. 1,

⁴⁸Si veda S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, 2023, in Federalismi.it.

⁴⁹ A tal fine, come osserva il Consigliere A. PRADELLA, *Diritto alla rinegoziazione: revisione dei prezzi e modifiche dei contratti*, cit., potrebbe essere opportuno richiedere ai concorrenti l'indicazione dell'utile atteso in sede di offerta. Il principio codificato infatti non può tradursi in un incremento dell'utile d'impresa, ma solo ripristinare l'equilibrio iniziale del sinallagma contrattuale.

⁵⁰*Ex multis*, con riferimento all'art. 9, si cita Cons. Stato, 19.06.2023 n. 5989, www.giustizia-amministrativa.it: *«Anche il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. del 31 marzo 2023 n. 36, che pure all'art. 9 introduce innovativamente il principio di conservazione dell'equilibrio negoziale e il dovere rinegoziazione ex fide bona di rinegoziazione del contratto, fissa al comma due il relativo limite costituito dalla mancata alterazione della sostanza economica del contratto, nonché ai commi 5 e 6 dell'art. 120, la necessità che le modifiche al contratto non siano sostanziali ovvero non incidano [omissis] sulla struttura dell'operazione economica sottesa al contratto»*.

⁵¹Si veda più dettagliatamente §II.2. Vedasi anche B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica* commento a Cons. di Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6261, in Giorn. Dir. Amm., 2003, 503.

⁵² Il Consiglio di Stato, nella Relazione al Codice dei contratti pubblici, cit., 24, ammonisce le pubbliche amministrazioni circa l'utilizzo delle economie da ribasso d'asta, precisando che le stesse *«non possano considerarsi definitivamente acquisite fino al collaudo dell'intervento o al certificato di regolare esecuzione»*; se così non fosse, l'amministrazione, nell'impegnare ulteriori somme finalizzate alla

comma 2, lett. g) che sembrerebbe consentire «*eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante*» da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa e del principio primo del risultato. La voce «imprevisti», dovrebbe includere somme accantonate per coprire eventuali spese imponderabili che possano sorgere durante l'esecuzione dell'intervento come ad esempio maggiori oneri derivanti dalla revisione dei prezzi, il premio di accelerazione, o circostanze imprevedibili che possono minare l'equilibrio del contratto; diversamente la voce «accantonamenti» dovrebbe coprire spese previste o impreviste, ma di difficile quantificazione (come ad esempio modifiche al progetto con sostituzione di materiali o rilievi ed accertamenti per la verifica della qualità di materiale e lavori).

Laddove le risorse non dovessero essere sufficienti o si rivelasero inadeguate, il comma 5 dell'art. 9, riconoscendo espressamente la revisione prezzi e le modifiche quali strumenti di attuazione del principio di conservazione contrattuale, consente il ricorso all'art. 120, nei termini già sopra descritti, intervenendo direttamente su altri elementi del contratto.

Il terzo comma prevede, sulla falsariga dell'art. 1467, comma 3, c.c., la possibilità per la parte svantaggiata di chiedere la riduzione del corrispettivo, laddove la prestazione sia divenuta in parte inutile a fronte delle sopravvenute circostanze; nel contesto in cui si inserisce, la disposizione dimostra ancora una volta la preferenza del Legislatore accordata a un rimedio manutentivo piuttosto che caducatorio, più rispondente all'interesse delle parti.

Per completare la disamina, il comma 4 dell'art. 9 prevede che le stazioni appaltanti «*favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione*» per contratti di durata esposti per natura a sopravvenienze: in quanto portatrice di un interesse pubblico, parzialmente coincidente anche con le esigenze della parte privata, è l'amministrazione stessa che deve favorire la previsione di clausole in tal senso (soccorrendo in seconda battuta il procedimento di cui all'art. 120, comma 8), affinché l'esecuzione del contratto avvenga nel migliore dei modi possibili.

Anche in questo caso il Legislatore, limitandosi al riconoscimento di un *favor* senza spingersi alla previsione di un obbligo per clausole di negoziazione *ex ante*, sembra sempre immaginare un modello di pubblica amministrazione molto qualificato in grado

rinegoziazione, potrebbe esporsi al rischio di non avere risorse disponibili per completare l'intervento laddove per esempio non fosse completato o fosse viziato, con conseguenze non indifferenti sul bilancio pubblico come la mancata esecuzione del contratto e la perdita dei fondi già spesi. Anche in questo caso l'amministrazione dovrà valutare, con riferimento allo stato di avanzamento dell'opera, l'utilizzo delle somme indicate, specialmente dopo la precisazione suddetta.

di attuare l'istituto attraverso una disciplina concreta. Sul punto non pare essere d'aiuto la previsione di cui al Bando tipo n. 1/2023 dell'ANAC⁵³ che si limita a riprodurre pedissequamente la previsione codicistica. Anche l'ANAC dunque, sulla scorta di quella che è poi l'intenzione del Legislatore, demanda, a sua volta, alla singola amministrazione di riempire di contenuto questa clausola di rinegoziazione. In assenza di esempi espressi è lecito supporre che le parti possano individuare sin da subito strumenti specifici di gestione delle sopravvenienze tipiche e atipiche, per esempio, attraverso modifiche già previste ai sensi dell'art. 120, comma 1, lett. a) nel capitolato speciale d'appalto (comunque conoscibile al momento della stipula del contratto); oppure, al fine di evitare un ingessamento del rapporto attraverso una clausola che si presti ad applicazioni vincolate, sarebbe opportuno inserire *ex ante* clausole elastiche sulla falsa riga delle c.d. *hardship*, individuando strumenti di adeguamento e presupposti per l'esercizio dello *ius variandi* o del diritto alla rinegoziazione che consentano comunque un margine di contraddittorio alle parti nell'avvio di trattative di ripristino dell'equilibrio contrattuale (non garantito laddove la trattativa fallisca)⁵⁴.

L'attuazione del principio del risultato, fine ultimo anche di suddette clausole di rinegoziazione, si traduce dunque in una specifica funzione dell'amministrazione che, nel disciplinare le clausole contrattuali, dovrebbe contribuire alla definizione della regola del caso concreto individuando da subito i presupposti per l'attuazione del diritto di rinegoziazione.

⁵³Bando tipo ANAC n. 1/2023: «Ai sensi dell'art. 9 del Codice, la stazione appaltante può prevedere clausole di rinegoziazione specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze».

⁵⁴ Si veda più approfonditamente A. ALBANESE, *Appalto e sopravvenienza contrattuale contract and supervening onerousness or difficulty*, in Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, 175 e ss.

I.3. Esecuzione e rinegoziazione tra diritto pubblico e diritto privato

Se è vero, come già anticipato, che nel diritto civile non esiste un espresso riconoscimento del diritto alla rinegoziazione per il ripristino dell'equilibrio contrattuale⁵⁵, è altresì corretto affermare che anche i rapporti tra privati sono stati messi a dura prova dagli eventi pandemici e bellici, con conseguenze non indifferenti sull'esecuzione di appalti o prestazioni d'opera.

In questa sede l'ordinamento si è trovato per la prima volta a dover valutare opzioni differenti rispetto ai tradizionali strumenti di tutela riconducibili al brocardo «*pacta sunt servanda*» che si presentavano poco idonei a garantire le esigenze dei contraenti di fronte all'emergenza.

Per quel che concerne gli strumenti apprestati dal codice civile per la gestione delle sopravvenienze si individuano la risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.). Quanto alla seconda, qui di interesse, a fronte di un evento straordinario e imprevedibile, tale da determinare l'alterazione dell'equilibrio sinallagmatico, l'art. 1467, comma 1, c.c. consente alla parte svantaggiata, quale rimedio primo, di chiedere la risoluzione del contratto per sopravvenuta ed eccessiva onerosità, oppure, a seguito della stessa richiesta, di ottenere una rinegoziazione di alcune clausole del contratto da parte del contraente non svantaggiato (comma 3)⁵⁶.

Nel medesimo solco si pone la disciplina speciale di cui all'art. 1664 c.c., per il contratto d'appalto, con la differenza che gli eventi devono essere imprevedibili e non anche straordinari. La diversa regolamentazione si spiega perché nel caso del contratto d'appalto è consentito alle parti procedere a una revisione dei prezzi a fronte di un aumento o una diminuzione⁵⁷; l'ipotesi disciplinata dall'art. 1467 c.c. è invece così grave da determinare necessariamente la risoluzione del contratto. Ne deriva che lo scostamento inferiore al decimo del prezzo convenuto, indicato dalla norma, in quanto rientrando nell'alea contrattuale, potrà tuttalpiù essere disciplinato con apposita clausola *ex ante* dalle parti.

⁵⁵Così Trib. Roma, Sez. VI, 19.02.2021 secondo cui «*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*».

⁵⁶ Come osserva A. E. BASILICO, *Rischio operativo e sopravvenienze nei contratti di concessione: quali spazi per riequilibrare il rapporto*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6, 2023, 751-752, la rinegoziazione del contratto a fronte di un'onerosità sopravvenuta non è del tutto soddisfacente trattandosi invece di una prerogativa rimessa all'altra parte quale reazione alla domanda di risoluzione del contratto che la prima è obbligata ad avanzare per non rimanete vincolata alle precedenti condizioni.

⁵⁷ Diversamente dall'art. 9 del d.lgs 36/2023 già esaminato che richiede, verosimilmente per la natura del contraente pubblico e della tutela del mercato che sarebbero altrimenti pregiudicate da una risoluzione *tout court*, non solo l'imprevedibilità, ma anche la straordinarietà.

Nel diritto civile, infatti, residua comunque la possibilità per le parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale *ex art. 1322 c.c.*, di prevedere e disciplinare *ex ante* nel contratto, clausole di rinegoziazione per gestire convenzionalmente l'evento sopravvenuto e il rischio ed evitare lo scioglimento del contratto⁵⁸. In questo modo il dogma «*pacta sunt servanda*», vero e proprio limite delle sopravvenienze, cede di fronte al principio «*rebus sic stantibus*», che meglio si presta alla gestione delle sopravvenienze dei contratti, soprattutto ad esecuzione continuata, in quanto espressione del principio di buona fede e solidarietà di cui all'art. 2 Cost. che deve orientare l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375)⁵⁹.

Resta dunque da verificare se quanto sopra previsto per appalti e, più in generale, per contratti tra privati, abbia in qualche modo influenzato la nuova disciplina dei contratti pubblici o se sussistano comunque profili di interdisciplinarietà tra le due materie. Una integrale trasposizione delle regole civilistiche nella fase di esecuzione del contratto pubblico d'appalto, come di seguito illustrato, non sembrerebbe ragionevole.

La tradizionale concezione bifasica dell'attività contrattuale dell'amministrazione, secondo la quale la stipula del contratto segna lo spartiacque tra la disciplina di diritto amministrativo e di diritto privato e quindi anche della giurisdizione amministrativa od ordinaria, è stata nel tempo superata⁶⁰. Al contrario, come osservato da una rinnovata stagione giurisprudenziale, la netta ripartizione non ha confini nitidi in quanto la fase dell'esecuzione contrattuale risulta comunque legata a doppio filo alla fase di scelta del contraente e non può essere considerata «*una terra di nessuno*»⁶¹: ciò risulta confermato anche dagli oneri di comunicazione e trasmissione all'ANAC, a cura del RUP, previsti per le modifiche contrattuali dall'allegato II.14 del vigente codice dei contratti pubblici ai

⁵⁸ A titolo di esempio si pensi al contratto preliminare che, nel dettagliare le attività successive funzionali al perfezionamento del contratto definitivo, consente alle parti di recedere dalla stipulazione dello stesso in presenza di un evento sopravvenuto che alteri l'assetto di interessi disciplinato con il preliminare, oppure a clausole c.d. *hardship* attraverso le quali le parti si impegnano, ora per allora, all'avvio di nuove trattative per ripristinare o ridurre a equità l'assetto di interessi eventualmente stravolto da circostanze straordinarie imprevedibili.

⁵⁹ Così Cass., relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020, 23, v. anche G. BALOCCO E G. SCACCHERI, *L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2024, 714-715.

⁶⁰ *Ex multis*, Corte Cost., 18.02.2011, n. 53 in www.cortecostituzionale.it per cui il rapporto negoziale è disciplinato da norme ascritte alla materia dell'ordinamento civile *ex art. 117, comma 2, lett. l)*; Cons. Stato Ad. Plenaria 20.06.2014 n. 14 e recentemente, nello stesso senso, anche TAR Lazio 19.04.2023 n. 6741, TAR Calabria, Sez. II, 20.03.2025, n. 555 e Cons. Stato, 10.06.2024 n. 5171 sull'esaurimento dei poteri pubblici dopo la fase di aggiudicazione, disponibili in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ Espressione utilizzata da Cons. Stato Ad. Plenaria, 2.04.2020 n. 10 nel riconoscere l'accesso agli atti anche in fase di esecuzione; nello stesso senso TAR Milano, 23.09.2024 n. 2459 e TAR Catania, 23.09.2024 n. 3149 in www.giustizia-amministrativa.it.

fini dell'eventuale esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori di cui all'art. 222⁶². Il controllo nella fase di esecuzione risulta quindi doveroso a tutela *in primis* del raggiungimento del superiore interesse pubblico e della concorrenza ma indirettamente, anche della controparte privata.

La necessità di conservare l'equilibrio contrattuale non è infatti estranea ai contratti pubblici, in quanto un negozio bilaterale non rispondente a entrambi gli interessi di parte, costituirebbe un momento patologico dell'attività amministrativa, in contrasto con i principi di efficienza, economicità della stessa e soprattutto di buon andamento (art. 97 Cost.) con conseguente necessità di ricorrere allo strumento rinegoziativo.

La scrupolosa perimetrazione, nei contratti ad evidenza pubblica, dell'operatività della rinegoziazione alle sole sopravvenienze - al fine di ripristinare le condizioni originarie dell'equilibrio al momento della stipula del contratto - consentirebbe di superare quell'obiezione che si staglia sullo sfondo secondo cui i rimedi manutentivi, in questa materia, ledano necessariamente le regole della concorrenza, vedendo invece in essi un modo per contemperare i delicati interessi coinvolti.

Ecco perché allora sembra più corretto parlare di una parità «*solo tendenziale*» tra le parti che si traduce in un «*diritto privato speciale*» dei contratti ad evidenza pubblica, caratterizzato da una commistione di discipline in rapporto di *genus a species* con conseguente prevalenza delle norme dei contratti pubblici su quelle di diritto civile nello specifico ambito di pertinenza⁶³. Da questo punto di vista la matrice pubblicistica offre un riferimento interpretativo sul piano politico-economico sebbene le parti, da un punto di vista formale, si trovino in condizioni di parità.

Nella relazione di accompagnamento al nuovo codice viene sottolineato, infatti, come la disciplina in oggetto (artt. 9, 60 e 120), improntata a quella europea, è stata concepita tenendo conto della peculiarità del settore degli appalti pubblici, *species* di lavori, che non consentirebbe *de plano* la trasposizione dei rimedi civilistici sopra descritti⁶⁴. La finalità perseguita con il contratto pubblico, le esigenze di trasparenza e imparzialità, che si stagliano sullo sfondo della fase esecutiva, oltre all'obbligazione

⁶²Art. 222, comma 3, lett. b) del D.lgs. 36/2023 e Regolamento Anac n. 270/23 sulla vigilanza di ANAC sulla corretta esecuzione dei contratti pubblici.

⁶³Cons. Stato Ad. Plenaria, 29.01.2014 n. 6, secondo cui sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica in www.giustizia-amministrativa.it. Le ragioni di tale specialità sono ben evidenziate da M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2024, 169-191.

⁶⁴Nella Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici elaborato dal Consiglio di Stato, 23-24 si legge che le finalità di pubblico interesse presenti nei contratti pubblici escludono la «*possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche*» e rendono necessario «*il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela gli operatori economici*»

contrattuale derivante dalla gara, potrebbero essere altrimenti pregiudicate nel caso di rinegoziazione illimitata delle condizioni⁶⁵.

Ecco allora che, per quanto riguarda la possibilità di un riadattamento dell'assetto di interessi che divenga sbilanciato per esigenze sopravvenute, affinché non operi unicamente l'art. 1467 c.c., è possibile sostenere che le disposizioni di diritto civile possano trovare applicazione in forza dell'art. 12 lett. b) del D.lgs. 36/2023 salvo tuttavia ricorrere *in primis* agli strumenti già messi a disposizione dal codice dei contratti pubblici (tra tutti l'art. 120) e rispettare i limiti ispirati alla *ratio* che governa la specialità della materia⁶⁶. Solo in via residuale, ove non diversamente previsto, saranno applicabili le disposizioni del codice civile in materia di appalto per la disciplina di eventuali responsabilità, errori, lacune ed anche insufficienze progettuali⁶⁷; disposizioni sempre ispirate a un canone di buona fede che, data la *ratio* che permea il nuovo codice, dovrebbe indirizzare al mantenimento del contratto e portare avanti la realizzazione dell'opera pubblica⁶⁸, eliminando tutti gli ostacoli che, a causa di una situazione imprevedibile, determinerebbero la risoluzione anziché la rimodulazione del rapporto contrattuale.

⁶⁵ Così secondo P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in Giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it, e V. PAGLIARULO, *Gli strumenti dell'equilibrio contrattuale: adeguamento del corrispettivo e rinegoziazione*, op. cit.

⁶⁶ Come evidenziato da F. CARINGELLA, "Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?", relazione al convegno AIGA sul "nuovo codice dei contratti pubblici", Cagliari, 9-10.06.2023 «l'attività di diritto privato della PA ha carattere istituzionale. Il ricorso a meccanismi consensuali in luogo di quelli imperativi è, d'altronde, coerente con le raffinate teorie economiche che postulano il primato delle soluzioni negoziali in tutti i casi in cui non vi siano elevati costi di transazione». Nello stesso senso A. PRADELLA, *Diritto alla rinegoziazione: revisione dei prezzi e modifiche dei contratti*, cit..

⁶⁷ Cfr. Cons. Stato Sez. IV, 19.08.2016, n. 3653 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui «i contratti ad oggetto pubblico non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che "non diversamente previsto».

⁶⁸ Cons. Stato Sez. III, 10.03.2025 n. 1937 in www.giustizia-amministrativa.it che ribadisce il principio del risultato anche nella fase esecutiva, suo naturale terreno di elezione, attraverso un contemperamento tra la tutela pro-concorrenziale e l'esigenza di mantenimento del contratto.

CAPITOLO II

II. Modifiche *in executivis* come strumento di conservazione del contratto: applicazioni in cantiere e criticità alla luce della giurisprudenza

II.1. L'art. 120 del D.lgs. 36/2023: un nuovo recepimento della disciplina europea

Coerentemente con l'inversione di tendenza di cui l'art. 9 si fa portatore⁶⁹ - che, riconoscendo l'importanza della fase di esecuzione, mira a preservare il più possibile il contratto - se prima era bandito qualunque intervento di modifica sullo stesso, oggi non solo è ammesso nei limiti e nelle modalità previste dalla legislazione nazionale ed europea, ma è altresì auspicabile. In questa nuova prospettiva, ispirata alla reciproca collaborazione tra le parti e alla buona fede, il controllo sulla fase di esecuzione consente di correggere il tiro evitando che l'aggiudicatario sia vittima di sopravvenienze che potrebbero pregiudicare non solo la sua organizzazione imprenditoriale e l'equilibrio contrattuale ma anche l'obbligazione di risultato nell'interesse pubblico.

Tra gli strumenti di intervento in tal senso spicca il “nuovo” art. 120 rubricato «*modifiche in corso di esecuzione*»⁷⁰. La disposizione, che disciplina le possibili ipotesi di rinegoziabilità⁷¹ ammissibili senza dover ricorrere a una nuova procedura di affidamento nonché i loro limiti, è il risultato di un compromesso tra la necessità di gestire le sopravvenienze nei contratti di durata (di cui ai considerando 109 e 107 già richiamati) e il dogma dell'immodificabilità dell'offerta⁷²(quindi anche del contratto, a causa di quella osmosi tra le due fasi vista al §I.3) la cui alterazione potrebbe pregiudicare, a valle, anche la concorrenza. Sebbene l'immodificabilità rappresenti la regola generale, la stessa non ha tuttavia carattere assoluto e le modifiche contrattuali non si pongono necessariamente in contrasto con i principi dell'evidenza pubblica: sorge l'obbligo di indire una nuova procedura di gara soltanto nei casi in cui non ricorrano le ipotesi previste dall'art. 120⁷³. La disposizione, coordinandosi con l'art. 9, offre quindi alle parti gli strumenti, a garanzia della certezza giuridica, per fronteggiare situazioni

⁶⁹ Già illustrata al §I.1.

⁷⁰ Lo stilema linguistico che lo differenzia dal precedente art. 106 del D.lgs. 50/2016 rubricato «*modifiche in corso di efficacia*» conferma l'importanza attribuita alla fase di esecuzione contrattuale, come rilevato al capitolo I. Come osserva S. USAI in *Le modifiche del contratto nel nuovo codice appalti*, in *Appalti&Contratti*, 2023 il riferimento al periodo di efficacia appare oltretutto ridondante dal momento che lo *ius variandi* comunque presuppone che gli effetti del contratto non siano cessati.

⁷¹ Diversi autori, *ex multis* P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit. e S. P. PERRINO, *La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., si riferiscono alle modifiche contrattuali qualificandole come «ipotesi di rinegoziabilità». L'ultima autrice citata, sottolinea in particolare che «*tutte le modifiche danno luogo a fatti di rinegoziazione*» (*rectius* ipotesi tipiche di rinegoziazione), a volte imposte a volte invece richieste da una delle parti con conseguente accettazione dell'altra.

⁷² L'affermazione di tale primato è di creazione giurisprudenziale, si veda CGUE, 5.10.2000, causa C-337/98, cit.; CGUE 19.06.2008, causa C-454/06, cit.

diverse tra loro, per lo più non previste in fase di affidamento, al fine di un tempestivo adeguamento del contratto alle necessità emerse in corso d'opera garantendo la continuità della prestazione offerta. È confermata ancora una volta la nuova preferenza accordata ai rimedi manutentivi piuttosto che caducatori.

Se l'art. 120 elenca in modo più o meno tassativo le ipotesi di modifica post-stipula ammissibili, in quanto non anti-concorrenziali, l'art. 9, invece, si spinge a riconoscere anche il principio di doverosità della rinegoziazione.

Questo approccio impatta sul previgente sistema delle modifiche al contratto, ispirato alle esigenze anti-corruttive e pro-concorrenziali⁷⁴, con poteri di intervento soprattutto nell'interesse della p.a.⁷⁵; l'art. 120, invece, letto alla luce del principio anzidetto, è utilizzabile anche a favore dell'operatore. Tanto è vero che la disciplina delle modifiche contrattuali è stata recepita a livello nazionale per ben due volte ma in modo diverso⁷⁶.

Conseguentemente l'impostazione innovativa si traduce in un ampliamento del ventaglio applicativo delle modifiche contrattuali e in una variazione dei limiti attualmente imposti. Allo stesso tempo, complice anche il collegamento all'art. 9 di cui al nuovo comma 8, l'art. 120 introduce, da un lato, un obbligo generale di rinegoziazione coercibile, fatta salva la responsabilità da inadempimento dell'obbligo di rinegoziare; dall'altro lato, la stessa norma si trasforma nello strumento primo per intervenire sul contratto - nello spirito di collaborazione che deve ispirare il comportamento delle parti - laddove modifiche sul corrispettivo non appaiano sufficienti: ad esempio, estendendo

⁷³Così CGUE, Sez. VIII, del 7.09.2016 causa C. 549-14 Finn Frogne in www.curia.europa.eu che precisa altresì i limiti entro cui è possibile rinegoziare le condizioni contrattuali, si veda *infra* §II.2; nello stesso senso TAR Toscana, Sez. I, 25.02.2022, n. 228 e TAR Torino, 20.02.2023 n. 180 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui «*È tuttavia chiaro che la considerazione e le valutazioni in ordine alla incidenza del tempo trascorso debbano essere considerate caso per caso, in relazione al contesto economico in cui gli operatori si trovano ad operare e possono variare anche sensibilmente da un momento all'altro*».

⁷⁴L'ANAC, con l'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento n. 4 del 13 febbraio 2019 non ha mancato di evidenziare le criticità del frammentato e ambiguo quadro normativo di cui ai precedenti art. 106 e DM n. 49/2018) circa il regime della trasparenza delle modifiche contrattuali; le modalità di comunicazione e trasmissione dei dati all'ANAC (commi 8 e 14); e da ultimo circa il regime sanzionatorio, suggerendo alcuni accorgimenti per semplificare e rendere più trasparente l'assetto normativo e il controllo di varianti contrattuali illegittime. Si veda in www.anticorruzione.it/-/atto-di-segnalazione-al-governo-e-al-parlamento-n.-4-del-13/02/2019-rif.-1.

⁷⁵L'impostazione pro-concorrenziale costituisce un vecchio retaggio dai primi anni novanta del secolo scorso. Ad oggi la logica pro-concorrenziale rimane sullo sfondo, mentre quella anti-corruttiva è perseguita attraverso strumenti diversi (ad esempio attraverso leggi penali). Per queste considerazioni e un approfondito *excursus* storico si veda M. E. COMBA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9, 2023, 1975.

⁷⁶Prima con l'art. 106, oggi con l'art. 120. Ciò è stato possibile in quanto la direttiva è la fonte di diritto derivato europeo che vincola gli Stati membri al raggiungimento di un risultato rimettendo agli stessi le modalità di attuazione che in questo caso hanno risentito dei due diversi contesti storici in cui le norme sono state emanate (rigore e formalismo prima del 2020, buona fede e collaborazione dopo).

il contratto sul piano dell'oggetto con la previsione di un aumento di lavori supplementari fino al 50 per cento oppure di una loro diminuzione; oppure ancora estendendo temporalmente il contratto attraverso l'istituto della proroga, oggi distinta con apposito comma rispetto alla proroga c.d. tecnica⁷⁷.

Per comprendere dunque a fondo la funzione dell'istituto e le criticità connesse il presente elaborato percorrerà l'applicazione della normativa attraverso l'analisi di alcuni casi pratici all'attenzione di chi scrive. Non può tuttavia prescindere dall'esame della direttiva comunitaria, della giurisprudenza intorno ad essa formata e dalla traduzione nazionale della normativa anche a seguito del correttivo. Il codice infatti adotta un nuovo punto di vista rispetto alle modifiche al contratto *in executivis*, comunque entro i confini delineati dalle Direttive europee.

L'importanza della fase di esecuzione contrattuale, nonché dell'individuazione dei presupposti e dei limiti di natura economica e procedurale è confermato dal fatto che, per la prima volta, la direttiva 2014/24/UE dedica *magna pars* all'art. 72 rubricato «*Modifica di contratti durante il periodo di validità*». Una modifica contrattuale non consentita e non rispondente al paradigma eurounitario potrebbe invero tradursi, in sostanza, in un affidamento diretto illegittimo, in palese violazione del diritto comunitario. Ecco perché la Corte di Giustizia prima, con numerose sentenze scaturite anche da questioni pregiudiziali, e soprattutto le direttive poi, hanno cercato proprio di individuare questo punto di equilibrio⁷⁸, oggi tradotto a livello nazionale con le disposizioni già citate. L'elencazione è tassativa ma, come si vedrà nel prosieguo dell'elaborato, i limiti non sono individuati in modo così preciso e il nuovo assetto del Codice potrebbe aprire a scenari diversi per la risoluzione di situazioni non inquadrabili nelle modifiche disciplinate. Si pone d'altro canto il problema di definire lo spazio attribuito alla rinegoziazione contrattuale, al di là dell'applicazione degli istituti appena citati.

Nel recepire le esigenze di cui alla legge delega già richiamata e razionalizzare le modifiche di cui alla direttiva eurounitaria, la prima novità registrata dall'art. 120, composto attualmente da 16 commi, è la distinzione tra due tipologie di modifiche, entrambe considerate dall'art. 72 della direttiva: da un lato le modifiche consentite non sostanziali - ulteriormente ampliate con il correttivo al comma 7 riscritto in termini positivi - che costituiscono deroghe alle regole di concorrenza per consentire alla

⁷⁷Si veda §II.4.

⁷⁸Si veda §II.2. In precedenza la fase esecutiva dei contratti pubblici era invece considerata materia rimessa alla prerogativa degli Stati membri e pertanto il legislatore europeo non si era interessato al tema.

stazione appaltante di gestire le sopravvenienze nella fase esecutiva⁷⁹; dall'altro lato le modifiche non ammesse in quanto sostanziali (comma 6) che pertanto richiedono una nuova procedura di affidamento⁸⁰. Sono state inoltre esemplificate le varianti in corso d'opera di cui alla lettera c) del primo comma (che si distinguono dalle altre modifiche, opzioni e proroghe); è stato previsto il sub-procedimento di rinegoziazione in assenza di clausole *ex ante* ed è stato inizialmente eliminato ogni riferimento al c.d. errore progettuale⁸¹ per poi essere reintrodotta con l'adozione del correttivo. La disposizione è stata poi alleggerita nel contenuto per quel che concerne il procedimento autorizzativo, da parte della stazione appaltante, delle modifiche, oggi contenuto nell'art. 5 dell'allegato II.14.

L'altra macro-distinzione che emerge dall'art. 72 e quindi anche dall'art. 120 è tra modifiche accordate tra le parti, di iniziativa della stazione appaltante, e modifiche su istanza dell'operatore svantaggiato dalle sopravvenienze che, a differenza delle prime, hanno l'obiettivo immediato, e non solo mediato, di ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali.

Rinviando ai successivi paragrafi per l'analisi nel dettaglio delle novità introdotte e delle questioni applicative si può anticipare che l'art. 120, (ma anche l'art. 60), insieme all'art. 9 danno vita a un *corpus* normativo per la disciplina delle vicende in corso di esecuzione contrattuale collocando in una nuova prospettiva la tematica circa la modificabilità del contratto pubblico alla luce del principio già visto nel capitolo I ma comunque nel rispetto dei limiti di cui alla Direttiva 2014/24/UE.

⁷⁹ Queste riconducibili ai commi 1, 2, 3, 5 e 7, 8, 9, 10, 11.

⁸⁰ Conformemente al paragrafo 5 dell'art. 72 direttiva 2014/24/UE secondo cui «Una nuova procedura d'appalto in conformità della presente direttiva è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico e di un accordo quadro durante il periodo della sua validità quelle previste ai paragrafi 1 e 2».

⁸¹ Cfr. Relazione del Cons. Stato al codice dei contratti pubblici, 173, secondo cui, almeno inizialmente, non è sembrata opportuna «un'apposita previsione dell'errore progettuale nella norma sulle modifiche poiché tale causa della variante/modifica non è determinante ai fini dell'inserimento nell'una o nell'altra delle fattispecie di modifica consentite in pendenza di esecuzione».

II.2. Limiti di derivazione europea all'esercizio dello *ius variandi*: la modifica «sostanziale» e la sentenza CGUE Sez. X, 7.12.2023 n. C-441/22 e C-443/22.

Il punto di equilibrio, a livello europeo, tra la conservazione del rapporto contrattuale (di cui ai già citati considerando 107 e 109) e l'immodificabilità dell'offerta/contratto è la nozione di «modifica sostanziale» che funge da limite superiore e criterio guida nella intricata cornice delineata dall'art. 120 del nuovo codice.

Di fronte a tali modifiche riaffiora, infatti, la necessità di tutelare la concorrenza in quanto, se la procedura ad evidenza pubblica disciplinata dalle direttive europee è preordinata all'individuazione della migliore offerta da parte dell'operatore economico più efficiente⁸², eventuali modifiche dell'assetto originario, al di fuori del confronto concorrenziale, sono potenzialmente idonee ad alterare l'equilibrio a favore dell'aggiudicatario attribuendogli, di fatto, una nuova prestazione rispetto a quella già prevista, in violazione dell'obbligo di indizione di una procedura di gara. Questa è la *ratio* sottesa alla disciplina delle modifiche contrattuali rispetto alla quale l'attuale Codice dei contratti pubblici (ma già anche il previgente) si pongono come normative di trasposizione del diritto europeo, che a sua volta costituisce recepimento di precedenti giurisprudenziali, dall'esame dei quali non si può prescindere.

L'attuale quadro normativo per gli appalti è costituito dal considerando 107, dall'art. 72 della direttiva 2014/24/UE (e art. 85 direttiva 2014/25/UE per gli accordi quadro), e dagli artt. 9, comma 2, e 120, commi 1 e 6, del vigente codice dei contratti pubblici.

Il considerando 107, fornendo già preziosi spunti, così recita:

«La nuova procedura d'appalto è necessaria quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale»⁸³. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione. Ciò si verifica in particolare quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale».

In modo non diverso, se pur sommariamente, l'art. 72, par. 4, definisce sostanziale la modifica al contratto *«quando muta sostanzialmente la natura del contratto o*

⁸² Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25.09.2024 n. 7798 in www.giustizia-amministrativa.it sul principio di immodificabilità dell'offerta tecnica con riferimento ad alcune indicazioni fornite in sede di verifica dell'anomalia, costituenti, secondo lo stesso, un'evidente modifica lesiva della parità competitiva e dell'imparzialità. Per simili considerazioni si veda anche M. E. COMBA, *il Nuovo codice dei contratti pubblici – il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 1977.

⁸³ Ad ulteriore conferma della nozione di equilibrio contrattuale in termini normativi, di cui al precedente §I.2.

dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso», per poi precisare meglio i parametri oggi tradotti nell'art. 120, di seguito illustrati.

Diversamente dal suo predecessore, l'art. 120 individua al comma 1 la modifica «snaturante» che incide su elementi essenziali dell'accordo, traducendo, per le ipotesi di modifiche qualitative programmate (lettera a) e varianti (lettera c), il concetto di «*non alterazione della natura generale del contratto*» della Direttiva in «*sempre che, nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate*»⁸⁴. La definizione è poi dettagliata al comma 6 secondo cui «*la modifica è considerata sostanziale quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa*»⁸⁵, come ad esempio nel caso di sostituzione di un materiale avente determinate caratteristiche per la funzionalità dell'opera con altro diverso prodotto, e in ogni caso quando:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state previste nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi o di accettare un'offerta diversa, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione⁸⁶: ad esempio, l'introduzione di una categoria SOA o classifica di lavori non prevista nel bando di gara, di prestazioni diverse o di condizioni che avrebbero consentito la partecipazione in raggruppamento, oppure la predisposizione di manodopera e un'organizzazione e/o spostamento del cantiere sensibilmente diverse da quelli iniziali;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale⁸⁷: ciò accade per

⁸⁴ Relazione al codice dei contratti pubblici, *cit.*, 172, secondo cui il riferimento è stato inserito anche nei commi 3 e 5. Cfr. anche il *Dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, Codice dei contratti pubblici*, A.G. 19 del 16 gennaio 2023, 265, in www.documenti.camera.it.

⁸⁵ Trattasi della medesima definizione di cui all'art. 9, comma 2, a riprova del nesso inscindibile tra le due disposizioni, come confermato da Cons. Stato, 19.06.2023 n. 5989, *cit.* Cfr. considerando 109 dir.2014/24/UE secondo cui la natura contrattuale può dirsi alterata «*sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso*», oppure quando vi sia «*un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato*».

⁸⁶ La disposizione riproduce le conclusioni della CGUE, Sez. III, 19.06.2008, C-454/06, punti da 34 a 37, *cit.*, e in particolare l'indirizzo interpretativo del c.d. *scope of competition test* di cui si dirà poco più avanti. Cfr. anche TAR Salerno, 8.07.2024 n. 1444 che evidenzia come il bene giuridico tutelato dalla disposizione e dalle direttive europee sia il libero esplicarsi del confronto concorrenziale, affermando che «*una rimodulazione della commessa oltre i limiti espressamente consentiti dalle direttive potrebbe introdurre condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura* [omissis]».

⁸⁷ La circostanza per cui la modifica sarebbe sostanziale solo se altera l'equilibrio a favore e non in danno dell'aggiudicatario, costituisce anch'esso recepimento della sentenza CGUE C-454/06 secondo cui

esempio ove sia disposta una diminuzione della prestazione senza corrispondente variazione di prezzo o un incremento della stessa a prezzi più remunerativi degli originari, così che invece di ripristinare l'equilibrio, come vorrebbe la logica della rinegoziazione ai sensi dell'art. 9, esso verrebbe alterato considerevolmente per la prima volta;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto: pur non essendo precisata una soglia, la variazione deve essere «notevole» e comunque di applicazione più ampia di rispetto alla lettera b) riferita al mero equilibrio economico del contratto⁸⁸;

d) un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti dal comma 1, lettera d).⁸⁹

Le definizioni anzi riportate rischiano tuttavia di rimanere prive di contenuto e di applicazione pratica in assenza degli approdi giurisprudenziali di cui costituiscono attuazione, da ultimo la sentenza CGUE Sez. X, 7/12/2023 n. C-441/22 e C-443/22. Sul fronte comunitario, una prima apertura all'ammissibilità delle modifiche contrattuali è stata ravvisata agli albori del nuovo millennio, a condizione che la rinegoziazione del contenuto non si rivelasse in termini «*sostanzialmente differenti da quelli originali, determinando l'intenzione delle parti di modificare parti essenziali del contratto*»⁹⁰. Il

una modifica peggiorativa per l'operatore economico (come ad esempio una riduzione del corrispettivo che non sia correlata a una riduzione generale dei prezzi di mercato) non può alterare l'equilibrio contrattuale perché l'aggiudicazione non avrebbe potuto avere esito diverso. In senso contrario si veda TAR Sicilia, Sez. II, 26.04.2023, n. 1366 in www.giustizia-amministrativa.it che a sua volta richiama Cass. Civ., Sez. I, 13.10.2014 n. 21592 in www.cortedicassazione.it, secondo cui la modifica, laddove idonea a vanificare la *ratio* della procedura ad evidenza pubblica, può comunque essere qualificata come sostanziale anche se a sfavore dell'aggiudicatario, non potendo quest'ultimo accollarsi oneri non valutati al momento dell'offerta.

⁸⁸ Sull'estensione della portata applicativa del contratto cfr. Cass. S.U., ord. 31.10.2019 n. 28211 in www.cortedicassazione.it sull'estensione all'aggiudicataria del servizio ospedaliero di altre nove ASL rispetto a quella oggetto del contratto; si veda anche parere ANAC, 18 luglio 2017, n. 686 che ha ritenuto sostanziale la modifica dell'oggetto di un contratto di progettazione preliminare e definitiva con l'inserimento, in corso di esecuzione, della progettazione esecutiva, dal momento che la stessa «*risulta comunque consistere in prestazioni dotate di una loro individualità tale da giustificare un nuovo affidamento a valle di una procedura di gara ad evidenza pubblica*»; infine TAR Friuli Venezia Giulia, I, 4.4.2023 n. 139 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui la modifica è vietata nel caso di estensione del servizio reso a favore di un numero consistente di comuni diversi da quelli oggetto del contratto in quanto «*la modifica introduce condizioni che se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale avrebbe consentito l'ammissione di candidati diversi*».

⁸⁹ Tale esemplificazione dovrebbe essere tassativa, diversamente dalle modifiche «non sostanziali» di cui al comma 5 che sarebbero sempre ammesse a prescindere dalla tipologia. Dovrebbe evincersi che non siano mai «snaturanti» le variazioni quantitative di cui all'art. 120 commi 2 e 3; quelle qualitative di cui al comma 1 invece soltanto laddove, pur incidendo sulla natura del contratto, non comportino un'alterazione della operazione economica sottesa e rispettino la piena funzionalità dell'opera.

⁹⁰ Così CGUE 5.10.2000, C-337/98 già citata; principi ribaditi da CGUE 13.04.2010, C-91/08 *cit.*, richiamata anche da Anac nella Richiesta di parere del 3.02.2017 presentata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Segretario Generale.

limite della sostanza del rapporto è stato oggetto di due indirizzi interpretativi da parte della giurisprudenza comunitaria: secondo il criterio c.d. *scope of the contract test* la modifica è sostanziale laddove determina uno stravolgimento dell'originario sinallagma del contratto; diversamente, per il criterio c.d. *scope of competition test* messo a punto per la prima volta nel caso *Succhi di Frutta*⁹¹, sono antigiuridiche le modifiche che, secondo un giudizio di prognosi postuma *ex post*, avrebbero consentito un esito diverso dell'aggiudicazione compromettendo l'imparzialità della procedura, l'esigenza anticorruptiva e pro-concorrenziale. L'esigenza pro-concorrenziale delle modifiche contrattuali, a tutela della trasparenza e *par condicio*, è stata evidenziata anche dalla già più volte citata sentenza CGUE C-454/06 che ha precisato, per la prima volta in modo organico, i caratteri della sostanzialità della modifica interpretando la direttiva 92/50/CEE sulle procedure di gara dei servizi⁹².

La consacrazione del passaggio da una nozione formale ad una sostanziale della modifica contrattuale è segnato da una successiva sentenza della Corte di Giustizia del 2016⁹³ le cui conclusioni sono state direttamente recepite nelle disposizioni legislative anzi viste e secondo le quali le parti non possono apportare modifiche che abbiano l'effetto: a) di estendere l'appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti; b) di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario; c) di rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, «*se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi*»⁹⁴.

L'art. 72, Dir. 2014/24/UE sembra aver cristallizzato entrambi i criteri a seconda della natura della modifica: laddove unilaterale, la sostanzialità è valutata dal punto di vista qualitativo con riferimento alla natura del contratto; nel caso di rinegoziazione bilaterale, attraverso un giudizio *ex post* con riferimento alle condizioni di gara. Anche l'art. 120 del codice, ispirato alla conservazione contrattuale piuttosto che alla mera

⁹¹ CGUE, CAS *Succhi di Frutta s.p.a.*, 22.04.2004, causa C-496/99, *cit.* Cfr. A. DI MARIO, *Le modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione nell'ottica eurolunitaria*, *cit.*, 233-241.

⁹² V. nota 86. La sentenza individua come esempio di modifica sostanziale un'estensione considerevole dell'appalto a servizi inizialmente non previsti di cui all'art. 11, n. 3, lett. e) ed f), della direttiva 92/50, il quale stabilisce, per gli appalti pubblici aventi ad oggetto servizi elencati all'allegato I A di tale direttiva, alcune limitazioni per l'attribuzione da parte delle amministrazioni di servizi complementari a quelli dell'appalto principale. Sul tema cfr. M. COZZIO, *La disciplina dello ius variandi, tra regole, eccezioni e nuove soluzioni: sfide per l'Unione europea e l'Italia*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2023 762 e ss www.iris.unitn.it.

⁹³ CGUE, Sez. VIII, 7.09.2016, causa C. 549-14, *Finn Frogne*, *cit.*

⁹⁴ Conclusioni fatte proprie anche da CGUE, 3.02.2022, C-461/20 *Advania Sverige e Kammarkollegiet*, in www.curia.europa.eu, e, a livello nazionale, da Cons. Stato Sez. V, 19.01.2017, n. 222; TAR. Toscana Sez. I, 25.02.2022, n. 228; TAR Toscana, Sez. I, 28.9.2022 n. 1095 e TAR. Calabria, Sez. II, 23.02.2023, n. 279 in www.giustizia-amministrativa.it.

esigenza pro-concorrenziale sembrerebbe confermare, per come scritto, l'utilizzo cumulativo di entrambi i criteri di *scope of the competition test* e *scope of the contract test*. Un'ulteriore prezioso contributo interpretativo sull'art. 72 della direttiva appalti è stato recentemente fornito da un'altra recente sentenza della Corte di Giustizia⁹⁵ che è tornata a pronunciarsi, tra l'altro, sugli elementi contrattuali che possono essere oggetto di modifica sostanziale con riferimento, in particolare, al termine di esecuzione. In entrambe le cause riunite si discute infatti di modifiche contrattuali, derivanti da cause impreviste, sospensioni e comportamenti concludenti in assenza di accordo scritto, aventi ad oggetto un considerevole prolungamento dei termini di esecuzione (e ultimazione) dei lavori⁹⁶.

Quanto alla prima questione affrontata, la Corte ha affermato che l'esecuzione dei lavori oltre certi limiti temporali può rappresentare un esempio di modifica sostanziale quando sia soddisfatta almeno una delle condizioni di cui alle lettere da a) a d) del paragrafo 4 dell'art. 72. Nei casi esaminati la stessa ritiene soddisfatta sia la condizione di cui all'articolo 72, paragrafo 4, lettera a), dal momento che se il termine di esecuzione più lungo fosse stato già previsto nella *lex* di gara, avrebbe attirato un platea più ampia di concorrenti; sia la condizione di cui alla lettera b), in quanto il superamento dell'originario termine di esecuzione avrebbe modificato l'equilibrio economico dell'appalto a favore del contraente in un modo non originariamente previsto⁹⁷. Quanto alla seconda questione, richiamando l'importanza dei principi di trasparenza e *par condicio* che assicurano l'apertura dei mercati ad una concorrenza non falsata⁹⁸ nonché il considerando 58 della direttiva 2014/24 (secondo cui gli elementi essenziali di una procedura di appalto quali i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte dovrebbero sempre essere in forma scritta), riconosce tuttavia che la comunicazione orale con gli operatori economici sia possibile purché il contenuto sia sufficientemente documentato. Secondo la Corte, la qualificazione di una modifica di un appalto pubblico come «modifica sostanziale» non può essere circoscritta alle ipotesi di accordo in forma scritta, potendo altrimenti i contraenti eludere la

⁹⁵ CGUE Sez. X, 7.12.2023 cause n. C-441/22 e C-443/22 aventi ad oggetto due domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Corte suprema amministrativa della Bulgaria, relative a due appalti di lavori (costruzione di un palazzetto dello sport e di una passeggiata costiera) in www.curia.europa.eu.

⁹⁶ Le questioni poste alla CGUE sono le seguenti: 1) se l'esecuzione dell'appalto oltre certi termini costituisca una modalità di esecuzione irregolare dell'appalto o una modifica sostanziale illegittima nella parte relativa al termine di esecuzione; 2) se una modifica sostanziale del contratto di appalto pubblico richieda un accordo scritto o se essa possa altresì essere dedotta dagli atti congiunti delle parti.

⁹⁷ Cfr. punto 53 della sentenza richiamata.

⁹⁸ Si veda, in tal senso, CGUE 12.05.2022, Comune di Lerici, C-719/20, punto 42 e la giurisprudenza ivi citata in www.curia.europa.eu.

disposizione modificando le condizioni di esecuzione del contratto attraverso altre forme e modalità⁹⁹.

Il panorama giurisprudenziale nazionale, dopo un'iniziale avversione alla rinegoziabilità vista alla stregua di una trattativa privata in spregio ai principi di libera concorrenza e limitata a scostamenti di prezzo contenuti tali da non determinare un apparente diverso affidamento¹⁰⁰, ha gradualmente ammesso la possibilità di apportare modifiche nell'interesse manutentivo delle parti e soprattutto di quella pubblica, come già illustrato alle note del presente paragrafo. Tra le varie pronunce, risultano interessanti le conclusioni della sentenza del TAR Piemonte, Sez. I del 28 giugno 2021 n. 667 che, per una prestazione di noleggio macchinari e fornitura test per esami chimico clinici, ha precisato che le modifiche autorizzate in corso d'opera, oltre che di natura non elusiva perché regolamentate sin dall'inizio, non superavano il limite del 50 per cento di cui alla normativa vigente (oggi art. 120 comma 2): dalla stessa risulta confermata un'altra ipotesi di modifica sostanziale, valevole per le ipotesi di cui all'art. 120, comma 1, lett. b) e c), laddove vi sia un superamento della soglia sopra indicata¹⁰¹.

Da ultimo si evidenzia una recente e interessante pronuncia del Consiglio di Stato in riforma della sentenza di primo grado¹⁰² che, oltre a ribadire gli approdi giurisprudenziali comunitari¹⁰³ e tracciare i presupposti per disporre le varianti in corso d'opera (se pur ai sensi dell'art. 106 del D.lgs 50/2016), esclude la sostanzialità della modifica contrattuale non investendo la stessa la natura complessiva del contratto, che ha previsto, *ab origine*, una prestazione di lavori e di servizi (con prevalenza dei secondi). La variazione avrebbe avuto ad oggetto le sole modalità di esecuzione del servizio di ristorazione (diverse modalità di preparazione dei pasti, un punto di cottura differente, modifica dell'organizzazione relativa ai trasporti dei pasti ai presidi sanitari) che hanno richiesto, per la sua attuazione, lo svolgimento di lavori aggiuntivi in sostituzione di analoghi lavori già previsti; peraltro non vi è stata prova né dell'alterazione dell'equilibrio economico del contratto in favore dell'aggiudicatario né di

⁹⁹ Si veda punto 62 della sentenza citata, la quale conclude che «una modifica sostanziale, ai sensi dell'articolo 72 della direttiva 2014/24, ha natura consensuale (v., in tal senso, sentenza del 17 giugno 2021, *Simonsen & Weel*, C-23/20, EU:C:2021:490, punto 70). L'intenzione di rinegoziare le condizioni dell'appalto può essere rivelata in forme diverse da un scritto accordo[...]».

¹⁰⁰ *Ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 19.02.2018, n. 1036; Cons. Stato, Sez. III, 28.05.2019, n. 3520; Cons. Stato, Sez. IV, 31.10.2022, n. 9426 in www.giustizia-amministrativa.it;

¹⁰¹ Sulla qualificazione di modifica «sostanziale» per varianti in corso d'opera di gran lunga superiori al 50 per cento si veda anche Cass. Civile, Sez. I, 29.4.2024 n. 11491 in www.cortedicassazione.it

¹⁰² Trattasi della sentenza già citata alla nota 94 TAR Calabria, Sez. I, n. 279/2023.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. III, 11.07.2023, n. 6797, *cit.*: «Con tale nozione [non sia tale da alterare la natura generale del contratto] infatti, il legislatore vuole impedire che attraverso il ricorso allo *ius variandi* si possa addivenire ad una modificazione radicale del contratto, riuscendo, surrettiziamente, ad eludere la disciplina del codice degli appalti».

un esito diverso della gara laddove tali lavorazioni fossero state inserite già nel bando di gara.

Sulla scorta delle coordinate ermeneutiche riportate è evidente che la disciplina comunitaria deve intendersi sempre implicitamente richiamata vincolando anche il giudice nella decisione del contenzioso. Fermo restando, a fronte di modifica sostanziale, il diritto senza limiti di tempo della stazione appaltante, alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 122, comma 1, lett. a) e b)¹⁰⁴ e all'indizione di una nuova procedura di gara.

¹⁰⁴ Per completezza si cita CGUE, Sez. IV, 14.05.2020, C-263/19 in www.curia.europa.eu secondo cui l'art. 72 dir.2014/24/UE non escluderebbe l'applicazione, da parte dello stato membro, anche di un'ammenda a fronte di una modifica sostanziale illegittima, ad entrambe le parti, nel rispetto del principio di proporzionalità e tenuto in considerazione il comportamento delle stesse.

II.3. Ammissibilità espressa delle modifiche «non sostanziali»: un esempio di modifica migliorativa in un *mare magnum* di novità e contorni ancora nebulosi.

Dall'analisi oggetto del precedente paragrafo, considerata la stretta connessione tra fattispecie normative, è possibile, *a contrario*, tentare di definire il perimetro di applicazione di quelle variazioni contrattuali che, in assenza delle predette caratteristiche, devono essere considerate non sostanziali e quindi consentite¹⁰⁵.

La novità del codice consiste in un ampliamento dello spettro applicativo in cui è possibile, in astratto, modificare i contratti senza dover procedere con una nuova procedura di gara. L'art. 120, comma 5, consente sempre infatti, «*a prescindere dal loro valore, le modifiche non sostanziali*». La disposizione, in attuazione del criterio della legge delega volto ad ampliare la portata delle varianti in corso d'opera, rappresenta dunque l'ennesimo strumento di apertura, a disposizione delle parti, a garanzia della conservazione dell'equilibrio del contratto e del raggiungimento dei loro interessi, che altrimenti rimarrebbero frustrati. La nuova formulazione in termini positivi - ma comunque non definiti rispetto alle fattispecie non sostanziali indicate al comma 1 e per questo avversata da buona parte della dottrina¹⁰⁶ - diversamente dalla disciplina previgente è frutto di una valutazione del Legislatore che ritiene opportuno rimettere alla discrezionalità della stazione appaltante, chiamata a esprimersi sulle diverse circostanze del caso concreto, l'individuazione delle fattispecie di modifica ammesse nell'ordinamento giuridico. Spetta dunque alle parti e soprattutto all'Amministrazione, ritenuta anche in questo caso qualificata a tradurre sul campo i precetti normativi, gestire le difficoltà tecniche dei cantieri nell'ottica del raggiungimento del risultato, senza mettere a repentaglio la legalità dell'affidamento.

Al tempo stesso è stato volutamente eliso il riferimento alla facoltà delle stazioni appaltanti di «*stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche*» dal momento che l'unica soglia ammessa anche senza previsione nella *lex specialis*, onde evitare che si traduca in modifiche sostanziali in violazione della

¹⁰⁵ A conferma del labile confine tra modifica sostanziale e non anche CGUE su fattispecie concrete che, a suo giudizio, non richiedevano una nuova procedura di affidamento: *ex multis* C-337/98 del 5.10.2000 *cit.*, per un esempio di modifica correlata all'evoluzione marginale dei macchinari oggetto dell'appalto; cfr. C-454/06 del 19.6.2008 *cit.*, per l'ipotesi di adeguamento dell'importo del contratto a seguito di conversione dei prezzi in euro determinante un arrotondamento e quindi un'esigua riduzione degli stessi; *ibidem*, punti 62, 85-86, per un'ipotesi di modifica non sostanziale derivante dall'inserimento di una clausola aggiuntiva che vincolava le parti a non risolvere un appalto di servizi a tempo indeterminato per un circoscritto arco temporale, con la previsione di uno sconto maggiore per la stazione appaltante in ragione delle quantità ordinate.

¹⁰⁶ Come rilevato dalla relazione ANAC (Osservazioni in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19, s.d. v. part. p. 32 ss., 44 ss) la norma avrebbe potuto essere più definita, non ammettendo espressamente modifiche sostanziali, così da evitare interpretazioni equivoche.

concorrenza, è quella già ricordata all'art. 120, comma 2, per prestazioni supplementari o varianti in corso d'opera (50 per cento dell'importo contrattuale) considerato che per eventuali soglie di importo superiore è comunque possibile introdurre apposite clausole nei documenti di gara iniziali ai sensi dell'art. 120, comma 1, lett. a)¹⁰⁷.

La disposizione anzi ricordata acquisisce concretezza grazie alla lettura in combinato disposto con il comma 7 modificato dal correttivo che specifica alcune tipologie di modifiche ammesse. Pur trattandosi di una norma riferita agli appalti di lavori, è emblematica perché, coerentemente con l'inversione di tendenza già vista derivante dalla direttiva del 2014, riconosce espressamente nella legislazione primaria la titolarità dell'appaltatore, in alternativa a quella dell'amministrazione (RUP e D.L.), ad avanzare proposte a garanzia della qualità della spesa e del raggiungimento del risultato¹⁰⁸. Per tali ragioni il Legislatore richiede infatti il *quid pluris* dell'approvazione della stazione appaltante oltre all'autorizzazione del RUP necessaria per le altre tipologie di modifica¹⁰⁹. Tali modifiche, infatti, non sono imposte bensì subordinate all'accettazione dell'altra parte, in ossequio al principio superiore di collaborazione e fiducia tra le parti: l'amministrazione potrebbe non ritenere migliorativa la proposta in termini economici, ad esempio, perché pur se in diminuzione, la proposta cela dei costi di manutenzione più alti.

Fermo restando comunque, che tali fattispecie non assumano i caratteri delle modifiche di cui al comma 6¹¹⁰. Per esclusione dovrebbero dunque ritenersi sostanziali quelle proposte migliorative che stravolgono completamente il progetto e la funzionalità dell'opera la quale rappresenta limite invalicabile oltre che oggetto di verifica da parte del RUP nell'autorizzare e sottoporre la proposta all'approvazione della stazione appaltante.

¹⁰⁷ Si veda successivo §II.4.

¹⁰⁸ Così G. L. BARRECA, La rinegoziazione delle condizioni contrattuali (art. 120 codice dei contratti pubblici), *cit.*, 7.

¹⁰⁹ Coerentemente con quanto richiesto dalla giurisprudenza per le varianti migliorative in sede di offerta tecnica. In fase di esecuzione, ex art. 5, comma 4, all. II.14, risponde il direttore dei lavori per aver ordinato o lasciato eseguire modifiche senza aver ottenuto l'autorizzazione, salvo evitare danni gravi a cose e persone.

¹¹⁰ Come confermato dall'art. 5, comma 10, allegato II.14 secondo cui le varianti migliorative previste dall'art. 120 (quindi anche quelle ai sensi del comma 7) «non devono alterare in maniera sostanziale il progetto né le categorie di lavori». Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 13.08.2024 n. 7119 sulla configurabilità di una modifica migliorativa al progetto di carattere sostanziale: sono state proposte diverse variazioni al progetto sia da un punto di vista funzionale (sono stati aggiunti 8 campi da padel mentre non viene più previsto il campo di tennis, il rugby non è stato più contemplato all'interno del campo di calcio, la piscina non ha le stesse dimensioni originariamente concepite) che strutturale (aumento della superficie utile, ulteriore ampliamento della sala ristoro per 220mq e di quella coperta padel, beach volley e pista di pattinaggio). Oltre a evidenziare la violazione della *par condicio* e un notevole ridimensionamento degli interessi pubblici sottesi al progetto originario, la sentenza sottolinea che «la giurisprudenza eurolunitaria nonché la normativa interna non prevedono anche i "miglioramenti progettuali" tra i presupposti necessari onde poter dare luogo a simili modificazioni del contratto e della sua concreta esecuzione».

Nella vigenza dell'attuale codice, che prevede l'obbligatorietà del quadro esigenziale, lo stesso può sicuramente costituire un valido punto di riferimento per valutare quali siano aspetti migliorabili del progetto e quali invece non possano essere in nessun caso stravolti pena la compromissione delle esigenze della collettività dallo stesso evidenziato.

Non sono considerate sostanziali (e dunque sono consentite) le modifiche al progetto o contrattuali proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore con le quali innanzitutto, fermi i limiti anzi detti, si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione all'aumento dei costi dei materiali (lett. a, modifiche «compensative»). Esse rappresentano l'inserimento a regime delle varianti di cui all'art. 7 commi 2-ter e 2-quater¹¹¹ del Decreto legge 36 del 30 aprile 2022 recante misure urgenti per l'attuazione del PNRR che ammetteva, a fronte delle difficoltà economiche riscontrate nell'approvvigionamento dei materiali, proposte di varianti equipollenti per assicurare risparmi in compensazione¹¹². L'attuale disposizione si differenzia tuttavia riferendosi sia a modifiche di progetto che contrattuali, riconoscendone dunque la legittimità anche prima della consegna dei lavori; ammette altresì una compensazione rispetto all'aumento del costo delle lavorazioni con una portata più rispetto al solo incremento del costo dei materiali includendo, ad esempio, l'incremento della manodopera o del trasporto. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui, durante l'esecuzione di lavori di costruzione di un nuovo edificio sia necessario eseguire lavori secondari, con maggiori costi, di rinforzo delle pareti dove la compensazione potrebbe essere realizzata attraverso la sostituzione di uno dei materiali previsti nel progetto, purché presenti delle caratteristiche non lo snaturino. Si pensi ancora alla sostituzione di una finestra a vetro con un infisso in pvc.

E' evidente che la disposizione costituisca un rapido e utile strumento in cantiere, nella logica della collaborazione tra le parti in attuazione del superiore principio di cui all'art. 9, che consente di ripristinare l'equilibrio contrattuale perduto in caso di incremento del costo delle lavorazioni. Ciò è ammissibile e legittimo purché non si traduca in un *escamotage* per rimediare a un errore di formulazione del ribasso offerto in gara o alla sostituzione di un materiale antieconomico per l'operatore economico con

¹¹¹ Si veda art. 7 comma 2-quater: «*Nei casi indicati al comma 2-ter, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, la stazione appaltante o l'aggiudicatario possono proporre, senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera, una variante in corso d'opera che assicuri risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali*».

¹¹² Cfr. Relazione al codice dei contratti, cit., 172: «*L'emergere dell'obiettivo di risultato evidenziato nel PNRR anche come "da conseguire in tempo utile" e la contestuale necessità di consentire elasticità al progetto per compensare gli aumenti dei costi delle costruzioni ha portato ad introdurre con la citata conversione in legge del decreto legge n. 36 del 2022 la regola appena enunciata*».

altro materiale immediatamente disponibile. Trattasi evidentemente di valutazioni delicate su aspetti finanziari e tecnici che possono esporre il RUP a tentativi impropri di riequilibrio contrattuale da parte dell'impresa e a tal fine è previsto il supporto della stazione appaltante cui è comunque rimessa l'ultima parola nell'approvazione e nella valutazione della legittimità giuridica della modifica progettuale. Il rischio di abusi legati a ribassi eccessivi dovrebbe essere contenuto grazie all'obbligo di copertura economica (di cui si dirà poco più avanti) e alla necessità di garantire risparmio di spesa.

Il vero ampliamento del novero di modifiche non sostanziali è realizzato invece attraverso la fattispecie di cui alla lettera b) dell'art. 120, comma 7, c.d. «modifiche migliorative», recentemente estesa e modificata dal correttivo e da leggere in combinato disposto con l'art. 5, comma 3, dell'allegato II.14¹¹³. La disgiunzione dovrebbe far propendere per la natura alternativa di tutte e tre le tipologie di soluzioni migliorative, a meno di considerare disgiuntiva soltanto la valutazione in termini di ultimazione dell'opera. Tale fattispecie rappresenta un esempio pragmatico, soprattutto per la previsione di un'eventuale riduzione dei tempi di ultimazione dell'opera, del principio del risultato oggi consacrato a livello normativo e permette di ottimizzare progetti esecutivi che presentano margini di miglioramento. Come osservato dalla relazione del Consiglio di Stato¹¹⁴, è sicuramente nell'interesse dell'Amministrazione, ma soprattutto della comunità, usufruire dell'opera pubblica nel più breve tempo possibile – con minori rischi di sopravvenienza incidenti sull'andamento previsto (primo tra tutti l'aumento di costi) - o con un risparmio economico. A seguito dell'entrata in vigore del correttivo è inoltre contemplata, sempre alla lettera b), una sorta di rinegoziabilità sui materiali non esistenti al momento della progettazione che possono determinare miglioramenti in termine di costi e tempi di esecuzione, sempre previa autorizzazione della stazione appaltante.

La disposizione sembra inoltre aver recepito la distinzione, derivante dalla annosa *querelle* giurisprudenziale, tra variante e soluzione migliorativa presentata in sede di offerta. La giurisprudenza è ormai granitica sul punto, considerando proposte migliorative quelle che investono singole lavorazioni o aspetti tecnici, senza modificare

¹¹³ Art. 120 comma 7 lett. b): «*si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera, ivi compresa la sopravvenuta possibilità di utilizzo di materiali, componenti o tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza incremento dei costi, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di parte di essa, o riduzione dei tempi di ultimazione*»; art. 5 comma 3: «*In tutti i casi in cui siano necessarie modifiche del progetto, anche ai sensi dell'articolo 120, comma 7, del codice, il direttore dei lavori, acquisito il parere del progettista, redige una relazione motivata contenente i presupposti per la modifica, sulla cui fondatezza si esprime il RUP per sottoporla all'approvazione della stazione appaltante. Gli eventuali costi per la progettazione delle modifiche devono trovare capienza nell'invarianza del quadro economico.*»

¹¹⁴ *Ibidem* nota 112.

struttura, funzione o tipologia del progetto e servono a rendere l'opera più adatta alle esigenze della stazione appaltante nel rispetto dei caratteri essenziali delle prestazioni richieste. Le varianti, invece, comportano modifiche al progetto tipologiche, strutturali o funzionali e sono ammissibili solo se previamente autorizzate dalla stazione appaltante¹¹⁵.

Da un punto di vista pratico e giuridico, tuttavia, non è sempre facile distinguere tra modifiche al progetto che realizzino soluzioni «*equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera*». Per questo motivo si ritiene che in virtù dell'ampia discrezionalità rimessa nel caso di specie all'amministrazione, potrebbero essere precisate nei capitolati speciali d'appalto o, ancor prima, nella redazione del progetto, individuando i criteri per poter valutare l'equivalenza e indirizzare l'appaltatore nella proposta di una modifica migliorativa, ad esempio, relativa a determinati materiali¹¹⁶. In questo modo si potrebbe arginare il rischio che il RUP, cui compete la valutazione sull'equivalenza o miglioramento, si trovi in situazioni delicate nelle quali l'esercizio della sua discrezionalità potrebbe trascendere in profili illegittimi o illeciti, oltre a ritardi nelle valutazioni a quel punto non imputabili alla controparte privata.

Rispetto alla lett. a), il miglioramento in termini economici non genera risparmi da utilizzare in compensazione e non risulta nemmeno imprescindibile considerato che la proposta migliorativa potrebbe avvenire anche a parità di prezzo e di tempo incidendo invece su aspetti tecnici (ad esempio sulle singole lavorazioni, sui materiali o ancora sulle modalità esecutive) che, sulla scorta delle coordinate ermeneutiche sopra ricordate, non stravolgono né la funzionalità dell'opera né il progetto in maniera sostanziale.

A titolo di esempio si illustra una proposta migliorativa avanzata nell'esecuzione di un appalto oggetto di indagine tecnica e giuridica.

¹¹⁵ *Ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 9 luglio 2024, n. 6092 secondo cui «Le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara e oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante».

¹¹⁶ Cfr. TAR Campania, Sez. I, 20.01.2025 n. 506, in www.giustizia-amministrativa.it che evidenzia che già nel disciplinare di gara il committente abbia incluso tra le possibili soluzioni migliorative, «*offerte migliorative che possono consistere in opere e attività complementari a quelle oggetto di appalto, nonché opere e forniture aggiuntive che, senza incidere sulla struttura e tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o aspetti tecnici dell'opera* [omissis] *caratteristiche dei materiali e dei prodotti proposti dal concorrente*». In senso critico la nota a sentenza di L. OLIVIERI, *Il problema delle migliorie quantitative negli appalti*, in *Appalti&Contratti*, 2025, secondo cui migliorie quantitative derivanti da lavorazioni aggiuntive, soggette comunque al ribasso, dovrebbero tuttavia essere ben esplicitate affinché non celino un'incidenza negativa sul costo del personale e sulle ore lavorate.

In un intervento di ampliamento di una mensa scolastica, aggiudicato con il criterio del minor prezzo, l'impresa esecutrice propone una modifica migliorativa al progetto esecutivo. Originariamente la copertura dell'edificio prevedeva l'uso prevalente di legno, con alcune campate in acciaio mentre l'impresa propone la realizzazione dell'intera copertura in legno. La modifica, a parità di costi, è valutata favorevolmente dal direttore dei lavori, previo parere del progettista ai sensi dell'art. 120, comma 7 e del collaudatore. I vantaggi riguardano sia gli aspetti tecnici (migliore funzionalità della copertura, maggiore flessibilità nella gestione degli impianti, semplificazione dei nodi costruttivi) sia quelli temporali (riduzione dei tempi di posa e maggiore efficienza in cantiere). Dal punto di vista architettonico, la variante migliora l'omogeneità della struttura legata all'utilizzo di materiali analoghi in ogni parte della copertura, rendendola più coerente con il contesto verde circostante e le esigenze dell'amministrazione, oltre che l'impalcato e l'estetica¹¹⁷. La proposta non sembra assumere i connotati di una modifica sostanziale in quanto non introduce nuove categorie di lavorazioni rispetto al capitolato, non incide sulle classifiche o categorie SOA richieste¹¹⁸, non altera l'equilibrio economico del contratto dal momento che si tratta di soluzione a parità di costo per entrambe le parti e mantiene la funzionalità dell'opera, migliorandola¹¹⁹.

Labile è il confine con la diversa fattispecie delle modifiche proposte ai sensi dell'articolo 5, comma 10, allegato II.14 già previste dal previgente articolo 8, comma 8, del D.M. n. 49/2018, le quali sono di esclusiva ideazione dell'appaltatore in apposita perizia, valutate dal direttore dei lavori che le presenta al RUP e finalizzate a una diminuzione dell'importo originario dei lavori (volendo, sebbene la norma parli di invarianza dei tempi, anche dei tempi di esecuzione), attraverso miglioramento di aspetti funzionali, nonché di singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto.

Il MIT è intervenuto sulla tematica in oggetto a seguito di proposta di modifica relativa ad alcune voci di consolidamento di pareti in muratura (sostituendo un materiale all'interno di un processo di lavorazione sostanzialmente invariato), migliorativa da un punto di vista tecnico e temporale¹²⁰. La stazione appaltante ha chiesto se fosse possibile tradurre la miglioria proposta dall'impresa nel vantaggio economico derivante

¹¹⁷ Su quest'ultimo aspetto cfr. TAR Molise, Sez. I, 14.10.2019, n. 340 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁸ TAR Piemonte, sez. I, 21.2.2025 n. 424 sulla necessità che l'impresa che proponga migliorie consistenti nella realizzazione di opere aggiuntive sia in possesso di adeguata SOA per eseguirle.

¹¹⁹ Le considerazioni sembrano suffragate dalla relazione al codice, 172, secondo cui «*con il comma 7 dell'art. 120 si propone che, a regime, le varianti che trovano copertura nelle somme a disposizione del quadro economico e non comportano aumenti di spesa e che mantengono la piena funzionalità dell'opera (e, quindi, a maggior ragione la natura del contratto) siano sempre ammesse se adeguatamente motivate da miglioramenti in termini di qualità dell'opera e/o di tempi di ultimazione*».

¹²⁰ MIT in risposta al quesito 18.07.2024, n. 2737.

dall'applicazione della revisione prezzi di cui all'articolo 26, comma 6-quater del D.L. 50/2022. Sussistendo nella fase esecutiva del contratto i presupposti di cui al precedente art. 106 e quindi una variante migliorativa, il MIT ha ritenuto di escludere il vantaggio attraverso l'istituto della revisione prezzi ritenendo invece necessario applicare l'art. 8, comma 5, del DM 49/2018 con l'introduzione dei nuovi prezzi da contratto derivanti dalla modifica migliorativa, anche se non più attuali.

Il correttivo ha inoltre ampliato le possibilità di modifiche «opportune»¹²¹ sotto il profilo tecnico ed economico ammettendo altresì variazioni imposte dal solo direttore dei lavori (senza precisazioni ulteriori e senza a ben vedere un'istruttoria tra più soggetti), purché ragionevoli e sempre finanziabili con le risorse già previste nel quadro economico, previo confronto, si suppone, con la stazione appaltante (comma 7 lett. c).

Diverse ancora sono le modifiche di dettaglio di cui all'art. 5, comma 9, allegato II.14 disposte dal direttore dei lavori e comunicate semplicemente al RUP, che non comportino aumenti o diminuzioni dell'importo contrattuale: ad esempio la specificazione in numeri precisi della dimensione minima, prevista dal prezzario regionale, per la posa in opera di determinate mattonelle; anche in questo caso risulta prezioso dettagliare nel capitolato speciale cosa si intenda per modifiche di dettaglio per concretizzare la fattispecie, dovendo comunque trattarsi di aspetti minimali la cui conformità prestazionale deve sempre essere vagliata dal direttore dei lavori¹²².

La possibilità di rinegoziare in modo compensativo, migliorativo o in dettaglio è comunque ammessa entro due principali limiti, quello della non sostanzialità e quello delle «*somme a disposizione del quadro economico*» autorizzato (anche a fronte di precedenti varianti), sebbene ciò non implichi necessariamente una riduzione dell'importo contrattuale. Infatti, le risorse necessarie potrebbero essere attinte da altre voci come gli imprevisti o le economie di gara¹²³. Questa possibilità, confermata anche dall'art. 5, comma 3 dell'allegato II.14, che fa riferimento all'«invarianza del quadro economico», consente alla stazione appaltante di intervenire tempestivamente per correggere eventuali sbilanciamenti o migliorare l'intervento in corso d'opera, senza compromettere l'equilibrio complessivo del contratto. Le modifiche non sostanziali, pur non ancora chiaramente delimitate, si configurano quindi come strumenti flessibili per rispondere alle esigenze emerse in fase esecutiva.

¹²¹ Così Cons. Stato parere 2.12.2024, n. 1463. Della stessa natura appare, in accoglimento di quanto suggerito dallo stesso Consiglio di Stato, l'ultima fattispecie introdotta a integrazione delle precedenti, su iniziativa del direttore dei lavori.

¹²² Così MIT in risposta al quesito 30.01.2025 n. 3179.

¹²³ Come osserva M. OSCURATO, *Modifiche migliorative e compensative e modifiche migliorative in diminuzione proposte dall'esecutore*, in Appalti&contratti, 2024.

II.4. Le modifiche previste in clausole precise chiare e inequivocabili: adesso anche clausole di rinegoziazione

Circoscritti i limiti delle ipotesi di rinegoziabilità, è possibile addentrarsi nell'esame di quegli strumenti richiamati indirettamente dall'art. 9 che rappresentano il compromesso tra la necessità di adeguare il contratto di durata in corso d'opera e il principio dell'immodificabilità dell'offerta.

Nessun problema, o quasi, dovrebbe porsi per le modifiche c.d. programmate «*previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali*» anche in forma di opzione (art. 120, comma 1, lett. a), non sostanziali dal punto di vista qualitativo e applicabili a prescindere dal loro valore economico. Essendo già previste *ex ante* a garanzia della massima trasparenza preventiva nei confronti di tutti i partecipanti, impediscono violazioni del diritto eurounitario sempre che il loro contenuto non trasmodi in un'alterazione snaturante.

Il fondamento della disposizione è rinvenibile nel Considerando 111¹²⁴ della Direttiva 2014/24/UE, in cui è indicata la possibilità per l'amministrazione di prevedere fin dall'inizio modifiche all'interno dei documenti di gara (tra tutti il capitolato speciale d'appalto o il disciplinare). Affinché tali clausole si traducano in un precetto operativo, limitando tutto ciò che potrebbe rivelarsi una modifica sostanziale¹²⁵, devono precisare sin da subito, come prescritto anche dall'art. 72, comma 1 lett. a) della Direttiva, i presupposti, gli effetti, le prestazioni, l'importo, la quantità, il tempo di prolungamento di esecuzione del contratto e i luoghi in cui sarà eseguita la modifica¹²⁶.

La definizione dei contenuti operativi nei contratti pubblici manifesta tuttavia una certa complessità, considerata l'assenza di indicazioni puntuali da parte del Legislatore. L'unico punto fermo, differentemente dai contratti di diritto privato dove le parti godono di ampia libertà nel definire e rinegoziare le condizioni contrattuali, è rappresentato dal limite alla stazione appaltante di un potere di modifica illimitato.

¹²⁴ Il Considerando 111 della direttiva 2014/24/UE prevede un elenco di fattispecie prevedibili a priori onde evitare il conferimento alla stazione appaltante di una discrezionalità illimitata: a) Indicizzazione dei prezzi; b) Garanzia di adeguatezza tecnologica o in caso di modifiche dei protocolli di comunicazione per le apparecchiature di comunicazione da fornire; c) Adattamento del contratto per difficoltà tecniche apparse durante il funzionamento o la manutenzione (quest'ultimo, a parere di chi scrive, un esempio sulla falsa riga delle clausole c.d. *hardship* da cui prendere spunto per le clausole di rinegoziazione di cui all'art. 9, comma 4, d.lgs. 36/2023); d) Inclusione nella manutenzione ordinaria di interventi di manutenzione straordinaria che si rendano necessari per garantire continuità nell'erogazione di un servizio pubblico.

¹²⁵ Cfr TAR Toscana, 24.03.2020 n. 354 in www.giustizia-amministrativa.it sul divieto di modifica dell'oggetto della prestazione (lavoro o servizio in gara) ai fini del rispetto del limite di non alterazione della struttura del contratto e dell'operazione economica sottesa.

¹²⁶ I contenuti devono essere dettagliati in modo così preciso che sorge il dubbio che si possa parlare di modifiche contrattuali o di mera attuazione delle previsioni della *lex specialis*.

Contributi significativi provengono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia come ad esempio nella causa *Succhi di Frutta* già citata dove la Corte ha ritenuto ammissibile una modifica al contratto di servizio di ritiro della frutta, prevista sin dall'origine, che prevedesse la sostituzione della frutta oggetto della fornitura con quella di altro genere, in presenza di oggettiva irreperibilità sul mercato. E' stata così riconosciuta la possibilità di introdurre meccanismi di flessibilità, purché vincolati a condizioni oggettive e predeterminate. Ancora, nel caso *Commissione c. Spagna*, relativo a una concessione per la gestione autostradale, la mancata inclusione, nel capitolato d'oneri, di un ampliamento solo menzionato nel bando, ma non ben precisato nei contenuti, ha reso il successivo affidamento illegittimo, in quanto non consentiva ai concorrenti di formulare un'offerta pienamente consapevole¹²⁷.

Sulla scorta delle coordinate ermeneutiche sopra riportate, una clausola di rinegoziazione dovrebbe considerarsi legittima purché riferita a prestazioni già previste nel contratto iniziale, purché mantenga inalterate le condizioni economiche e purché limiti in modo chiaro l'estensione delle modifiche (indicativamente in misura non superiore alla prestazione iniziale¹²⁸). Tali requisiti, coerenti con l'art. 120, comma 1, lettera a) del codice, rappresentano una garanzia per il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento previsti dal diritto eurounitario, limite ultimo di qualunque modifica contrattuale.

La modifica programmata è prevista generalmente in forma di opzione che l'amministrazione può esercitare ai sensi dell'art. 1331 c.c.¹²⁹ e dell'art. 1, comma 1 bis, L. n. 241 del 7 agosto 1990: come precisato dalla giurisprudenza, trattasi di un diritto potestativo dell'amministrazione, di natura strettamente privatistica, di accettare la proposta contrattuale irrevocabile dell'aggiudicatario offerta già in sede di gara ed implementata al momento del bisogno manifestato dal committente, agli stessi patti e condizioni¹³⁰. Fermo restando che l'aggiudicatario deve essere in possesso dei requisiti di

¹²⁷ Si veda, per tali considerazioni, M. E. COMBA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.

¹²⁸ Così, parere MIT 21.06.2024 n. 2644: «*In ordine alla previsione di lavori aggiuntivi opzionali di importo superiore a quello dei lavori principali, l'opzione si presenta illegittima alla luce del richiamato art. 120, comma 1, lett. a), d.lgs. 36/2023, che richiede che le clausole di opzione non debbano alterare la struttura del contratto e dell'operazione economica sottesa all'operazione contrattuale*».

¹²⁹ Art. 1331 c.c.: «*Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'articolo 1329*».

¹³⁰ *Ex multis* TAR Veneto, Sez. III, 14.09.2023, n. 1285 in www.giustizia-amministrativa.it. Nella pratica, essendo già stati dettagliati il contenuto e le modalità di esercizio, non occorre stipulare un nuovo contratto, ma è sufficiente che l'amministrazione comunichi alla controparte la volontà di esercitare il proprio diritto, rispetto al quale l'esecutore si trova in una posizione di soggezione. Preliminarmente, perfezionandosi una nuova obbligazione giuridica, occorre che l'amministrazione provveda con un autonomo impegno di spesa attraverso una determinazione in cui si dispone di avvalersi dell'opzione

qualificazione, anche per le ulteriori prestazioni, accertati già prima dell'aggiudicazione¹³¹ e che abbia rinunciato, con la presa visione della documentazione di gara, ad avanzare qualunque pretesa economica laddove l'opzione non sia esercitata. In particolare, per quanto riguarda l'importo dell'opzione, come previsto dall'art. 14 del codice, lo stesso deve essere computato ai fini del calcolo dell'importo stimato nonché, come precisato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ai fini del calcolo della percentuale di aumento contrattuale complessivo dovuto alle varianti, laddove l'opzione sia stata esercitata¹³².

Esempio classico in tal senso è la previsione, da parte dell'amministrazione, di opere complementari all'opera pubblica principale la cui realizzazione è subordinata al reperimento di ulteriori risorse finanziarie. Fermo restando il limite delle risorse economiche per le prestazioni aggiuntive, per le quali non occorre la copertura finanziaria sin dall'indizione della gara¹³³, a parere di chi scrive, la stazione appaltante dovrebbe sempre disciplinare simili ipotesi in via anticipata, onde velocizzare l'esecuzione complessiva dei lavori ed evitare che una asimmetria informativa tra le parti trasmodi in un'elusione normativa.

Un'ulteriore esemplificazione di modifiche programmate che può rappresentare una risposta, per ripristinare l'equilibrio contrattuale sbilanciato, alternativa alla moneta economica, è l'opzione di proroga di cui al comma 10, oggi distinta con apposito comma rispetto alla proroga c.d. tecnica¹³⁴. Come già detto anticipato al §II.1, rinegoziare significa intervenire su tutti gli elementi del contratto, incluso il tempo. Se la

(eventualmente a fronte dell'avvenuto reperimento delle risorse finanziarie).

¹³¹ *Ibidem* nota 128 «la qualificazione che va richiesta all'operatore economico deve avere riguardo, oltre ai lavori principali, anche a quelli opzionali ex art 120, co. 1, lett. a), d.lgs. 36/2023 (benché l'attivazione di questi ultimi sia incerta), i quali ultimi, poi, vanno computati ai sensi dell'art. 14, co. 4, d.lgs. 36/2023 nell'importo stimato dell'appalto pubblico».

¹³² Cfr. Parere MIT 17.04.2024 n. 2394. Si veda anche, parere MIT 29.10.2024 n. 2918 in www.serviziocontrattipubblici.it sulla differenza tra opzione e variante in corso d'opera: la prima infatti, può essere esercitata nei limiti dell'importo previsto e appositamente accantonato nel quadro economico; la seconda, laddove inferiore al quinto d'obbligo (calcolato sull'importo contrattuale comprensivo di precedenti varianti approvate), può essere esercitata nel limite predetto attraverso risorse diverse da quelle previste per finanziare l'opzione contrattuale e richiede la firma da parte dell'esecutore di un apposito atto di sottomissione.

¹³³ La copertura finanziaria, per la parte opzionale, non deve essere assicurata sin dalla aggiudicazione in quanto, per effetto della contabilità armonizzata, l'impegno economico scaturisce dall'obbligazione giuridica concreta, che - in un primo momento - è riferita alle sole opere obbligatorie. Trattasi di fatto, di una formazione eventualmente a formazione progressiva, come affermato per una fattispecie simile dalla Corte dei Conti, sez. appello, 8.03.2019 n. 39 in www.corteconti.it.

¹³⁴ Per la differenza tra opzione di proroga programmata sin dalla fase di gara, ai sensi del comma 10, che può prevedere anche l'applicazione di prezzi più favorevoli rispetto al contratto principale, e la proroga c.d. tecnica del contratto in corso, di cui al comma 11, legittima solo laddove sia già stata bandita una nuova gara per il tempo strettamente necessario alla conclusione della stessa, si veda *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 15.04.2024 n. 3403 in www.giustizia-amministrativa.it; cfr. anche S. USAI, *Modifica dei contratti nel nuovo codice appalti e il micro sistema normativo*, in *Appalti&Contratti*, 2023.

variabile temporale costituisce elemento in astratto non modificabile, è altresì vero che in caso di previsione, sin dagli atti di gara, di una proroga programmata, sono assolutamente tutelate le esigenze di trasparenza anche in fase di esecuzione e pertanto la modifica risulta ammissibile¹³⁵. Solo in questo modo la clausola non si traduce in una modifica sostanziale dei tempi di esecuzione come recentemente interpretata e sanzionata dalla Corte di Giustizia¹³⁶. Attraverso il prolungamento della durata contrattuale, è possibile dunque compensare eventuali maggior costi subito impropriamente dall'operatore economico sempre in virtù dell'esigenza di conservazione del contratto e dell'equilibrio contrattuale che in questa fase rappresentano esigenze superiori rispetto alla tutela del mercato.

Nel caso in cui l'opzione di proroga non sia stata prevista negli atti di gara, la stazione appaltante non può apportare alcuna modifica alla durata del contratto e una volta scaduta la sua esigibilità, un eventuale prolungamento temporale configurerebbe un'ipotesi di affidamento illegittimo senza gara.

Questa modalità anticipata di redazione dovrebbe fungere da paradigma costruttivo anche per la revisione prezzi (oggi prevista autonomamente nell'art. 60), ma soprattutto, considerato il disposto dell'art. 9, comma 4 per la conservazione dell'equilibrio contrattuale, per le clausole di rinegoziazione ivi previste in quanto solo allora, attraverso un riempimento dei contenuti da parte dell'amministrazione, sarà possibile discernere di un vero e proprio diritto alla rinegoziazione¹³⁷.

Sebbene la norma non sia innovativa nella parte in cui favorisce, da parte delle stazioni appaltanti, l'inserimento di clausole di rinegoziazione, essendo tale facoltà già riconosciuta dalla stessa direttiva 2014/24/UE, è comunque interessante perché sollecita il ricorso a uno strumento già previsto per legge ma del quale le stazioni appaltanti nazionali non sembrano averne fatto utilizzo nonostante il potenziale, nel rispetto del diritto europeo, per il superamento delle criticità nell'esecuzione dei contratti di lunga durata. Invero, complice la particolare struttura del contratto di cui si è già accennato al §I.3, l'amministrazione, in quanto portatrice di un interesse pubblico è onerata di far sì che il contratto sia eseguito nel migliore dei modi possibili ed è per

¹³⁵Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 12.09.2023, n. 8292 e TAR Lombardia, 10.1.2025 n. 329: la proroga comma 10 è legittima solo se prevista già in fase di gara.

¹³⁶ Vedi CGUE Sez. X, 7/12/2023 n. C-441/22 e C-443/22 *cit.* al §II.2.

¹³⁷ Sul punto, come già anticipato al §I.2, il bando tipo ANAC non fornisce esempi utili: da questo punto di vista il bando tipo potrebbe compiere uno sforzo ulteriore per rappresentare il prototipo con tutte le possibili clausole che potrebbero essere previste nel bando.

questo che la stessa deve favorire le clausole di rinegoziazione, o soccorrere attraverso un apposito accordo ai sensi dell'art. 120, comma 8¹³⁸.

Un esempio in tal senso sembra invece fornito dal Parere affermativo del MIT n. 2675 del 26.09.2024 circa la possibilità di inserire clausole di rinegoziazione nel bando di gara per la disciplina di variazioni del costo del lavoro *«estendendo il riequilibrio negoziale oltre l'eccezionale e con regole diverse da quanto previsto dalla disposizione imperativa di cui all'art. 60 (riconoscendo ad es. l'intero quantum di incremento del costo del lavoro soprattutto con riferimento ai contratti ad alta intensità di mano d'opera anche al fine di non vedere frustrato l'art. 11, nei contratti maggiormente esposti per durata alle sopravvenienze»*.

Si pensi ancora, in riferimento alla rinegoziazione conseguente da carenze progettuali di cui *infra* al §II.9, al potenziale delle suddette clausole chiare, precise e inequivocabili per la definizione della responsabilità del progettista e delle prestazioni integrative richieste a quest'ultimo dall'amministrazione quale risarcimento in forma specifica.

E' evidente che si tratti di uno strumento, che se ben utilizzato da un'amministrazione accorta e organizzata, si presta a moltissime applicazioni nel pieno rispetto dei principi cardine della contrattualistica pubblica.

¹³⁸Le clausole di rinegoziazione pongono un'altra criticità circa la natura dell'accordo di rinegoziazione, se novativo o meno, che come si vedrà al §II.8, a parere di chi scrive, potrebbe assumere anche la forma di un accordo di collaborazione.

II.5. Lavori, servizi e forniture supplementari: intervenire sulla quantità per bilanciare gli interessi

Come già ricordato nel capitolo I del presente elaborato, la comparsa di sopravvenienze imprevedibili durante l'esecuzione di un contratto di durata, quale il contratto (pubblico) d'appalto, può determinare un incremento imprevisto di prestazioni e obbligazioni *ultra vires*. In presenza di determinati presupposti, sono consentite deroghe alla concorrenza finalizzate al raggiungimento del risultato contrattuale e alla continuità del rapporto stesso.

L'eventualità di integrare l'oggetto contrattuale con lavori, servizi o forniture complementari, riletta alla luce della conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9, rappresenta un ulteriore strumento, anche importante, per la sua possibile estensione fino al 50 per cento dell'importo contrattuale. E' un'ipotesi di modifica che consente di contemperare i delicati interessi coinvolti e ripristinare il punto di equilibrio fra i contraenti, spesso non considerata dal RUP che invece si sforza di ricondurre le fattispecie concrete alle varianti in corso d'opera. In questa nuova chiave di lettura, dove prevalgono l'obiettivo del risultato, l'esigenza manutentiva e il rapporto di fiducia tra le parti, la pubblica amministrazione, di fronte alle palesate difficoltà dell'operatore economico, può valutare un'estensione del contratto fino ai limiti anzidetti per far sì che il beneficio di tale estensione compensi eventuali costi maggiori sostenuti nel contratto principale.

L'affidamento di prestazioni supplementari inizialmente non previste e connesse a sopravvenute necessità, come sopra accennato, è tuttavia legittima ove il RUP abbia verificato che un cambiamento del contraente nel contempo «1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici; 2) comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi»¹³⁹.

La disposizione trova un riferimento parallelo nel considerando 108 della Direttiva appalti che ammette una possibilità di modifica al contratto «quando le consegne complementari siano destinate o al rinnovo parziale oppure all'ampliamento di servizi, forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare materiali, lavori o servizi con

¹³⁹ Come precisato nella relazione al codice, *cit.*, 172, la disposizione, oltre a una sua rilettura più coerente con la *ratio* della direttiva europea, è rimasta sostanzialmente invariata rispetto alla previgente normativa, fatta eccezione per la sostituzione, all'art. 120, comma 1, lett. b) n. 2, della parola «duplicazione» con «sostanziale incremento dei costi», meno equivoco e più rispondente alle esigenze delle parti.

*caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate*¹⁴⁰».

L'ipotesi normativa in oggetto è stata nel tempo precisata nei suoi contenuti dalla giurisprudenza onde garantire una corretta applicazione della stessa da parte dei contraenti e, soprattutto, del committente pubblico, in particolare per quanto riguarda il rapporto di complementarietà/sussidiarietà della prestazione, le condizioni di ammissibilità e gli importi massimi consentiti. Lo strumento previsto dall'art. 120, comma 1, lett. b) è stato ritenuto «*assolutamente derogatorio rispetto al principio del confronto concorrenziale e alla regola della gara*», e per questo rigidamente perimetrato nei suoi presupposti¹⁴¹.

Quanto al rapporto di necessità che deve sussistere tra le prestazioni oggetto del contratto principale e quelle oggetto di modifica supplementare, il ricorso all'istituto, ispirato a una logica di gestione delle sopravvenienze, è ammissibile soltanto laddove, dopo l'aggiudicazione, sopravvenga una necessità (*id est* ragioni sopravvenute) di ulteriori prestazioni (*id est* supplementari) non originariamente previste e non meramente aggiuntive ma funzionalmente connesse a quella originaria, senza le quali l'interesse alla base del rapporto contrattuale verrebbe ad essere in vario modo frustrato o, comunque, non completamente o proficuamente realizzato¹⁴². L'estensione contrattuale presuppone l'unitarietà dell'oggetto negoziale e non l'autonomia logistica delle prestazioni aggiunte rispetto a quelle originariamente pattuite.

E' ben possibile per il committente, a seguito di ulteriori finanziamenti ricevuti da altri enti o privati, valutare lavorazioni supplementari che si pongano nel rapporto di necessità anzidetto e che possano fornire un completamento rispetto alla prestazione originariamente prevista (ad esempio, la realizzazione di una mensa all'interno di una scuola a seguito della realizzazione di una palestra).

¹⁴⁰ Il riferimento alle consegne complementari sembrerebbe tuttavia assimilabile ai «*lavori o servizi complementari*» che possono essere affidati attraverso procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara di cui agli artt. 32, par. 3, lett. b), Dir. 2014/24 e 76, commi 4, lett. b) e 6 del Codice che disciplina le «*consegne complementari*» e la «*ripetizione di lavori o servizi analoghi*».

¹⁴¹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 07.10.2020 n. 5962 in www.giustizia-amministrativa.it e Parere ANAC in funzione consultiva 30.7.2024 n. 39.

¹⁴² Così TAR Toscana, Sez. III, 08.06.2017, n. 783; cfr. TAR. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 4.04.2023 n. 139 in www.giustizia-amministrativa.it che ha ritenuto il servizio di raccolta e trasporto di carta, vetro e secco non supplementare rispetto alla raccolta della c.d. forsu trattandosi piuttosto di «*un'operazione di riorganizzazione del servizio di raccolta e trasporto rifiuti, attraverso la frammentazione in diverse prestazioni – prima considerate unitariamente in ragione dell'ambito territoriale di riferimento e svolte in forma integrata dalla ricorrente – che sono state affidate senza gara a più operatori, mediante estensioni di contratti di appalto in essere. In tale contesto, la sottrazione alla concorrenza delle prestazioni estese non si configura quale inevitabile sacrificio, necessario per sopravvenute ed imprevedute esigenze pubbliche, ma rappresenta la stessa finalità ultima dell'operazione, sul presupposto che alla società pubblica – considerati i progetti di prossima internalizzazione del servizio – non convenisse economicamente fare ricorso al mercato, mediante indizione di un procedimento competitivo*».

È evidente che i lavori/forniture/servizi «*non previsti*» non debbano essere attribuibili ad un eventuale errore del progettista, dovendo trovare applicazione, altrimenti, la diversa disposizione di cui all'art. 120, comma 15-bis¹⁴³.

Quanto all'impraticabilità del cambiamento del contraente attraverso una nuova procedura di gara la stessa deve essere verificata e motivata dal RUP a causa di motivi tecnici ed economici (impraticabilità assoluta) o per notevoli costi e disagi (impraticabilità relativa). Stante il tenore letterale della norma compete dunque alla stazione appaltante (*rectius* al RUP) valutare attentamente la sussistenza dei presupposti non potendosi ritenere sufficiente, come precisato anche da ANAC, «*la sola dedotta presenza di "notevoli disagi" per l'amministrazione*»¹⁴⁴.

A tal fine si ritiene, dunque, che per dare concreta attuazione alla disposizione sia necessario uno specifico approfondimento, supportato da riscontrabili dati oggettivi e tradotto in un documento di analisi dei costi, a dimostrazione del vantaggio economico e della sicurezza che ne consegue dall'affidamento alla medesima impresa esecutrice piuttosto che ad un'altra, oltreché dei disagi dovuti all'allungamento dei tempi per una nuova procedura di affidamento (anche attraverso attestazioni di atti amministrativi). Il tutto accompagnato eventualmente da una relazione tecnica a conferma che, a fronte della ravvisata necessità, la stessa impresa sia l'unica in grado di eseguire con continuità le prestazioni.

Si pensi, a titolo di esempio, a un intervento di miglioramento sismico di un edificio nel corso del quale si rinvenga la necessità di estendere il miglioramento anche ad altre parti dell'edificio dove l'impraticabilità per motivi tecnici può essere ravvisata ad esempio nell'incompatibilità o interferenza tra apparecchiature o impianti già in cantiere rispetto a quelli forniti da un nuovo esecutore. Laddove fossero già stati sistemati dei ponteggi apparirebbe difficile e dispendioso oltre che poco agevole, richiedere ad un'altra impresa di attendere lo smontaggio dei ponteggi della prima incaricata per poi procedere alla nuova installazione di altri ponteggi. L'impraticabilità per motivi economici può manifestarsi anche come assenza di risorse da parte dell'amministrazione per un nuovo affidamento a prezzi diversi, o comunque come non convenienza economica¹⁴⁵ rispetto invece a un'impresa già in cantiere che dovrà verosimilmente mantenere gli stessi prezzi, o comunque più favorevoli rispetto a un nuovo affidamento (e anche di questo dovrà essere data apposita dimostrazione attraverso documentata

¹⁴³Si veda *infra* §II.9.

¹⁴⁴Ibidem nota 141.

¹⁴⁵ E. ESPOSITO, *Art. 120 D.Lgs. 31-03-2023, n. 36 - Modifica dei contratti in corso di esecuzione*, Codice Commentato.

richiesta di preventivo). Si pensi ancora per esempio a lavori supplementari di ripristino dell'intonaco di un edificio caduto durante la preparazione della superficie per lavori di tinteggiatura di una facciata.

In questo caso nulla osta all'applicazione della fattispecie in esame per l'affidamento di lavori supplementari all'operatore economico già esecutore, fermo restando il limite ultimo, di cui già ampiamente scritto al §II.2., della non sostanzialità dell'estensione contrattuale. Nell'esempio citato, laddove le lavorazioni supplementari in aggiunta appartenessero a una categoria SOA diversa da quella del contratto principale è evidente che l'eventuale estensione contrattuale ad altra categoria non prevista nell'originaria *lex specialis* si tradurrebbe in una modifica sostanziale; allo stesso modo, nel caso di un servizio, laddove l'affidamento dello stesso si estenda a più strutture collocate in diversi ambiti territoriali, l'estensione non potrebbe più considerarsi legittima¹⁴⁶.

Sarebbe altresì sostanziale, in violazione dell'art. 120 comma 2, un'estensione contrattuale che ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale, applicandosi tale limite, nel caso di più modifiche, al valore di ciascuna di esse¹⁴⁷. A differenza delle modifiche contrattuali *de minimis*¹⁴⁸ di cui al comma 3, il cui valore, se più di una, è accertato sulla base del complessivo importo contrattuale al netto delle successive modifiche, il predetto limite per lungo tempo ha costituito un nodo irrisolto dal momento che, considerando il valore della singola modifica, il risultato si tradurrebbe nel superamento del 50 per cento e quindi nell'elusione della norma che prevede espressamente che «*modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice*»: l'interpretazione preferibile ritiene applicabile il limite del 50 per cento del valore del contratto all'insieme delle modifiche che intervengono successivamente; il limite dovrebbe tuttavia tradursi non in un divieto assoluto ma in una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione che, laddove le modifiche comportino il

¹⁴⁶ Cfr. T.A.R. Campania, Sez. V, 26.03.2020, n. 1259, poi confermata da Cons. Stato, Sez. III, 07.10.2020 n. 5962 in www.giustizia-amministrativa.it per servizi sanitari Ris/Pacs con tecnologia Cloud, secondo cui «*l'avvenuto mutamento della prestazione originaria (sostanziatosi nell'estensione ad altri nove presidi ospedalieri e territoriali che si aggiungono, pertanto, all'ospedale già destinatario del contratto di appalto) si traduce, per il tramite dell'utilizzo della clausola di estensione e della stipula di un nuovo e diverso contratto (che costituisce un indice evidente dell'aliquid novi che la complessiva operazione realizza, risultando, altrimenti sufficiente la mera applicazione della clausola), nella sottrazione di tale segmento ulteriore della prestazione alle procedure ad evidenza pubblica*».

¹⁴⁷ Le modifiche di cui all'art. 120 sono applicabili anche agli affidamenti diretti così come il limite del 50 per cento che consente l'estensione contrattuale senza la richiesta di un nuovo CIG.

¹⁴⁸ L'art. 120, comma 3, contempla le modifiche ammesse in ragione del dato quantitativo, comunque non "snaturanti" il contratto, purché cumulativamente al di sotto delle soglie europee e al di sotto del 10% o del 15% a seconda che si tratti di servizi e forniture o lavori, a prescindere dal tipo di causa legittimante. Il nuovo codice, a differenza del precedente, precisa che tali soglie, anche in presenza di più modifiche, sono comunque riferite al valore iniziale del contratto.

superamento della soglia, avrebbe la facoltà (ma non l'obbligo) di risolvere il contratto ai sensi dell' art. 122 comma 1 lett. b) del vigente codice¹⁴⁹.

Non si nascondono comunque le perplessità di fronte all'ipotesi concreta in cui, a seguito di più modifiche intervenute, anche per ragioni diverse (quali cause imprevedibili e pertanto non imputabili all'amministrazione), nel corso dei lavori il committente dovrebbe sospendere l'esecuzione degli stessi per sopravvenuto superamento del limite iniziale del 50 per cento (con tutte le conseguenze in termini di messa in sicurezza del cantiere ed eventuale ristoro delle spese sostenute dalla ditta finché ivi permane) per procedere quindi a una nuova procedura di affidamento lasciando per il momento il cantiere in stallo. Salvo ammettere una proroga tecnica che comunque non risolverebbe la problematica avendo l'impresa esecutrice già superato i limiti consentiti.

Ai sensi dell'art. 120, comma 4, è precisato altresì che ai fini del calcolo del prezzo, quando il contratto contiene una clausola di indicizzazione, il valore di riferimento è il prezzo aggiornato.

Le modifiche per prestazioni supplementari (insieme a quelle per cause imprevedibili) presentano un alto rischio di elusione della norma in quanto occasione per affidare direttamente prestazioni senza gara. Per queste ragioni sono soggette, oltre che a una preventiva autorizzazione da parte del RUP ai sensi dell'art. 5, dell'allegato II.14, a specifici regimi di pubblicità circa la descrizione dell'oggetto prima e dopo la modifica, dell'eventuale aumento del prezzo e delle circostanze che hanno reso necessaria la modifica nonché soggette alla comunicazione ad ANAC.

¹⁴⁹Si vedano, parere Mims 11.06.2020 in risposta al quesito n. 683 e parere Mims 28.07.2021 in risposta al quesito n. 983.

II.6. La gestione delle sopravvenienze escluse dal *risk management* attraverso le c.d. «varianti in corso d'opera»: la causa imprevedibile dopo il Correttivo e il labile confine con l'errore progettuale

Come già evidenziato al §I.2 i rapporti di durata sono fisiologicamente soggetti alla prova del tempo ed esposti pertanto alle sopravvenienze che, successive al momento della redazione del progetto o all'indizione della gara, possono incidere, in modo più o meno rilevante, sul sinallagma contrattuale, modificando gli assetti economici-giuridici originariamente pattuiti e mettendo a repentaglio la stabilità e l'equilibrio del rapporto.

L'esercizio dello *ius variandi*, finalizzato alla ricostruzione di un equo regolamento di interessi tra le parti, ammette in questi casi varianti al contratto per riequilibrare le posizioni delle parti alla luce delle sopravvenienze intervenute. Il componimento degli interessi pubblici e privati induce pertanto a salvaguardare il rapporto tutte le volte in cui sia possibile una rivisitazione dei contenuti senza intaccare altri principi (primo fra tutti la *par condicio*)¹⁵⁰.

Il compromesso tra il principio *pacta sunt servanda* (immodificabilità assoluta dei contratti pubblici) e il principio *rebus sic stantibus* (modificare per ripristinare l'equilibrio) trova dunque, una prima espressione, nelle c.d. varianti in corso d'opera adottate per far fronte a circostanze imprevedibili¹⁵¹. La loro attuazione, rivista a seguito del criterio di cui alla lett. u), dell'art. 1, comma 2, della Legge delega, risulta oggi rimodulata in senso estensivo grazie alla consacrazione dei principi del risultato e dell'equilibrio contrattuale oltre che alla modifica di cui al comma 7 anzi visto; dall'altro lato è stata disciplinata in modo più puntuale, a seguito dell'entrata in vigore del correttivo al codice dei contratti.

Come chiarito tanto dal considerando 109 che dall'art. 72 lett. c) della direttiva appalti, «*il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione*

¹⁵⁰ Cfr. Cass. 29.4.2006, n. 10052 secondo cui anche nell'appalto di opere pubbliche è configurabile, in capo all'amministrazione committente, creditrice dell'*opus*, un dovere - discendente dall'art. 1206 c.c. (compimento, da parte del creditore, di quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione) e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede oggettiva, che permeano la disciplina delle obbligazioni e dell'esecuzione del contratto - di cooperare all'adempimento dell'appaltatore, attraverso il compimento di quelle attività, distinte rispetto al comportamento dovuto dal debitore, necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato, inclusa l'elaborazione di varianti in corso d'opera.

¹⁵¹ Come di seguito illustrato, il riferimento è a quelle «*modifiche che riguardano l'oggetto del contratto sul versante dei lavori da eseguire*» (nulla preclude di riferire la disciplina in questione anche alle forniture da erogare o ai servizi da svolgere), per distinguerle da quelle che afferiscono esclusivamente all'indicizzazione del corrispettivo e che dovrebbero oggi essere ricondotte alla fattispecie di cui all'art. 60. Arg. da Cons. Stato, Sez. III, 11.7.2023 n. 6847, Cons. Stato, Sez. IV, 31.10.2022 n. 9426, Cons. Stato Sez. II, 28.08.2020, n. 5288; Cons. Stato, Sez. V, 02.08.2019, n. 5505 in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile».

Sulla nozione di imprevedibilità si è di recente pronunciata anche la Corte di Giustizia UE, con la sentenza già richiamata, affermando che le condizioni meteorologiche abituali e i divieti regolamentari di esecuzione dei lavori, pubblicati in anticipo e applicabili al periodo di esecuzione del contratto, non possono essere considerati come circostanze non prevedibili dall'amministrazione¹⁵². Il suggerimento individuato dalla pronuncia, in situazioni a sua detta prevedibili come quelle descritte, potrebbe essere la loro disciplina già in fase di gara come clausole di riesame in forza delle quali le condizioni di esecuzione possano essere eventualmente riadattate in caso di sopravvenienza dell'una o dell'altra circostanza. In questo modo tutti gli operatori interessati alla procedura sarebbero a conoscenza, sin dall'inizio, delle condizioni indicate e in posizione di parità.

Quanto alla diligenza tecnica richiesta all'amministrazione aggiudicatrice, come evidenziato dal considerando 109, la stessa è calibrata sulla singola amministrazione, onde garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. Ancora una volta il Legislatore conferma, nello spirito della fiducia che contraddistingue il vigente quadro normativo, la discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'attuazione dei contenuti previsti dalla norma, come già rilevato nei §§I.2 e II.4, senza che il Bando-tipo fornisca elementi utili per effettuare previsioni *ex ante* e limitare margini di errore¹⁵³. La diligenza tecnica non è tuttavia obbligo esclusivo dell'amministrazione, ma riguarda anche l'appaltatore. Quest'ultimo, al momento dell'esame del progetto o della consegna della prestazione, ha

¹⁵² CGUE, 7.12.2023 cause riunite C-441/22 e C-443/22, cit., si rinvia §II.2. Il divieto regolamentare di specie, di cui all'articolo 15, paragrafo 1, della legge sullo sviluppo costiero del Mar Nero, era relativo all'esecuzione dei lavori di costruzione e di installazione nelle località balneari nazionali sulla costa del Mar Nero durante la stagione turistica tra il 15 maggio e il 1 ottobre 2019. La stessa Corte, come già illustrato, ha ritenuto che un termine di esecuzione posticipato eccessivamente per sospensioni e cause imprevedibili assume i connotati di una modifica sostanziale.

¹⁵³ Sempre la Corte di Giustizia, nella sentenza richiamata, relativamente alla diligenza tecnica che compete all'amministrazione nella valutazione di tutti gli aspetti dell'intervento, afferma che la stessa, nel preparare un appalto pubblico, deve dimostrare di aver considerato rischi di ritardo prevedibili, come condizioni meteo abituali o divieti regolamentari già noti, poiché in assenza di tali previsioni nel bando, non risulta giustificabile il superamento del termine contrattuale. Desti un po' di perplessità, a parere di chi scrive, la previsione dell'obbligo di prevedere le condizioni meteorologiche: sicuramente il progettista dovrebbe sempre redigere un crono-programma realistico tenuto conto anche delle stesse; sembra tuttavia provare un po' troppo e irrealistico non riconoscere l'imprevedibilità laddove le stesse siano particolarmente avverse oppure fuori stagione.

il dovere di verificare preventivamente la correttezza tecnica del progetto fornito dal committente, considerando anche le caratteristiche specifiche del territorio in cui la prestazione deve essere eseguita, posto che dalla corretta progettazione, oltre che dall'esecuzione dell'opera, dipende il buon esito dell'intervento. Come confermato dalla giurisprudenza, un appaltatore che diligentemente abbia preso coscienza delle caratteristiche della prestazione da eseguire difficilmente potrà avanzare ulteriori pretese economiche, a meno che non si verifichino eventi imprevedibili, non rilevabili in anticipo neanche con strumenti tecnici adeguati¹⁵⁴.

Soltanto l'evento assolutamente imprevedibile, escluso dall'analisi del *project risk managment* che ogni stazione appaltante dovrebbe attuare prima della realizzazione di un progetto, può consentire l'adozione di una variante in corso d'opera.

Quanto al momento di indagine dell'imprevedibilità dell'evento, l'art. 120 comma 1 lett. c) del nuovo codice, sebbene indirizzato alla conservazione dell'equilibrio e del contratto, lo individua, in alternativa, a valle della validazione del progetto esecutivo, dell'indizione di gara o della stipula del contratto. Diventa dunque importante tornare, a ritroso, a uno di questi tre momenti per comprendere se gli eventi imprevedibili potevano essere almeno ipotizzati e la programmazione diviene dunque uno strumento per risolvere problematiche in fase esecutiva.

A seguito dell'entrata in vigore del Correttivo al codice¹⁵⁵, che ha inciso notevolmente sulla disposizione, la circostanza che ammette la variante, oltre che circoscritta alla sola imprevedibilità, come di seguito si avrà modo di esaminare, è stata oggi esemplificata in: 1) esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti¹⁵⁶; 2) eventi naturali straordinari e imprevedibili e i casi di forza maggiore che incidono sui beni oggetto dell'intervento; 3) rinvenimenti, imprevisi o non prevedibili con la dovuta diligenza nella fase di progettazione; 4) difficoltà di

¹⁵⁴ Emblematica in tal senso è la pronuncia della Corte d'Appello di Cagliari, 6.4.2023, n. 113 in www.giustizia-amministrativa.it che, riformando la sentenza di primo grado, ha escluso il fatto risarcibile del danno da ridotta produttività dell'impresa che aveva consapevolmente accettato due perizie di variante (peraltro su sua iniziativa con incremento dei tempi di esecuzione del contratto). Secondo i giudici infatti la produttività giornaliera non costituisce «un'entità patrimoniale autonoma, assicurata dalla stazione appaltante ma solo un indice di convenienza dell'affare che l'imprenditore è libero di considerare ai fini dell'accettazione del contratto e delle modifiche sopravvenute che su tale produttività possano aver inciso negativamente». Si veda più approfonditamente la giurisprudenza al §II.9.

¹⁵⁵ D.lgs. 31.12.2024 n. 209.

¹⁵⁶ Per considerazioni più approfondite su tale fattispecie si veda successivo §II.6.2, con particolare riferimento al rinnovo del contratto collettivo nazionale applicabile alla prestazione oggetto di appalto.

esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non prevedibili dalle parti in base alle conoscenze tecnico-scientifiche consolidate al momento della progettazione¹⁵⁷.

La norma offre sicuramente una descrizione più puntuale delle circostanze imprevedibili, riducendo la discrezionalità interpretativa grazie a un linguaggio chiaro e privo di rinvii normativi. Ciò è utile perché le varianti incidono su tempi, costi e gestione dell'appalto¹⁵⁸ e una maggiore chiarezza può consentire di orientarsi meglio nel complesso panorama normativo prevenendo responsabilità erariale per l'amministrazione. Tuttavia, pur essendo utile, questa elencazione non copre tutti i casi possibili, come osservato dalle fonti più autorevoli¹⁵⁹. La valutazione sull'imprevedibilità delle circostanze che giustificano modifiche contrattuali dovrebbe comunque rimanere prerogativa della stazione appaltante, chiamata a valutare la fattispecie caso per caso.

Non si può fare a meno di notare che la locuzione è molto simile a quella descritta dall'art. 9 che prevede le condizioni per l'attuazione del sub-procedimento di rinegoziazione¹⁶⁰. Da un lato l'art. 9 ammette la rinegoziazione solo se le circostanze imprevedibili siano anche «*straordinarie*»; dall'altro lato, l'art. 120, comma 1 lett. c), anche se non richiede la straordinarietà, consente modifiche per eventi patogeni come specificati oggi nel correttivo¹⁶¹; ancora la rinegoziazione di cui all'art. 9, riconosce

¹⁵⁷La c.d. sorpresa geologica di cui alla sentenza Cass. Civ., Sez. I, ord. 28.10.2024 n. 27830 in www.cortedicassazione.it.

¹⁵⁸ Per la disciplina applicabile, a seguito di adozione di perizia di variante, nei rapporti tra appaltatore e subappaltatori, si vedano gli interessanti spunti di cui alla recente pronuncia del TAR Gorizia, 12.2.2025 n. 36 in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, in assenza di disciplina trovano applicazione l'art. 1661 c.c. (che consente all'appaltatore di modificare unilateralmente il contratto purché la modifica sia compensata da un adeguamento del corrispettivo), l'art. 1671 c.c. sul recesso parziale e rimborso di spese sostenute, e l'art. 1664 c.c. sulla possibilità di rivedere il prezzo a fronte di uno scostamento dei costi delle materie prime superiore al decimo del prezzo pattuito.

¹⁵⁹L'ANAC, nel documento di audizione, ha evidenziato che il correttivo ha precisato «*meglio che cosa possa e che cosa, invece, non possa essere considerata circostanza imprevista e imprevedibile nell'ambito della variante in corso d'opera di cui alla lett. c)*» mettendo però in rilievo che «*la qualificazione come eventi straordinari dei "rinvenimenti imprevisti" (lettera b) del comma 15-bis) e delle "difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche" (lettera c) dello stesso comma 15-bis) potrebbe legittimare maggiormente la prassi, già ampiamente in uso da parte degli operatori economici, di iscrivere riserve su tali questioni (ad esempio, riserve da anomalo andamento dei lavori per imprevisto geologico)*». Il Consiglio di Stato, invece, con il parere n. 1463 del 02.12.2024 ha ritenuto che lo schema del correttivo corresse il rischio di rendere eccessivamente rigida e vincolante la tipizzazione e che fosse preferibile una elencazione a scopo meramente esemplificativo, indicazione di fatto poi recepita dal correttivo approvato in via definitiva.

¹⁶⁰ Si veda §I.2.

¹⁶¹ A voler essere ancora più precisi l'attuale art. 120, comma 1 lett. c) n. 2) elenca, tra le sopravvenienze passibili di eventuale variante in grado di incidere sul rapporto contrattuale, anche gli «eventi naturali *straordinari* e imprevedibili e i casi di forza maggiore che incidano sui beni oggetto dell'intervento», in parziale sovrapposizione con l'art. 9. In questo caso si ritiene che, diverse siano le conseguenze ma anche il momento dell'indagine circa la straordinarietà e l'imprevedibilità. Nel caso di una variante per causa imprevedibile, la stazione appaltante potrebbe modificare parzialmente il progetto per completare l'opera senza che si sia verificato uno squilibrio nelle prestazioni dell'appaltatore (ad esempio a parità di costo, a parità di materiale e tempo impiegato, o addirittura inferiore al costo originario attraverso l'esercizio del quinto d'obbligo in diminuzione o una variante migliorativa); mentre un evento naturale imprevedibile e straordinario potrebbe impedire il completamento dell'opera o generare situazioni molto

apparentemente la titolarità soggettiva ad entrambe le parti, mentre l'art. 120 comma 1, lett. c), sembra favorire un'iniziativa principalmente da parte della pubblica amministrazione, pur consentendo un'azione bilaterale (per esempio nel caso di un incremento del prezzo contrattuale superiore al quinto d'obbligo ma nel limite del cinquanta per cento, fattispecie che ammette la rinegoziazione delle condizioni).

Nonostante la somiglianza nella formulazione, a parere di chi scrive, le due norme si sovrappongono solo parzialmente, potendo altrimenti gli operatori del diritto e le stazioni appaltanti limitarsi a ricorrere alla variante in corso d'opera per situazioni imprevedibili. Fermo restando che, come già ricordato, l'immanenza del principio di conservazione contrattuale nell'ordinamento dei contratti pubblici deve oggi rappresentare la chiave di lettura per tutte le ipotesi di modifica contrattuale affinché le stesse possano riportare il negozio contrattuale all'originaria situazione di equilibrio per entrambe le parti.

Gli altri due presupposti per l'adozione della variante, oltre alla presenza di una circostanza imprevedibile, sono la non alterazione della natura sostanziale del contratto come indicato dal considerando 109¹⁶² e dall'art. 120, comma 6 (limite qualitativo); nonché il rispetto del limite quantitativo del 50 per cento del valore iniziale, come già illustrato per l'ipotesi di cui all'art. 120, comma 1 lett. b)¹⁶³.

Nell'attuale testo dell'art. 120, comma 1, lett. c) del codice non vi è tuttavia alcun riferimento alle circostanze imprevedute¹⁶⁴ e l'adozione di varianti in corso d'opera è circoscritta a un ambito più ristretto, correlato a cause di forza maggiore. Trattasi quindi di varianti indispensabili che, laddove non predisposte, rischiano di compromettere la realizzazione dell'opera a regola d'arte, con vizi o difetti incidenti sulla qualità o sulla funzionalità dell'opera.

svantaggiose per entrambe le parti (a causa per esempio di irreperibilità di materiali, di una lunga sospensione del cantiere), che potrebbero essere risolte solo tramite una rinegoziazione o addirittura risoluzione del contratto. La valutazione della imprevedibilità dell'evento varia: per una variante, è ricondotta ai tre momenti già visti nel corso del presente elaborato mentre per la rinegoziazione, la valutazione avviene al momento della stipula del contratto. Adottando questa lettura si ritiene di poter distinguere, in qualche modo, i due rimedi codificati.

¹⁶² La direttiva fornisce alcuni esempi di varianti non ammesse in quanto si verifica «*la variazione della natura generale dell'appalto, sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso oppure quando vi sia un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato*». Così anche Cons. Stato, 11.07.2023 n. 6797, *cit.*

¹⁶³ Rispettivamente §II.2. e §II.5. La *ratio* è evidentemente quella di impedire che attraverso l'introduzione di una variante si modifichi in maniera sostanziale il tipo di prestazioni da rendere, a tutela della concorrenza e della *par condicio*.

¹⁶⁴ Come nell'ipotesi di cui all'art. 120, comma 1, lett. b) che ammette delle modifiche per la sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, «*non previsti*» nell'appalto iniziale.

La differenza può sembrare sottile ma risulta invece notevole in quanto una circostanza potrebbe invero essere prevedibile pur non essendo stata prevista, per mancanza di competenze o necessaria diligenza, dal soggetto incaricato della redazione del progetto o dallo stesso committente e pertanto esulare dall'ambito dell'applicazione della norma; oppure potrebbe essere del tutto non prevedibile, anche adottando tutte le risorse tecniche ed economiche necessarie, legittimando pertanto l'adozione, in casi di forza maggiore, della variante in corso d'opera¹⁶⁵.

Risulta forse così più chiaro *il file rouge* che lega inevitabilmente il concetto di imprevedibilità a quello dell'errore progettuale¹⁶⁶. Il Legislatore, ammettendo il ricorso a varianti in corso d'opera solo alla presenza di effetti squilibranti correlati a ciò che risoluta imprevedibile, alza il livello di attenzione del RUP scongiurando il rischio che le varianti celino in realtà la sanatoria di errori della progettazione, già noti all'appaltatore in fase di gara, non avendo in precedenza l'amministrazione dato seguito a tutti gli approfondimenti necessari secondo una logica di equilibrio tra costi e benefici¹⁶⁷ (ad esempio impianti elettrici o altri manufatti non rilevati nell'esecuzione delle indagini geotecniche che comportino modifiche alla realizzazione delle fondazioni o lo spostamento di esse).

La *questio iuris* sottesa, soprattutto per un giurista, è rappresentata dalla difficoltà nel ricondurre una fattispecie a una circostanza imprevedibile o a un errore progettuale, sebbene le conseguenze riconducibili all'una o all'altra ipotesi siano nettamente diverse.

A tal fine dovrebbe soccorrere, ai sensi dell'art. 5 dell'allegato II.14, l'attività del direttore dei lavori che, nel descrivere la situazione di fatto e fornire tutti gli elementi necessari, dovrebbe consentire al RUP di valutare l'imprevedibilità al momento della redazione del progetto o alla consegna dei lavori e accertare per iscritto la non imputabilità della circostanza alla stazione appaltante. Laddove direttore dei lavori e progettista coincidano, quest'attività di accertamento potrebbe risultare più difficile e in queste ipotesi sarebbe sempre opportuno, da parte dell'amministrazione, nominare un direttore operativo, anche interno, per discernere se si tratti di circostanza imprevedibile o errore progettuale. Tale accertamento dovrebbe fornire le basi per stabilire se la variante rientri nei casi previsti dall'articolo 120 e per motivare una successiva

¹⁶⁵ S. BIANCARDI, *Il correttivo ridisegna le varianti e le modifiche contrattuali*, in *Appalti&Contratti*, 2025.

¹⁶⁶ Per la definizione si rinvia al §II.9.

¹⁶⁷ ANAC, con deliberazione del 13.12.2006 n. 106 ha evidenziato l'illegittimità dell'inquadramento delle varianti in tale fattispecie qualora la necessità di ricorrere a tali modifiche contrattuali sia determinata dalla mancata osservanza delle prescrizioni assegnate alla progettazione e dall'insufficienza delle indagini preliminari, trattandosi di circostanze note o prevedibili.

autorizzazione che, comunicata altresì ad ANAC¹⁶⁸, non mascheri in realtà un errore progettuale, verificandosi altrimenti un falso ideologico e di conseguenza un danno erariale.

Diverse infatti sono le conseguenze, dal punto di vista economico in quanto nel caso di circostanza imprevedibile, la variante sarà finanziata dall'amministrazione attraverso le apposite somme a disposizione nel quadro economico; in caso contrario, oltre alle ripercussioni civili in tema di responsabilità professionale¹⁶⁹, l'amministrazione potrà rivalersi sul progettista garantito dall'ente assicurativo.

Può essere utile un esempio pratico per distinguere una circostanza imprevedibile da una prevedibile ma non prevista dall'amministrazione a causa di negligenza progettuale. Nel corso della realizzazione di un ampliamento di una mensa scolastica, a supporto della progettazione, sono affidati servizi di geologia, indagini geognostiche, saggi e campionamento delle terre onde verificare la presenza di sottoservizi o falde acquifere nel terreno di realizzazione dell'opera: la presenza di una falda e della sua estensione dipende inevitabilmente anche dal periodo in cui tali analisi vengono effettuate, dal momento che d'estate la falda si abbassa e d'inverno tende ad alzarsi. È evidente che se l'amministrazione ha condotto queste indagini per un lungo arco temporale, includendo anche quello invernale, come nel caso oggetto di esame, l'eventuale presenza di una intricata rete di sottoservizi o di una falda acquifera in maggiore profondità, durante le operazioni di scavo e le fasi di rilievo propedeutiche alla progettazione, potrà sicuramente ascriversi quale circostanza imprevedibile; laddove invece le indagini siano state condotte per breve tempo nel mese estivo, oppure non sia stata attuata una verifica archeologica necessaria, risulta più difficile parlare di circostanza imprevedibile, considerata la poca accuratezza progettuale¹⁷⁰. Allo stesso modo, può parlarsi di circostanza imprevedibile laddove, dopo la previsione di un perfetto ammorsamento delle murature a seguito di un saggio effettuato su buona parte delle stanze di un fabbricato, in corso di realizzazione dell'opera risulta che ciò non corrisponda al vero per una delle stesse (diversamente si potrebbe discernere di errore

¹⁶⁸La variante, se sopra soglia, è comunicata all'osservatorio nazionale di ANAC; se inferiore alla soglia, all'osservatorio regionale. L'Anac potrebbe anche richiedere gli atti di contabilità e, in presenza di riserve da parte dell'impresa, attenzionare l'atto di sottomissione o l'eventuale contratto di rinegoziazione.

¹⁶⁹ Per questi aspetti si veda più approfonditamente il successivo §II.9.

¹⁷⁰ Nel caso oggetto di attenzione, come rilevato nella perizia di variante, i sotto-servizi (rete idrica ed impianto antincendio) presentavano diversi pozzetti interrati oltre a ramificazioni complesse non visibili né rilevabili durante le fasi di rilievo propedeutiche alla progettazione. Si sono riscontrati inoltre degli affioramenti di acqua in corrispondenza del cordolo di fondazione dell'edificio, all'interno dell'intercapedine tra la trave di fondazione e il solaio del piano terra, risultando complesso individuare il punto esatto di fuoriuscita dell'acqua. Ne sono scaturiti rallentamenti e disagi oltre che lavorazioni aggiuntive.

progettuale laddove il saggio o il piano delle indagini obbligatorio ai sensi delle NTC del 2018 non fosse proprio stato effettuato).

Laddove sia accertata la necessità di adozione di una variante in corso d'opera, il direttore dei lavori - che in quanto preposto al controllo sulla corretta esecuzione dell'opera risulta il soggetto più qualificato a tal fine - propone la redazione della perizia con l'aggiunta di eventuali lavorazioni non previste nel contratto¹⁷¹. La perizia corrisponde, nei contenuti, a un progetto esecutivo e pertanto di competenza del progettista originario, salvo, come già detto, che la causa sia riconducibile ad errore progettuale del medesimo professionista. In tal caso, l'amministrazione dovrebbe rivolgersi a professionisti dei propri uffici o esternamente (anche eventualmente integrando l'incarico del direttore dei lavori nel rispetto delle modalità previste dal Codice).

Elaborata la perizia di variante, acquisiti i pareri e le autorizzazioni necessari, la perizia sarà autorizzata da chi di competenza, a seguito di valutazioni finanziarie, tecniche e giuridiche. Nel caso di ulteriore spesa rispetto a quella prevista nel quadro economico del progetto, l'approvazione compete agli organi decisionali della stazione appaltante, su parere dell'organo che ha approvato il progetto¹⁷²; diversamente le varianti sono approvate dal RUP a condizione che non alterino la sostanza del progetto. La rinegoziazione dei dettagli specifici con l'appaltatore (ed eventuali nuovi prezzi) è successivamente formalizzata attraverso una modifica all'originario contratto.

Per quanto concerne l'approvazione della variante in corso d'opera (così come in generale per le altre ipotesi di modifiche dei contratti in corso di esecuzione), il Servizio Supporto Giuridico del M.I.T., si è espresso più volte, in modo diametralmente opposto, circa la necessità di verificare la perizia di variante: in un primo momento escludendola, dal momento che le disposizioni sulla verifica e sulla validazione si riferiscono espressamente al progetto¹⁷³; con un secondo parere ha invece ritenuto

¹⁷¹ Oppure, come visto al §II.3., può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale, comunicandole preventivamente al RUP o trasmettergli la proposta dell'appaltatore redatta in forma di perizia tecnica migliorativa.

¹⁷² Nell'ipotesi di un contratto d'appalto a corpo, il prezzo concordato non subisce variazioni a seguito del ricalcolo delle quantità effettive di lavoro eseguite. Tuttavia, l'importo potrebbe variare (in aumento o diminuzione) laddove sia necessario modificare il progetto durante l'esecuzione, per cause previste dalla legge. L'aumento del costo sarà dunque ammesso solo per nuove o diverse lavorazioni, ma non per un ricalcolo dei conteggi iniziali.

¹⁷³ Con parere del 26.09.2024 n. 2761, il MIT ha escluso l'obbligo di verifica e validazione per le perizie di variante in corso d'opera a fronte del dato letterale delle norme dedicate alla verifica e alla validazione riconoscendo invece che le SA dovrebbero comunque esercitare un'attività di controllo con le modalità previste dall'art. 120, comma 13, del D. Lgs. n. 36/2023 che richiama l'autorizzazione del RUP e, in presenza di modifiche ai sensi del comma 7, l'approvazione della stazione appaltante su proposta del RUP.

doveroso verificare anche gli elaborati di modifica e/o variante, senza tuttavia fornire riferimenti normativi o giurisprudenziale circa tale obbligo¹⁷⁴.

Certa dottrina ha comunque evidenziato la correttezza del secondo parere¹⁷⁵; la prima risposta del MIT infatti, non tiene conto di tutte le disposizioni inerenti le verifiche e validazione dei progetti¹⁷⁶ e soprattutto delle finalità cui le stesse mirano. Pur in assenza di un obbligo scritto, la rispondenza del progetto alle esigenze espresse nel documento di indirizzo alla progettazione e la conformità alla vigente normativa (articolo 34, co. 1, allegato I.7 al codice), potrebbero infatti essere pregiudicate da una rivisitazione del progetto in assenza del controllo del soggetto che ha già verificato il progetto a base di gara e che, a onor del vero, dovrebbe seguirne lo sviluppo in relazione allo specifico livello previsto per l'appalto. Ciò vale a maggior ragione per varianti strutturali atteso l'art. 42, comma 3 sull'esito positivo della verifica che assolve a tutti gli obblighi di deposito al genio civile e che mal si concilierebbe con la mancata verifica della perizia di variante.

In conclusione si può sicuramente affermare che la disciplina delle varianti coniughi molteplici interessi: da un lato quello di rivedere la prestazione contrattuale laddove, a causa di eventi sopravvenuti, non sia più rispondente agli interessi delle parti; dall'altro la tutela delle esigenze di contenimento della spesa pubblica e della concorrenza, affinché l'oggetto del contratto eseguito in concreto non sia difforme da quello oggetto della procedura di gara, nell'equilibrio tra rigore formale e adattabilità operativa.

Al tempo stesso la disciplina esaminata, è spesso adottata per scopi diversi da quelli previsti per legge, complice anche l'urgenza di provvedere velocemente a una soluzione che garantisca la continuità nell'esecuzione a fronte di un'esigenza sopravvenuta.

Per questo motivo, il presente elaborato intende offrire un approfondimento di alcune fattispecie concrete, esaminate nel corso della redazione, che offrano spunti per comprendere meglio i labili confini tra variante in corso d'opera e fattispecie similari, con tutte le conseguenze che ne derivano, per un corretto e legittimo ripristino dell'equilibrio sinallagmatico sotteso.

¹⁷⁴ Parere MIT del 06.12.2024 n. 3093.

¹⁷⁵ *Ex multis* M. OSCURATO, *La verifica e validazione delle varianti in corso d'opera (e modifiche dei contratti in corso di esecuzione) va effettuata oppure no?*, in Appalti&Contratti, 2025.

¹⁷⁶ Si veda l'articolo 41, comma 5 dell'allegato I.7 al codice che prevede espressamente che «*Le strutture tecniche o gli Organismi di ispezione incaricati della verifica possono supportare il RUP anche nell'attività di verifica delle offerte anomale in sede di gara e delle perizie di variante in corso d'opera*».

II.6.1. Applicazioni pratiche e differenze con fattispecie similari: le lavorazioni extra contrattuali.

Tra le fattispecie al confine con le varianti in corso d'opera si segnalano le lavorazioni c.d. extracontrattuali. Tale termine, coniato soprattutto dalla giurisprudenza e ripreso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, si riferisce a quelle prestazioni che hanno un'individualità distinta rispetto a quella originaria, anche se ad essa connesse, oppure ne integrano una variazione quantitativa o qualitativa oltre i limiti di legge.

Sul punto è tornata recentemente ad esprimersi l'ANAC con la delibera del 10 aprile 2024 n. 180, nei suoi rinnovati poteri di controllo anche durante la fase di esecuzione¹⁷⁷. Nel caso di specie l'Autorità ha ribadito *in primis* la corrispondenza fra l'appalto messo in gara e quello eseguito, in ossequio ai principi richiamati nell'art. 30 del d.lgs. 50/2016 applicabili al caso esaminato (*ex multis* parere Funz Cons 3/2022, Delibera Anac n. 159/2021) pur ricordando le deroghe previste dal codice nei casi di modifiche in corso di esecuzione; in secondo luogo ha rimarcato la centralità della fase di esecuzione del contratto pubblico d'appalto in cui si traduce la cura dell'interesse pubblico sotteso all'indizione della gara e che, al pari della procedura di affidamento, deve garantire la qualità delle prestazioni nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza¹⁷⁸.

Sulla scorta dei principi sopra richiamati l'ANAC ha escluso che, per un contratto di servizi di guardiana (incluse, da capitolato, anche le attività di controllo e regolazione degli accessi agli edifici, reception e attività di *front office*), a fronte di sopravvenute circostanze imprevedibili, potesse essere adottata una variante con estensione dell'oggetto al servizio autisti o conducenti di flotta auto aziendali, considerata la natura diversa e autonoma e la non necessarietà per una migliore o completa esecuzione delle prestazioni principali, essendo invece funzionale alla conduzione dei mezzi per il trasferimento di personale. Diversamente, secondo l'Autorità, si realizzerebbe «*in forma diretta l'affidamento di una prestazione extracontrattuale non prevista e disciplinata negli atti di gara, consistente in un diverso ed autonomo appalto di servizi, nel mancato rispetto delle norme in materia di contratti pubblici e dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e trasparenza*» che eluderebbe, di fatto, il disposto dell'art. 120, comma 6, già visto al §II.2.

¹⁷⁷ Si rinvia al §I.3 e in particolare all'art. 222, comma 3, lett. b) del D.lgs. 36/2023 e al Regolamento Anac n. 270/23 sulla vigilanza e sulla corretta esecuzione dei contratti pubblici.

¹⁷⁸ Per la rimarcata centralità della fase di esecuzione dei contratti pubblici si rinvia al §II.1.

Il progetto di variante, tra l'altro, non ha disciplinato la regolamentazione dell'ulteriore servizio autisti e pertanto non essendo state quindi formalizzate le obbligazioni assunte dall'appaltatore, non è stato possibile effettuare un riscontro, da parte delle figure preposte al controllo, sulla regolare esecuzione del contratto e sulle pretese ipotesi di inadempimento o ritardo, con la conseguenza, secondo l'Autorità, della inapplicabilità di eventuali penali contrattuali, nonostante l'importanza della centralità della fase di esecuzione e dei controlli.

Allo stesso modo, poco dopo, anche la Cassazione Civile, ha ribadito le stesse considerazioni¹⁷⁹. Nel caso in esame, la società incaricata dalla stazione appaltante del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva e del piano di sicurezza dei lavori di ammodernamento ed adeguamento della autostrada Salerno-Reggio Calabria, ricorreva in giudizio a seguito del rigetto, da parte della Corte d'appello, della domanda volta ad ottenere un adeguamento del corrispettivo per le maggiori e più complesse prestazioni rese nell'ambito del contratto di appalto, derivanti di fatto, da opere nuove, diverse e sostitutive di quelle originarie. In secondo grado i giudici hanno ritenuto non correttamente apposte le riserve nei termini indicati dal capitolato speciale. La Corte di legittimità invece, ha escluso l'applicazione della clausola negoziale sulle riserve, afferendo la pretesa dell'Impresa a lavorazioni extracontrattuali che, in quanto autonome e distinte, devono costituire un nuovo appalto; diversamente, se si fosse trattato di varianti in corso d'opera, che pur non comprese nel progetto originario, sono invece necessarie per la migliore esecuzione dell'appalto o comunque rientrano nel piano dell'opera stessa, l'appaltatore sarebbe stato obbligato ad eseguirle¹⁸⁰. Nel caso di specie è stata riconosciuta l'alterazione della natura dell'iniziale contratto a fronte del notevole incremento del corrispettivo (da € 460.000,00 a € 2.406.900,00) con la conseguenza che in ossequio ai principi di correttezza e buona fede, il committente pubblico avrebbe dovuto procedere alla stipulazione di un contratto integrativo, contemplante il pagamento del corrispettivo commisurato alle maggiori attività di progettazione eseguite.

Sulla scorta delle coordinate ermeneutiche suesposte è possibile tracciare le conseguenze che derivano dall'inquadramento della fattispecie concreta nella variante in corso d'opera o in una lavorazione extracontrattuale: nel primo caso, l'impresa esecutrice ha diritto al maggiore corrispettivo dovuto per le lavorazioni aggiuntive

¹⁷⁹ Cass. Civ., Sez. I, 29.4.2024, n. 11491 in www.cortedicassazione.it.

¹⁸⁰ La sentenza richiama i precedenti di cui alla Cass. ord. 5.9.2023, n. 25800 e Cass. 12.5.2016, n. 9767 in www.cortedicassazione.it.

determinate dal computo metrico estimativo e dal quadro di raffronto della perizia di variante; nel caso, invece, di richiesta dell'amministrazione di lavorazioni extra contrattuali, diverse da quelle oggetto del contratto di appalto, l'appaltatore ha il diritto di recedere oppure scegliere se proseguire i lavori dichiarando eventualmente per iscritto a quali condizioni. Le lavorazioni extracontrattuali possono dunque costituire oggetto di pretesa economica, attraverso iscrizione di riserva, soltanto se previamente autorizzate e disciplinate con autonomo contratto distinto dal contratto principale.

Diversamente, in assenza di autorizzazione, il contraente privato potrà tutelarsi esercitando l'azione di indebito arricchimento ex art. 2041 c.c. non nei confronti dell'ente ma, poiché esiste altra azione esperibile (carenza del requisito di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c.), verso il funzionario che ha autorizzato le lavorazioni, il quale potrà, a sua volta, esperire l'azione ex art. 2041 c.c. nei confronti dell'Ente, salva la possibilità per l'ente medesimo di dimostrare che l'arricchimento sia stato non voluto, non consapevole o imposto¹⁸¹.

In entrambi i casi riportati, dunque, sarebbe stato necessario stipulare un contratto integrativo con l'impresa esecutrice, ulteriore e diverso, salvo verificare il rispetto del principio di rotazione e l'eventuale elusione dei principi di concorrenza.

E' evidente che, a differenza delle varianti in corso d'opera, la fattispecie esaminata non può costituire un modo per riequilibrare le prestazioni contrattuali, dal momento che affinché si traducano in diritti e obblighi, è necessaria la stipula di un nuovo e autonomo contratto caratterizzato pertanto da un diverso equilibrio sinallagmatico.

Il tutto a conferma di quanto sia labile il confine tra le fattispecie di modifica che possono concretizzarsi negli appalti pubblici e le conseguenze che ne derivano.

¹⁸¹ *Ex multis* Cass. civ. Sez. I, 02/03/2021, n. 5665 in www.cortecassazione.it; Corte d'appello Bari 20.02.2023 n. 257.

II.6.2. (Segue) Le sopravvenute disposizioni legislative o regolamentari: il rinnovo del CCNL e l'obbligo di riequilibrio contrattuale.

Tra le cause di forza maggiore tipizzate dal nuovo art. 120 che legittimano l'adozione di varianti in corso d'opera rientrano anche «*le esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*» (c.d. *factum principis*).

Durante l'esecuzione di un contratto d'appalto, di durata più o meno estesa, è ben possibile, invero, la sopravvenienza di nuove disposizioni rispetto alle quali le originarie previsioni progettuali non risultano più conformi. Il tutto al netto delle considerazioni già espresse circa un'attività progettuale eseguita correttamente e in buona fede: a titolo di esempio, si pensi alle sopravvenute prescrizioni richieste dalla soprintendenza, a seguito di verifica archeologica predisposta dall'amministrazione.

Relativamente ai provvedimenti predisposti alla tutela di interessi rilevanti, né il codice né la relazione allo stesso individuano le autorità o gli enti a ciò preposti, oppure gli interessi rilevanti. In assenza di qualunque indicazione di fonte legislativa o secondaria, la necessità oggettiva determinata dalla sopravvenienza normativa che legittima la variante contrattuale deve essere apprezzata in concreto dalla stazione appaltante, con l'ausilio della giurisprudenza¹⁸². L'accertamento dovrà in particolare verificare, da un lato, in che modo la norma sopravvenuta abbia inciso sull'esecuzione dell'appalto e, dall'altro, l'assenza di strumenti diversi dalla variante contrattuale¹⁸³. Anche in questo caso spetta al direttore dei lavori, prima, e al RUP, poi, accertare che le sopravvenute disposizioni obblighino all'adozione di una variante per garantire il raggiungimento dello scopo cui la prestazione è preordinata.

Emblematica sul tema è la recente pronuncia del TAR Campania che, oltre a sussumere nella predetta ipotesi normativa il rinnovo dei Contratti collettivi nazionali di settore, riconduce per la prima volta le modifiche contrattuali di tal specie all'esigenza manutentiva del contratto e al ripristino dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9¹⁸⁴.

¹⁸² Per un esempio cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13.2.2023 n. 152 in www.giustizia-amministrativa.it che ha ricondotto al *factum principis*, legittimante una modifica contrattuale, il parere con riserva, vincolante, del Ministero della Difesa in sede di approvazione del DUB per un appalto di bonifica di ordigni bellici.

¹⁸³ Così Cons. Stato, Sez. V, 23.9.2019 n. 6326 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui «*la "necessità di modifica" considerata dalla legge, [omissis] onde evitare un uso distorto dello strumento della variante contrattuale, non può che assumere un carattere oggettivo. Tuttavia nessun elemento della disposizione stessa induce a ritenere che la sopravvenienza normativa debba contenere uno specifico obbligo di variante contrattuale: se così fosse, una previsione di carattere generale quale quella in commento sarebbe totalmente priva di significato*».

¹⁸⁴ Si veda nota a sentenza TAR Campania, Sez. I, 13.6.2024, n. 3735 di I. SANTORO, *Appalto pubblico "in manutenzione": il rinnovo del CCNL tra congruità del costo del lavoro e varianti in corso d'opera*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2024, 946-953. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 15.1.2024 n. 453 e 7.7.2023 n. 6652 in www.giustizia-amministrativa.it.

Il TAR, citando la precedente giurisprudenza secondo cui, in presenza di particolari circostanze, sia possibile rinegoziare le condizioni contrattuali sia in corso d'esecuzione che prima della stipula del contratto¹⁸⁵, ha affermato che, nel caso di sopravvenuto rinnovo del CCNL successivo all'aggiudicazione, non occorre procedere a un nuovo giudizio di congruità dell'offerta, poiché l'aumento del costo del lavoro afferisce alla tematica del riequilibrio del sinallagma contrattuale e dei rimedi manutentivi del contratto, che evitano la riedizione della gara e la conseguente duplicazione dei costi investiti nella procedura di evidenza pubblica.

Secondo il Collegio l'incremento del costo del lavoro si traduce nel riflesso della sopravvenienza di nuova regolazione normativa che può essere risolto, per la futura fase esecutiva, attraverso la rinegoziazione delle condizioni del contratto ai sensi degli artt. 9 e 120 del nuovo codice dei contratti pubblici. I contratti collettivi di settore sono stati dunque riconosciuti come nuove disposizioni legislative e regolamentari in ragione della loro inderogabilità e per la natura che rivestono sia dalla dottrina giuslavoristica ma ancor prima dallo stesso Legislatore che, modificando l'art. 360 c.p.c. n. 3 sui motivi di ricorso in Cassazione, ha incluso i contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro tra le norme di diritto oggetto di violazione o falsa applicazione. Merito della pronuncia, dunque, è stato sancire l'obbligo del riequilibrio del contratto pubblico d'appalto, sia in corso di esecuzione, sia prima della stipula, a fronte del rinnovo di un nuovo contratto collettivo nazionale di settore trattandosi di sopravvenienze normative espressamente indicate come condizioni legittimanti dall'art.106 del D.lgs. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*) e, oggi, dall'art. 9 e 120 del D.lgs. 36/2023.

È ben vero, come affermato da orientamento contrapposto, che il rinnovo del CCNL potrebbe non integrare una circostanza straordinaria ed imprevedibile, quanto piuttosto un'attività periodica. È evidente che la straordinarietà e l'imprevedibilità rilevino in relazione al *quantum* di incremento salariale oggetto di contrattazione, e non all'evento di stipula del nuovo contratto di diretta applicazione da parte degli operatori economici¹⁸⁶.

¹⁸⁵ *Ex multis*, Cons. Stato, 11.04.2022 n. 2709, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁶ Tra questi, in senso contrario, si richiama il parere 9.10.2024 n. 443 del Supporto Giuridico della provincia di Trento secondo cui sarebbe possibile ricorrere alla rinegoziazione del contratto soltanto laddove la clausola revisionale del corrispettivo si riveli insufficiente indagando se, il rinnovo del ccnl possa considerarsi a tutti gli effetti circostanza straordinaria ed imprevedibile, ad esempio verificando se all'atto della predisposizione della gara il costo della manodopera sia stato determinato considerando anche le future modifiche del CCNL, o se nell'offerta dell'operatore economico sia stato previsto un accantonamento per i futuri incrementi contrattuali.

Ai sensi dell'articolo 9 ben potrebbe comunque essere valutata una modifica ai sensi dell'art. 120, comma 5, del D.Lgs. 36/2023 che consente le modifiche non sostanziali come precisate nei commi successivi.

Le considerazioni del Tar partenopeo sono state pacificamente riconosciute anche dalla giurisprudenza successiva, laddove le modifiche al CCNL di settore siano sempre intervenute dopo la presentazione delle offerte, non avendo le stesse effetto retroattivo sulle obbligazioni ormai assunte dall'impresa né sul provvedimento di aggiudicazione ma incidendo le stesse sulla gestione della successiva fase di esecuzione contrattuale¹⁸⁷.

Tali conclusioni, condivise da più autorità, rappresentano sicuramente coordinate importanti anche a fronte del recente rinnovo di uno dei CCNL di settore più diffusi, rivolto ai lavoratori dipendenti delle imprese edili ed affini e delle Cooperative, recentemente sottoscritto con la previsione di importanti incrementi economici¹⁸⁸.

Il nuovo CCNL, con vigenza quadriennale, prevede infatti aumenti retributivi e minimi per complessivi euro 180 erogati in tre *tranches* (euro 80 euro dal 1° febbraio 2025, erogabili a partire dal successivo mese di marzo; euro 50 dal 1° marzo 2026; euro 50 dal 1° marzo 2027). La ripartizione temporale degli aumenti inevitabilmente inciderà sulla rinegoziazione delle condizioni contrattuali in corso d'opera.

L'assenza di riferimenti precisi circa la tipologia di sopravvenienze normative che possano legittimare modifiche contrattuali in corso d'opera, in eventuale aumento o diminuzione, a parere di chi scrive, apre a diverse possibilità, per i contraenti ma soprattutto per gli operatori del diritto, nell'individuazione degli strumenti che possano concretamente intervenire nella gestione del contratto, anche attraverso una sua rinegoziazione, e ripristinarne l'equilibrio.

¹⁸⁷Cfr. TAR Lazio Roma, 22.11.2024, n. 20912 e Cons. Stato, Sez. V, 25.11.2024, n. 9468 in www.giustizia-amministrativa.it. In senso contrario, per l'ipotesi in cui il rinnovo del CCNL avvenga durante il procedimento di verifica dell'anomalia cfr. TAR Piemonte, Sez. II, 24.1.2025 n. 205 in www.giustizia-amministrativa.it: in questo caso la stazione appaltante deve invece verificare la sostenibilità dell'offerta anche alla luce degli incrementi salariali previsti dalla nuova contrattazione collettiva che saranno poi applicati al personale coinvolto nell'esecuzione, pena l'illegittimità della valutazione di congruità dell'offerta e del conseguente provvedimento di aggiudicazione.

¹⁸⁸ CCNL edilizia industria sottoscritto il 21.02.2025 da Ance, Associazioni delle Cooperative e Feneal-UIL, Filca-Cisl e FilleaCGIL, si veda in particolare allegato 10 sugli incrementi retributivi.

II.6.3. (Segue) L'introduzione in corso d'opera della voce CAM di un materiale nei prezzari regionali: adozione di una variante per sopravvenuta disposizione normativa o revisione prezzi?

Correlata alla genericità delle disposizioni legislative ma soprattutto dei provvedimenti predisposti alla tutela di interessi rilevanti, per il quale come già rilevato al precedente §II.6.2. né il codice né la relazione offrono indicazioni utili ai fini dell'adozione di una variante in corso d'opera, è la questione, oggetto di approfondimento nell'esperienza pratica, di una eventuale introduzione, nel prezzario regionale di riferimento, della voce di prezzo di un materiale rispondente ai criteri ambientali minimi (CAM), fino a quel momento prevista solo in codifica no-CAM.

A parere di chi scrive la questione concerne l'alternativa tra ricorrere all'istituto della revisione prezzi (tra la voce di prezzo non-CAM e la voce di prezzo CAM) o all'adozione di una variante per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni normative (in questo caso la delibera di giunta regionale che approva il prezzario dei lavori di concerto con il Provveditorato Interregionale delle opere pubbliche).

Diverse sono le conseguenze dal lato economico in quanto nel caso si ritenga applicabile la revisione prezzi, la pubblica amministrazione potrà eventualmente riconoscere all'esecutore importi aggiuntivi derivanti dal costo maggiore della voce di prezzo CAM nella sola misura del 90 per cento della parte eccedente lo scostamento che superi il 3 per cento dell'importo complessivo del contratto (ai sensi dell'art. 60 come da correttivo entrato in vigore), oppure, nel caso di appalti precedenti al nuovo codice, del costo del singolo materiale; laddove si adotti una variante ai sensi dell'art. 120, comma 1, lett. c), occorrerebbe invece integrare l'elenco prezzi del progetto in questione approvando il nuovo prezzo CAM e riconoscendo l'intero costo della singola voce.

E' evidente che anche la problematica in oggetto afferisce al tema del ripristino dell'equilibrio contrattuale tra la prestazione svolta dall'appaltatore con materiali certificati CAM più onerosi e obbligatori per legge e il corrispettivo dovuto dal committente.

Senza voler scendere nei dettagli circa l'obbligatorietà dei CAM di cui all'attuale art. 57, comma 2, del codice dei contratti, la loro previsione nei progetti è funzionale alla redazione del computo metrico e alla conseguente definizione del costo complessivo dell'intervento, consentendo agli operatori economici di presentare un'offerta adeguata e coerente alle prestazioni da eseguire e, alle amministrazioni, di evitare possibili contenziosi in fase esecutiva per l'eventuale richiesta di importi aggiuntivi per le

lavorazioni interessate dai criteri inseriti. La mancata o insufficiente implementazione degli oneri derivanti dall'applicazione dei CAM rappresenta tuttavia un *vulnus* comune dei prezzari regionali, poco adeguati alla normativa di riferimento. In assenza delle voci CAM le stazioni appaltanti sono costrette all'elaborazione di prezzi *ad hoc* ricorrendo ad altri prezzari o analisi comparative¹⁸⁹.

A titolo di esempio si riporta l'esperienza della regione Toscana che dal 2019 ha già proceduto, in via sperimentale, alla pubblicazione di un primo elenco di prodotti CAM, a supporto una progettazione nel rispetto dei decreti del Ministero dell'Ambiente¹⁹⁰. I prodotti rispondenti a tali criteri, oltre ad avere specifiche caratteristiche tecniche, devono essere obbligatoriamente comprovati solo da certificazioni esplicitamente previste nei decreti stessi.

Da ultimo, a partire dall'anno 2025, è stato introdotto il capitolo dei Calcestruzzi CAM, materiale frequentemente utilizzato in interventi edilizi, ed è stata prevista la ricodifica degli isolanti CAM e non-CAM¹⁹¹.

In assenza di indicazioni puntuali, a parere di chi scrive, risulta più corretta l'adozione di una variante: se è vero che, a fronte del graduale adeguamento dei prezzari da parte delle singole Regioni, l'introduzione di voci CAM, così come il rinnovo dei contratti collettivi di settori già visti, non appare ormai più così imprevedibile, la non prevedibilità è tuttavia correlata non all' *an* o al *quantum* ma al quando.

L'istituto della revisione prezzi, sebbene più conveniente per l'amministrazione, potrebbe essere in teoria applicabile ma, sempre a parere di chi scrive, presuppone un confronto tra medesime codifiche di voci di prezzo aggiornate di anno in anno, laddove nella questione esaminata la problematica concerne prodotti CAM inseriti *ex novo* in aggiunta alle voci di prezzo non-CAM, pur se con lo stesso codice di corrispondenza e l'acronimo CAM. E' possibile che, con l'introduzione del nuovo allegato II.2-bis sulla revisione prezzi, per gli appalti oggetto di applicazione della nuova disciplina, l'individuazione dell'indice sintetico afferente alla tipologia omogenea di lavorazioni

¹⁸⁹Si veda Linee guida Anac - Documento in consultazione sull'Applicazione dei Criteri Ambientali Minimi di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017.

¹⁹⁰L'adeguamento del prezzario ai CAM si è reso necessario ai sensi dell'art 23, comma 7, del previgente codice dei contratti secondo cui «*il progetto definitivo contiene, altresì, [omissis] la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo dei prezzari predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo quanto previsto al comma 16*».

¹⁹¹ Modifica apportata con l'approvazione del prezzario dei lavori pubblici 2025 di cui alla delibera di Giunta regionale del 25.11.2024 n. 1406, di concerto con il provveditorato Interregionale alle Opere pubbliche della Toscana, Marche e Umbria.

(TOL) individuate da progetto, possa in qualche modo attenuare la difficoltà, inglobando nella medesima TOL anche le lavorazioni con prodotti CAM, pur rimanendo comunque i prezzi regionali il riferimento per la redazione degli elaborati di progetto, purché adeguati alla normativa ambientale.

A favore della tesi dell'adozione di variante si rammenta che la legislazione emergenziale (d.l. del 30 aprile 2022 n. 36 conv. in legge del 29 giugno 2022 n. 79¹⁹²) ha incluso tra le circostanze legittimanti la variante in corso d'opera *«anche quelle impreviste ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera»*.

Ancora, a sostegno, si ricordano le conclusioni del parere del MIT già esaminato al §II.3., secondo cui la proposta di modifica migliorativa relativa alla sostituzione del materiale nel processo di consolidamento di pareti in muratura non può tradursi come una miglioria economica derivante dall'applicazione della revisione prezzi, sussistendo invece, nella fase esecutiva, i presupposti per l'adozione di una variante in corso d'opera valutata in base ai prezzi di contratto con la conseguenza che, in caso di lavorazioni non previste o laddove sia necessario impiegare materiali per il quale non sia stato fissato il prezzo contrattuale, si provvede alla formazione di nuovi prezzi valutati secondo le indicazioni della normativa vigente¹⁹³.

Nell'attesa di eventuali chiarimenti anche giurisprudenziali sul punto si ritiene, ad ulteriore conferma di quanto già riportato, che, in via residuale, secondo il criterio di specialità ricordato nel capitolo I per la fase esecutiva del contratto, per tutte le sopravvenienze differenti da quelle descritte dalla norma, dovrebbero comunque trovare applicazione, nei limiti di cui all'art. 120 già visti, le disposizioni di cui al codice civile in materia di appalto come l'art. 1660 rubricato «variazioni necessarie del progetto» con l'eventualità, in mancanza di accordo tra le parti, di rimettere al giudice la relativa variazione del prezzo.

¹⁹² Art. 7, comma 2-ter già visto al §II.3 che, a fronte dell'aumento del costo dei materiali ha riconosciuto la possibilità di adottare anche varianti in corso d'opera ai sensi dell'allora applicabile art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs 50/2016 che assicurassero risparmi da utilizzare esclusivamente in compensazione, senza alterazione della natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera. Cfr. anche Parere Anac in funzione consultiva dell'11.01.2023, n. 67.

¹⁹³ In quel caso i riferimenti erano la revisione prezzi di cui all'art. 26, comma 6-quater del D.L. 50/2022 e migliorativa l'introduzione di nuovi prezzi ai sensi dell'art. 8, comma 5, del DM 49/2018, oggi art. 5 comma 7, allegato II.14.

II.6.4. (Segue) La difficoltà di approvvigionamento delle materie prime: variante in corso d'opera come strumento di ripristino dell'equilibrio contrattuale

Il nesso tra variante per circostanze imprevedibili e il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale è ancora più evidente nell'ipotesi di difficoltà di approvvigionamento di materiali e prodotti.

E' noto infatti, come già ricordato al capitolo I, che negli ultimi anni il settore degli appalti ha subito ritardi significativi a causa della pandemia da Covid-19 e delle conseguenti misure di contenimento, del conflitto internazionale russo-ucraino e delle difficoltà di approvvigionamento di materie prime e manodopera. La situazione è risultata ulteriormente aggravata dal Superbonus 110 per cento del decreto Rilancio¹⁹⁴ che incentivando gli interventi edilizi nel settore privato, ha accentuato la scarsità di risorse causando un aumento imprevedibile dei costi. Questo ha inciso negativamente sull'equilibrio contrattuale sia negli appalti pubblici che privati, rendendo talvolta impossibile il rispetto dei termini di consegna da parte delle imprese fornitrici.

In situazioni così eccezionali, che potrebbero verificarsi nuovamente in futuro, a fronte di più soluzioni possibili per i committenti pubblici (sospensione dei lavori e risoluzione dei contratti tuttavia non soddisfacenti¹⁹⁵) i committenti pubblici si sono trovati a dover verificare se, rispetto all'accertata conferma da parte dei fornitori della non immediata disponibilità dei materiali o difficoltà di approvvigionamento, fosse possibile sostituire i materiali previsti nei progetti con equivalenti tecnici e prestazionali senza alterare la natura del contratto.

La questione che qui rileva, invero, non concerne l'utilizzo della revisione prezzi, considerata l'irreperibilità del materiale richiesto, ma lo squilibrio contrattuale che ne consegue tanto a sfavore del committente pubblico che, a fronte di un corrispettivo già impegnato rischia di vedere pregiudicata l'ultimazione dell'opera o della fornitura secondo gli standards richiesti per legge, quanto dell'appaltatore costretto, *ultra vires*, all'approvvigionamento dei materiali a fronte di un corrispettivo non più remunerativo.

Quanto alla possibile responsabilità dell'appaltatore soccorrono gli artt. 1218 e 1256 c.c. sull'esonero della stessa a fronte di un'impossibilità sopravvenuta definitiva o temporanea derivante da ritardo nell'esecuzione della prestazione, e l'art. 1467 c.c. sull'onerosità sopravvenuta, di cui al già visto §I.3. In presenza di eventi straordinari, non prevedibili né evitabili, non rileva invero solo l'aumento dei costi delle materie

¹⁹⁴Decreto legge del 19.05.2020 n. 19 conv. in Legge 17.07.2020 n. 77.

¹⁹⁵Cfr. Delibera ANAC 11.05.2022, n. 227, «Indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica adottate in Cina e della situazione bellica in Ucraina sul regolare adempimento delle obbligazioni assunte nell'ambito di contratti pubblici».

prime, ma anche l'eventuale carenza generalizzata dei materiali, che può influire negativamente sui tempi di realizzazione dell'opera, esponendo l'appaltatore al rischio di penali per ritardo, a causa di fattori esterni non a esso imputabili. Tale impossibilità o difficoltà di esecuzione dovrebbe quindi giustificare, alla luce del principio di buona fede e fiducia applicabile tra le parti, oltre che al principio cardine del risultato, un'eventuale rinegoziazione delle condizioni contrattuali che potrebbe tradursi in una modifica del cronoprogramma, in una riduzione del corrispettivo o anche nell'adozione di una variante di cui all'art. 120 (precedentemente art. 106) comma, lett. c), autorizzata dal RUP (o se compensativa anche dalla stazione appaltante¹⁹⁶) che sostituisca i materiali con altri equivalenti da un punto di vista prestazionale¹⁹⁷, non lesivi di criteri cam (o anche dnsh per appalti PNRR) previa verifica della non sostanzialità in violazione del principio di immodificabilità dell'offerta¹⁹⁸.

Un argomento a sostegno di quanto sinora affermato è rinvenibile anche in una recente sentenza europea che per un appalto pubblico di lavori si è pronunciata sulla formulazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, delle specifiche tecniche dei materiali con cui devono essere realizzati i prodotti proposti dagli offerenti. La pronuncia conclude infatti per l'ammissibilità, già in sede di gara, di offerte che propongano materiali diversi ma dimostrati come equivalenti a quelli richiesti, purché il vincolo a questi ultimi non discenda direttamente dall'oggetto dell'appalto¹⁹⁹.

Un esempio in tal senso si è presentato nell'esperienza pratica di chi scrive, a fronte di una proposta dell'appaltatore, nella fase esecutiva di un appalto PNRR di lavori di nuova costruzione, di utilizzo dell'acciaio ordinario in luogo dell'acciaio corten a fronte delle oggettive difficoltà riscontrate sul mercato per l'approvvigionamento delle quantità previste nel progetto, inferiori al minimo d'ordine accettato dai produttori, con la conseguenza che i fornitori non fossero in grado di garantire la consegna del materiale in tempi compatibili con l'esecuzione²⁰⁰. E' evidente che tali fatti, in un periodo di poco

¹⁹⁶ Un precedente in tal senso è già stato fornito all'art. 7, commi 2-*ter* e *quater* del D.L.36/2022 già visti al precedente §II.3. È importante, tuttavia, che la soluzione in sostituzione non alteri la natura dell'opera e la sua funzionalità.

¹⁹⁷ Cfr. anche parere MIT 30.01.2025 n. 3179.

¹⁹⁸ Si veda precedente §II.2.

¹⁹⁹ CGUE 16.01.2025, causa 424/2023, in www.curia.europa.eu, secondo cui, ammesso il margine di discrezionalità del committente nella scelta dei materiali per gli appalti pubblici, in quanto conosce meglio le esigenze e gli obiettivi da raggiungere, afferma che l'obbligo di utilizzo di un materiale specifico può essere legittimo solo in due casi previsti dall'art. 42(4) della direttiva 2014/24/UE: quando è strettamente legato all'oggetto dell'appalto per ragioni estetiche o di integrazione ambientale, oppure quando il materiale è necessario per garantire determinate prestazioni o requisiti funzionali (art. 42(3)). In assenza di tali condizioni, l'amministrazione dovrebbe ammettere l'uso di materiali equivalenti.

²⁰⁰ La difficoltà di approvvigionamento delle lamiere in acciaio corten è stata confermata, a suo tempo, anche dal decreto del MIMS del 5.04.2022 relativo alle variazioni dei materiali del secondo semestre 2021.

successivo agli eventi eccezionali sopra ricordati, rappresentano senz'altro una circostanza straordinaria dell'allora economia di mercato che non poteva essere prevedibile da parte dell'impresa, né da parte dell'Amministrazione, né dagli altri concorrenti in sede di presentazione dell'offerta economica, come confermato anche dalla direzione lavori.

In ragione della causa di forza maggiore rappresentata da una sopravvenuta impossibilità di tipo parziale nell'esecuzione del contratto, estranea tanto alla sfera di controllo dell'impresa obbligata quanto a quella della Stazione Appaltante, onde evitare di procedere alla risoluzione del contratto di cui agli artt. 1463 e 1672 c.c. che comunque ostacola il raggiungimento del risultato prefissato dall'Amministrazione e anche la perdita di cospicui finanziamenti europei, è stata proposta la soluzione sopra descritta. Alla luce dell'art. 9, che la giurisprudenza ha ritenuto applicabile anche retroattivamente almeno nella sua sostanza, le parti avrebbero dovuto revisionare la soluzione progettuale secondo buona fede e nel dovere reciproco di attivazione per la salvaguardia dell'altrui interesse attraverso la variante sopra descritta quale soluzione più ragionevole e preferibile, più aderente alla volontà contrattuale e al raggiungimento del risultato. Oltre a configurarsi come una soluzione pressoché equivalente (nel rispetto peraltro di criteri CAM e DNSH) è parsa non sostanziale, dal momento che non avrebbe potuto consentire una partecipazione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o accettare un'offerta diversa, trattandosi di circostanza successiva e non prevedibile oltre che di soluzione rispettosa del principio di immutabilità del contratto, comunque non assoluto.

In ogni caso, anche a non voler configurare la modifica ai sensi dell'attuale art. 120, comma 1, lett. c), una situazione come quella di fatto descritta dovrebbe comunque legittimare le parti del contratto ad una rinegoziazione di alcune clausole contrattuali ai sensi dell'art. 120, comma 8, letto ai sensi del già ricordato art. 9²⁰¹.

E' evidente che in questo caso l'adozione della variante o più in generale di una modifica contrattuale, nel rispetto dei limiti di cui all'art. 120, comma 6 e della sostanza sottesa all'operazione economica, è espressione del più ampio principio di conservazione contrattuale perché sorta dalla necessità di circostanze non solo imprevedibili ma anche straordinarie.

²⁰¹Si veda successivo §II.8.

II.7. Il c.d. «quinto d'obbligo»: natura dell'istituto e questioni operative

Se il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale non è stato contemplato come principio generale, fino al nuovo codice del 2023, né dalla contrattualistica pubblica né dalla disciplina civilistica, è altresì vero che tra le prime forme di flessibilità del negozio contrattuale pubblico, onde gestire l'eccessivo ingessamento dell'offerta a fronte di evenienze che richiedono aggiustamenti per la migliore esecuzione e soddisfazione dell'interesse pubblico, si annovera proprio il c.d. quinto d'obbligo²⁰².

L'istituto, di origine assai più risalente delle direttive comunitarie²⁰³, consiste infatti nel diritto potestativo della stazione appaltante di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica dell'appaltatore attraverso modifiche in aumento o in diminuzione nei limiti del quinto dell'importo contrattuale, alle medesime condizioni, senza che quest'ultimo possa far valere il diritto alla risoluzione del contratto o pretese indennitarie di alcuna sorta. Sebbene lo strumento nasca soprattutto per gestire necessità sopravvenute di pubblico interesse - a iniziativa della pubblica amministrazione, consentendo alla stessa di adeguare il contratto, mantenendolo - la modifica è comunque possibile nel contemperamento degli interessi economici dell'appaltatore che ha potuto valutare con anticipo le possibilità tecniche ed economiche per modifiche di entità limitata, sempre che non alterino la natura generale del contratto.

La tendenziale preferenza per il mantenimento del contratto attraverso tale istituto è tuttavia oggi subordinata, diversamente dalla previgente disciplina, alla previsione «*sin nei documenti di gara iniziali*» (ex art. 120, comma 9, del codice), divenendone parte integrante, pena la sua illegittimità. Il Legislatore rimette dunque l'esercizio del diritto alla discrezionalità della stazione appaltante attraverso l'inserimento di apposita clausola di estensione nei limiti del quinto (o anche inferiore²⁰⁴), tenuto conto della specificità di ciascun contratto. La modifica normativa, rispetto al precedente automatismo, è stata giustificata dalla necessità di rendere la disciplina compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva²⁰⁵.

²⁰² G. D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici*, cit., 26-27.

²⁰³ Tra i precedenti più risalenti, l'art. 344 L. 20.03.1865, n. 2248, all. E che prevedeva l'obbligo dell'appaltatore ad assoggettarsi alla richiesta del committente di aumentare o ridurre le opere fino alla concorrenza di un quinto del valore del contratto, alle stesse condizioni e l'art. 10 del Capitolato Generale di cui al Decreto 19.04.2000, n. 145. Nel diverso caso in cui vi fosse accordo tra le parti circa la modifica da apportare al contratto, l'art. 20, R.D. n. 350/1895 vietava qualunque modifica che non fosse stata previamente approvata dal Ministero.

²⁰⁴ Si veda MIT parere 21.06.2024 n. 2455.

²⁰⁵ Come si legge nella relazione del Cons. Stato al codice, cit., 173.

Il nuovo inciso ha tuttavia suscitato forti perplessità e interpretazioni differenti circa la corretta qualificazione giuridica dell'istituto e la sussunzione della fattispecie *de qua* in una delle ipotesi di modifica contrattuale prevista dall'articolo 72 della Direttiva appalti.

Se antecedentemente all'emanazione del nuovo codice l'interpretazione restrittiva, ma conforme all'impostazione comunitaria, riconosceva l'ipotesi del quinto d'obbligo come espressione quantitativa delle varianti in corso d'opera o di altra modifica normativamente prevista (ad esempio delle prestazioni di cui al comma 1 lett. b o, in parziale sovrapposizione, delle modifiche *de minimis* di cui al comma 3 che tuttavia non obbligano l'appaltatore alle medesime condizioni contrattuali)²⁰⁶, allo stato dell'arte il quinto d'obbligo è stato inquadrato, per le ragioni anzi descritte, come un'opzione o modifica programmata²⁰⁷ con la conseguenza che nel calcolo del valore stimato dovrebbe essere considerato anche l'importo di quest'ultimo²⁰⁸.

Tale inquadramento tuttavia, a parere di chi scrive, non risulta scevro da criticità applicative, considerato che l'esercizio del diritto è funzionale alla gestione di sopravvenienze la cui necessità emerge «*in corso di esecuzione*», come di fatto espressamente prevede la norma²⁰⁹. Anche a voler considerare, secondo l'interpretazione attuale, la fattispecie come autonoma e non necessariamente quale manifestazione quantitativa di altra modifica di cui all'art. 120, non convince la previsione, nel calcolo del valore stimato, del quinto d'obbligo in quanto le modalità di calcolo indicate dall'art. 5, comma 6, dell'allegato II.14, distoniche rispetto a tale interpretazione, includono anche l'incremento determinato da eventuali altre varianti già autorizzate in corso d'opera che sicuramente non avrebbero potuto essere considerate già nella fase genetica della gara, rendendo di fatto impossibile, la corretta quantificazione del 20 per cento²¹⁰.

²⁰⁶ Cfr. Relazione AIR a corredo alla bozza di Bando tipo ANAC n. 1/2021; Comunicato del Presidente Anac del 23.3.2021 e delibera ANAC n. 461 del 16.01.2021.

²⁰⁷ Così il Bando tipo ANAC n.1/2023 e, in giurisprudenza, TAR Lombardia, Sez. I, 30.01.2025, n. 329 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui «*Nello specifico, il quinto d'obbligo di cui al comma 9 ha assunto propriamente la natura di opzione contrattuale, attivabile dall'Amministrazione non più automaticamente ma soltanto ove prevista ab origine nei documenti iniziali di gara, ciò al fine di rendere la sua previsione compatibile con le fattispecie di "modifica" dell'appalto con sentite dall'art. 72 della Direttiva 2014/24/UE*».

²⁰⁸ Cfr. MIT pareri 21.06.2024 nn. 2713 e 2714 e, limitatamente al territorio in oggetto, Osservatorio provinciale della Provincia Autonoma di Trento e Bolzano 16.04.2024 n. 404.

²⁰⁹ Così Cons. Stato 25.02.2020 n. 1394 e TAR Campania 27.11.2020 n. 5595 in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹⁰ Art. 5, comma 6, allegato II.14: «*Ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 212 e 213 del codice*». Cfr. anche T.A.R. Lombardia, Sez. II, 10.02.2020, n. 284 in www.giustizia-amministrativa.it, se pur antecedente al nuovo codice, secondo cui il quinto d'obbligo, di fonte legale e non negoziale, innestandosi dall'esterno a seguito di modifica sopravvenuta non può essere oggetto di valutazione preventiva nell'interesse pubblico e pertanto non può rilevare nella determinazione del valore dell'appalto ai fini della gara, né per il

Inoltre, la medesima norma, per quanto riguarda le somme a disposizione nei quadri economici degli interventi, prevede la necessità di uno specifico accantonamento per le modifiche contrattuali di cui agli articoli 60 e 120, comma 1, lett. a) del Codice, ma non per quelle di cui al comma 9, a conferma del fatto che non sia possibile preventivare in anticipo l'importo massimo del quinto d'obbligo e ben potendo invece lo stesso essere eventualmente finanziato attraverso le economie da ribasso d'asta o la voce imprevisti.

La previsione come fattispecie autonoma potrebbe inoltre generare un cumulo di ipotesi di modifica contrattuale in deroga alla normativa europea, con superamento dei limiti di importo previsti quando invece la direttiva appalti non contempla un'ipotesi analoga.

Recentemente è stata fornita un'ulteriore interpretazione dal MIT che ammetterebbe la qualificazione giuridica, con condizionamento circa l'inserimento nell'uno o nell'altro quadro economico, sia come opzione (e quindi fattispecie autonoma da considerare nel calcolo del valore stimato) sia come variante imprevista e vincolo per l'appaltatore (con conseguente inserimento alla voce imprevisti) senza esigere una immediata copertura finanziaria, che sarà invece definita al momento del bisogno²¹¹.

La soglia del quinto rappresenta in ogni caso il punto di riferimento per tracciare i confini del diritto dell'appaltatore – oltre che di risoluzione del contratto – di rinegoziazione delle condizioni per le nuove prestazioni, purché sempre nel rispetto dei principi di concorrenza e *par condicio*.

A parere di chi scrive, occorrerà distinguere quali siano le cause che determinano l'aumento o la diminuzione delle prestazioni. Nulla osta, di fronte all'imprevedibilità e straordinarietà delle circostanze sopravvenute che comportino un'alterazione rilevante dell'equilibrio contrattuale, a poter discernere, anche in questo caso, di diritto alla rinegoziazione nei termini di cui all'art. 9, traducendosi l'eventuale rinegoziazione, da attuare con atto aggiuntivo, nelle modalità di cui all'art. 120, comma 8.

Le medesime considerazioni dovrebbero valere laddove l'Amministrazione, in corso d'esecuzione, possa individuare una soluzione migliorativa, da un punto di vista tecnico, che possa determinare una diminuzione dell'importo superiore al 20 per cento, da proporre all'appaltatore. Sulla scorta di quanto finora descritto, anche alla luce dei

calcolo delle soglie di rilevanza comunitaria, determinando altrimenti una rilevante disarmonia tra valore stimato e valore effettivo dell'appalto.

²¹¹MIT parere 6.12.2024 n. 3116 e, per l'ipotesi in cui il quinto d'obbligo sia configurato come opzione, parere 6.12.2024 n. 3055 che richiede all'appaltatore, sin dalla fase di gara, apposita qualificazione anche per l'esecuzione delle prestazioni nei limiti del quinto d'obbligo. Per la differenza tra varianti e quinto d'obbligo, invece, si rinvia al parere n.2918/2024 già visto al §II.6, che risponde ai dubbi sollevati riguardo all'allocation del 3% del valore dei lavori come opzione per modifiche contrattuali. Cfr anche T.A.R. Lazio, Sez. III, 15.12.2020, n. 13539 in www.giustizia-amministrativa.it.

paragrafi che precedono, si dovrebbe poter affermare senza troppe difficoltà che l'appaltatore potrà eventualmente trovare un accordo con l'amministrazione purché la soluzione non incida in maniera rilevante e non alteri l'equilibrio contrattuale sotteso.

Le variazioni richieste dalla stazione appaltante, in aumento o in diminuzione, che superino il quinto dell'importo delle opere inizialmente pattuite, non escludono infatti per questo l'esercizio dello *ius variandi* ma attribuiscono se mai all'appaltatore, da un lato, un diritto soggettivo alla risoluzione del contratto laddove non intenda accettare, e dall'altro, necessitano del suo consenso attraverso, evidentemente, un ulteriore atto aggiuntivo al contratto originario²¹². In presenza invece di modifiche eccedenti il 50 per cento, occorrerà altresì la previsione nei documenti gara, pur rimanendo sempre la possibilità di rinegoziare le condizioni ai sensi dell'art. 120, comma 8 e 9, in presenza dei presupposti ivi descritti e fermo restando la non alterazione della natura generale del contratto.

Il consenso dell'appaltatore e della stazione appaltante, nella rideterminazione dell'oggetto contrattuale, costituiscono dunque, in conformità agli artt. 1363 e 1367 c.c. sull'interpretazione conservativa degli effetti delle clausole contrattuali, espressione del più generale principio di conservazione degli atti, in netta preferenza, ancora una volta, rispetto alla risoluzione contrattuale²¹³.

²¹²Da considerarsi come un nuovo contratto, autonomo rispetto a quello originario, così Cons. Stato Sez. V, 15.12.2005 n. 7130 in www.giustizia-amministrativa.it, che, sul punto, richiama Cass. Civile 14.06.2000 n. 8094 in www.cortedicassazione.it.

²¹³ Sul punto si veda il commento alla normativa di E. STRACQUALURSI, *Varianti e rinegoziazioni nella disciplina degli appalti: emergenza e principio di concorrenza*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 5, 2020, 139.

II.7.1. L'appaltatore può rifiutarsi di sottoscrivere l'atto di sottomissione?

Quando l'Amministrazione decide di esercitare il diritto potestativo, di cui al precedente paragrafo, l'appaltatore è tenuto alla sottoscrizione di un atto di sottomissione in segno di accettazione (agli stessi prezzi e condizioni del contratto originario, senza diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo alle nuove prestazioni) o di motivato dissenso²¹⁴.

Se le indicazioni legislative sono chiare, complesse sono invece le implicazioni che derivano da un comportamento silente dell'appaltatore che si traduce in un comportamento più o meno negligente in fase di esecuzione. Questi invero, come accaduto in un primo momento in una vicenda pratica all'attenzione di chi scrive, potrebbe rifiutare la sottoscrizione dell'atto suddetto non concordando con la quantificazione dei nuovi prezzi (o in generale con le modalità di esecuzione previste dalla variante), nonostante l'indicazione del quinto d'obbligo nei documenti di gara e la presa visione.

L'assenza di riscontro alcuno da parte dell'esecutore, con interruzione da parte sua dell'esecuzione del contratto, oltre a ritardare il cronoprogramma, può essere interpretato alla stregua di un comportamento in violazione del principio di buona fede che permea la fase esecutiva del contratto²¹⁵; inoltre consente al committente, in assenza di altre soluzioni, di avviare, previa diffida, un procedimento di risoluzione per inadempimento o grave ritardo e richiesta di risarcimento dei danni (ulteriori rispetto all'applicazione di penali, alla ritenuta sullo stato di avanzamento o al recupero dell'anticipazione fideiussoria per lavorazioni non eseguite, come ad esempio la possibile perdita di finanziamenti, maggiori oneri per nuove procedure di gara e stipula contratti etc.).

L'obbligo di esecuzione delle prestazioni nei limiti del quinto, previa sottoscrizione dell'atto di sottomissione, non sembra infatti derogabile. La giurisprudenza vista al paragrafo precedente, nel riconoscere la posizione di soggezione dell'appaltatore fino al raggiungimento del quinto, afferma che, in assenza di sua accettazione dei nuovi prezzi determinati e approvati, la stazione appaltante è comunque legittimata ad ingiungergli l'esecuzione delle prestazioni sulla base di detti prezzi e l'appaltatore dovrà uniformarsi alle disposizioni del direttore dei lavori, senza poter sospendere o ritardare il regolare sviluppo dei lavori, fermo restando la possibilità di iscrivere riserva negli atti contabili²¹⁶.

²¹⁴Art. 5, comma 6, dell'Allegato II.14 del d.lgs. 36/2023.

²¹⁵ Si veda §I.1.

²¹⁶Così si è espresso il Supporto giuridico del MIT con il recente parere del 29.10.2024 n. 2897 circa la possibilità dell'appaltatore di rifiutarsi alla sottoscrizione dell'atto di sottomissione a seguito di

È in questi termini che dovrebbe tradursi il «*motivato dissenso*» di cui all'art. 5 all. II.14, consentendo all'appaltatore, sin dall'atto di sottomissione e poi attraverso apposita iscrizione negli atti contabili, di far valere le sue ragioni e non rinunciare ai suoi diritti contrattuali, garantendo così l'equilibrio di prestazioni tra le parti.

In un primo momento la dottrina e la giurisprudenza hanno negato la possibilità di iscrivere riserva in calce ad un atto di sottomissione secondo il principio generale di contabilità per cui un impegno contrattuale nei confronti dell'amministrazione può essere fin dall'inizio condizionato da pretese economiche ulteriori; ad oggi è invece pacificamente riconosciuta la facoltà per l'appaltatore di sottoscrivere l'atto con motivato dissenso. Trattasi di uno strumento opportuno preordinato, nello sviluppo dell'esecuzione contrattuale, a correggere eventuali aspetti tecnici, contabili e temporali comunque finalizzati a ripristinare il sinallagma contrattuale a spese dell'amministrazione laddove questo, in sede di adozione della variante, fosse stato compromesso.

Anche laddove l'appaltatore sottoscrivesse l'atto in segno di accettazione, lo stesso non può equivalere a «*rinuncia alle riserve avanzate in corso d'opera, per la quale è necessaria un'apposita dichiarazione di volontà del titolare del diritto rinunciato, oppure un comportamento concludente dello stesso idoneo a evidenziare in modo univoco la sua effettiva e definitiva volontà di abdicare al proprio diritto*»²¹⁷.

Pertanto, alla stregua di quanto già osservato nei paragrafi che precedono, anche nell'attivazione delle prestazioni fino alla concorrenza del quinto d'obbligo vi sono comunque ampi margini di spazio per il dialogo tra le parti e l'eventuale ripristino di un equilibrio economico compromesso.

approvazione da parte dell'amministrazione di perizia di variante.

²¹⁷ Così, Cass. Sez. I, ord. 19.04.2024 n. 10603 in www.cortedicassazione.it.

II.8. La modifica «atipica» del contratto attraverso la rinegoziazione: un nuovo diritto nella contrattualistica pubblica

Precipitato pratico dell'acquisita consapevolezza, da parte del Legislatore europeo prima, e di quello italiano poi, della inevitabile esposizione alle sopravvenienze dei contratti d'appalto, è rappresentata oltre che dal nuovo art. 9, anche dall'innovativo comma 8 dell'art. 120 secondo cui «*il contratto è sempre modificabile*». Di fronte a eventi non perimetrabili, *ex ante*, nella loro tipicità, un'impostazione conservativa del contratto, piuttosto che demolitoria, risulta più aderente all'interesse pubblico ma anche privato. Ciò che viene valorizzato infatti, come già ricordato al capitolo I, è l'esecuzione del contratto nella sua autonomia, come fine ultimo della procedura di affidamento e preordinato al raggiungimento del risultato, traducendosi in un maggiore *favor* alla modifica del contratto in corso di esecuzione. Altro corollario di questo cambio di prospettiva è la trasposizione, attraverso la suddetta norma di carattere procedurale, di una disposizione *ad hoc* che tenga conto anche delle esigenze dell'operatore economico, nel rafforzamento del principio di fiducia tra le parti.

Differentemente dalle altre ipotesi di rinegoziabilità il comma 8 ha l'obiettivo immediato, e non solo mediato, di ripristino dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali, con un margine di manovra che sembra potenzialmente più elastico, conformemente al diritto privato speciale dei contratti pubblici dal quale anche l'appaltatore, che ha interesse alla conservazione del contratto, può trarne beneficio. Anche in questo caso il rimedio conservativo nei termini anzi detti è legittimo fintanto che non si traduca in un'alterazione sostanziale del contratto, in violazione del diritto comunitario, intervenendo dunque per ripristinare (e non per alterare) l'equilibrio sotteso.

La particolarità della disposizione si coglie nella previsione, in assenza di clausole che regolino nel dettaglio le modalità di rinegoziazione dei termini contrattuali, di un apposito sub-procedimento manutentivo che richiede, come per ogni modifica contrattuale, l'intervento del RUP. Il Legislatore punta, innanzitutto, alla disciplina in fase di gara, invitando le amministrazioni a sfruttare questa sede per mettere in esercizio i nuovi strumenti forniti dal codice, soprattutto laddove le caratteristiche del rapporto (ad esempio la lunga estensione temporale o il contesto merceologico di riferimento), espongano l'appalto a sopravvenienze imprevedibili, eventualmente integrata dall'individuazione delle fattispecie di inadempimento e dei correlati possibili apparati rimediali²¹⁸.

²¹⁸Nulla osta, in linea con i criteri direttivi della legge delega, all'intervento del collegio consultivo tecnico, attraverso la previsione di tale facoltà nelle clausole di rinegoziazione (o comunque richiesto ai

Tuttavia il vero potenziale della disposizione si rileva nel consentire alle parti - attraverso apposita richiesta finalizzata alla proposta di un nuovo accordo da parte del RUP - l'esercizio delle trattative rinegoziative per la definizione degli obblighi contrattuali, secondo canoni di serietà e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375, ancora più pregnante *in executivis*.

Il procedimento si attiva infatti attraverso la richiesta di rinegoziazione avanzata dalla parte svantaggiata²¹⁹ senza ritardo (verosimilmente formulando la stessa in modo tempestivo al ricorrere delle evenienze straordinarie e imprevedibili), circostanziata e motivata in termini chiari e intellegibili, con riferimento allo specifico caso concreto; segue poi una valutazione da parte del RUP circa l'incidenza delle cause sopravvenute sul contratto tali da poter integrare il legittimo presupposto per l'avvio delle trattative²²⁰. Ha quindi inizio la vera e propria rinegoziazione tra le parti finalizzata alla individuazione di proposte serie ed adeguate, da trasporre in apposito accordo, che intervengano sugli elementi del contratto (oggetto, tempi o modalità della prestazione dell'appaltatore) effettivamente orientate al miglior raggiungimento del risultato.

Il procedimento termina poi con la suddetta proposta di accordo formulata, entro tre mesi, dal RUP, senza che necessariamente ne consegua la sospensione del contratto²²¹.

Come già osservato, in questa sede l'appaltatore e la stazione appaltante agiscono in «tendenziale parità» considerato che tale fase afferisce all'esecuzione ed è quindi disciplinata dal diritto speciale dei contratti pubblici con meccanismi simili a quelli del diritto privato, pur nel rispetto degli interessi pubblici coinvolti.

Nonostante la procedimentalizzazione amministrativa della rinegoziazione, intesa come un confronto tra la committenza e l'appaltatore, giustificata dalla connotazione comunque pubblicistica nell'ottica della «massima tempestività» di cui all'art. 1 del nuovo codice, la posizione della parte svantaggiata, come già affermato, si traduce in un vero e proprio diritto soggettivo una volta che l'Amministrazione, a seguito di apposita

sensi dell'art. 215 del d.lgs. n. 36 del 2023 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*», e quindi anche in ipotesi di cui all'art. 9).

²¹⁹ Come visto al §I.2. potrebbe trattarsi anche della stazione appaltante.

²²⁰ Tale conclusione trova suffragio se si considera che la stessa relazione di accompagnamento al nuovo codice, relativamente all'art. 9, ha inteso puntualizzare espressamente che «*La disposizione specifica, quindi, quali sono le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, precisando che, oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere estranee anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile*».

²²¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29.12.2022, n. 11635 in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui il RUP, nella formulazione di un nuovo accordo dovrà considerare che il riequilibrio del sintagma contrattuale non può tradursi nell'azzeramento del rischio d'impresa, ma solo in un accorgimento derivante da maggiori costi rispetto alle previsioni ordinarie di appalto.

istruttoria volta a riconoscere e attuare nel caso concreto l'esistenza dei presupposti necessari, provveda ad avviare il negoziato finalizzato alla proposta di un accordo del RUP che sostituirà il contratto originario.

A parere di chi scrive, un esempio in tal senso si rinviene proprio nel nuovo accordo di collaborazione di cui all'art. 82-bis del codice, come disciplinato dall'allegato II.6-bis, la cui predisposizione deve essere prevista sin dagli atti di gara (e che pertanto potrebbe costituire una possibile traduzione di quelle clausole di rinegoziazione di cui agli artt. 9, comma 4, e 120, comma 8). Trattasi infatti di nuovo contratto appositamente previsto per comporre le esigenze in sede di esecutiva, anche con il coinvolgimento di terzi soggetti deputati alla miglior individuazione di soluzioni esecutive. Si ritiene dunque che lo stesso possa essere utilizzato se richiamato in sede di gara per raggiungere l'obiettivo prefissato anche in termini di rinegoziazione.

Quanto alla novità dell'espresso riconoscimento del diritto soggettivo alla rinegoziazione, spettante per legge o per contratto, alla parte svantaggiata, nonché al cambiamento di prospettiva rispetto a tutte le ipotesi di modifiche del contratto in corso di esecuzione si rinvia al capitolo I. Ciò che invece si vuole in questa sede indagare, sono le possibili aperture e i risvolti pratici cui potrebbe condurre la disposizione in oggetto.

La Relazione al Codice qualifica espressamente il comma 8 dell'art. 120 come «*disposizione di coordinamento con il principio di necessaria rinegoziazione espresso dall'art. 9*», sebbene quest'ultima disposizione rinvii per intero all'art. 120 come istituto applicativo²²². In assenza di indicazioni sia da parte della legge delega, sia da parte della direttiva europea che non contempla un'ipotesi simile, occorre chiedersi quale sia, nel contesto delineato dall'art. 9, lo spazio di applicazione di questa modifica consensuale e se abbia una portata applicativa autonoma. A parere di chi scrive, considerata l'intera impostazione del nuovo codice, la disposizione (disciplinata esclusivamente nella legge ordinaria e non negli allegati) assume i connotati di una clausola di chiusura, espressione dei casi tanto tipici quanto atipici in cui il contratto, nella fase dell'esecuzione, possa essere modificato su richiesta delle parti²²³. La scelta del Legislatore di inserire il

²²² Relazione del Cons. Stato al codice dei contratti pubblici, *cit.*, 173.

²²³ Come rilevato dalla dottrina, la disposizione troverebbe applicazione anche negli affidamenti diretti purché nei limiti di modifiche non sostanziali e fermo restando il rispetto delle soglie previste per l'affidamento diretto e il principio di rotazione, attraverso modifiche effettivamente necessarie e adottate prima della scadenza del termine di esecuzione. Infatti l'art. 120, comma 8, si riferisce in primo luogo al contratto, e dovrebbe pertanto ritenersi applicabile a tutti i contratti a prescindere dalla specifica procedura di affidamento, così L. OLIVIERI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio economico vale anche per gli affidamenti diretti*, 2024, in leautonomie.it. Ad ulteriore conferma dell'ambito di applicazione si veda l'art. 59, comma 5-bis del nuovo codice che per ordinativi di accordi quadro, in assenza di equilibrio contrattuale, consente di non procedere alla stipula o, se l'esecuzione è già stata avviata e la rinegoziazione si riveli infruttuosa, di risolvere il contratto attuativo per eccessiva onerosità.

principio di rinegoziazione come riassuntivo delle altre ipotesi di modifica per ripristinare le condizioni di equilibrio, tutte le volte che le esigenze non siano prevedibili ma tali da incidere notevolmente sul contratto, potrebbe infatti portare ad ulteriori applicazioni a salvaguardia della prosecuzione del contratto piuttosto che a una risoluzione per eccessiva onerosità. Tutte le ipotesi di modifica viste ai paragrafi che precedono, infatti, rappresentano occasioni tipiche di rinegoziazione sul prezzo, sulle prestazioni o sugli elementi del progetto, vuoi per richiesta di una delle parti, vuoi perché a volte necessarie ed imposte.

La revisione prezzi, oggi disciplinata a parte, se ne distingue in quanto si traduce in un'attività di mero adeguamento, di entità minima, a fronte di eventi ordinari che non presuppongono livelli profondi di modifica. Il ricorso all'istituto risiede infatti esclusivamente nell'entità dell'effetto da essa prodotto, prescindendo da valutazioni discrezionali dell'amministrazione e da qualunque confronto tra i contraenti, rendendo di fatto anche difficile un'eventuale alterazione della natura del contratto, assolutamente vietata in ipotesi di rinegoziazione. A differenza di quest'ultima, ancora, le clausole di revisione prezzi non attribuiscono alle parti un diritto ma se mai un interesse legittimo alla procedura di revisione a fronte della sussistenza dei presupposti di legge²²⁴.

Come rilevato da autorevole dottrina, quindi, la modifica consensuale potrebbe rappresentare lo strumento, nei limiti di cui al diritto europeo, per la gestione di tutte le ipotesi di sopravvenienze atipiche, per tali intendendosi non soltanto quelle disciplinate, *ex ante*, dall'amministrazione particolarmente accorta e qualificata, nelle apposite clausole di rinegoziazione (*ex art. 9 comma 4*), ma tutte quelle «*circostanze straordinarie e imprevedibili*» per le quali non sia già stata prevista una apposita previsione di modifica da parte del Legislatore ai sensi dell'art. 120 (considerato il tenore della norma secondo cui «*il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'art. 9*»)²²⁵. Ancora una volta dovrebbe essere l'amministrazione prima e il giudice poi, a fornire un contenuto applicativo alle norme e soluzioni interpretative parimenti valide, individuando quelle più coerenti al caso concreto. Occorre pertanto che durante le trattative le parti acquisiscano consapevolezza del margine di ripristino dell'equilibrio contrattuale che costituisce la lacuna ma anche il limite massimo consentito per la rinegoziazione.

²²⁴V. PAGLIARULO, *Gli strumenti dell'equilibrio contrattuale: adeguamento del corrispettivo e rinegoziazione*, cit., e A. PRADELLA, *Diritto alla rinegoziazione: revisione dei prezzi e modifiche dei contratti* cit. .

²²⁵*Ex plurimis*, P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 13; V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, cit., 26.

La vera difficoltà per l'interprete, a fronte di questo potenziale strumento di intervento in corso di esecuzione, è comprendere fino a che punto sia possibile estendere la portata applicativa della norma e le sue modalità. La disciplina sembra essere volutamente priva di oneri di forma e di tempi, assomigliando più a una regola di condotta, essendo il contenuto delle modifiche contrattuali rimesso interamente all'accordo tra le parti.

In che termini, per esempio, nel corso dell'esecuzione di un appalto, può parlarsi di una rinegoziazione ai sensi del comma citato che però non si traduca in un'alterazione sostanziale della natura del contratto, bandita dal diritto europeo? A parere di chi scrive, la disposizione dovrebbe consentire, tutti quegli accorgimenti pratici che pur non essendo disciplinati dal Legislatore, possano ragionevolmente rendere un po' più elastiche le maglie del rapporto contrattuale venendo incontro alle esigenze contingenti dell'impresa o dell'amministrazione e risolvere piccole criticità che si possono gradualmente presentare in corso di esecuzione, pur senza stravolgere la natura del contratto e incorrere in profili di illegittimità.

A titolo di esempio di trattative avviate a fronte di sopravvenienze atipiche si pensi a un aumento dei costi delle materie prime assai superiore alle soglie previste oggi dalla revisione prezzi tale da mettere in difficoltà la pubblica amministrazione e costringerla alla rinegoziazione in termini di riduzione della prestazione o modifica dell'estensione dell'oggetto contrattuale²²⁶; si pensi alle ipotesi già viste di soluzione migliorativa, anche superiore al quinto d'obbligo, che possa indurre le parti a rinegoziare le condizioni (§II.3.) o all'adozione di una variante atipica per il ripristino dell'equilibrio contrattuale (§II.6.3.); alla difficoltà di approvvigionamento di materiali per irreperibilità degli stessi e alla necessaria sostituzione con degli equivalenti (§II.6.4); si pensi da ultimo alla sospensione o ritardo nell'esecuzione dei lavori per cause di forza maggiore che determinino maggiori oneri di natura economica, quali ad esempio la messa in sicurezza del cantiere: in questo caso si dovrebbe valutare una rimodulazione della durata dei contratti a fronte dei periodi di ridotta attività o di sospensione del servizio, oppure integrare con una prestazione aggiuntiva di manutenzione, dovendo altrimenti l'operatore rivolgersi al giudice per l'adeguamento (o più semplicemente, ma meno efficacemente, iscrivere riserva). Come già osservato al capitolo I la rinegoziazione, infatti, può in teoria avere ad oggetto tutti gli elementi che derivano dall'insieme di offerta, capitolato e contratto.

²²⁶ Così suggerisce V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, 26.

L'altro aspetto rilevante della modifica consensuale è la tutela del principio di conservazione contrattuale in quanto in assenza dell'individuazione dell'accordo in termini ragionevoli o in mancanza di collaborazione della controparte, la parte svantaggiata potrà ricorrere in giudizio non tanto per risolvere il contratto (*extrema ratio* comunque ammessa) ma per ottenerne l'adeguamento all'equilibrio originario, finalizzato al raggiungimento del risultato, fermo restando la responsabilità della parte inadempiente per violazione dell'obbligo (di risultato) di rinegoziazione in buona fede - corrispondente al simmetrico diritto dell'altra parte svantaggiata. In altri termini, si passa da un potere discrezionale a un vero e proprio obbligo coercibile di rinegoziare il contratto (ma non di pervenire necessariamente a un accordo), garantito da norma pubblica e da un sub-procedimento, pena il risarcimento danni della parte svantaggiata, superando in questo modo anche la disciplina civilistica. Il dovere di rinegoziazione, infatti, non si traduce in un obbligo a contrarre, ma solo all'avvio delle trattative preordinate all'obbligazione di risultato dell'adeguamento del contratto ²²⁷, sebbene con un ambito più definito rispetto alle trattative precontrattuali, in quanto finalizzato alla conservazione del rapporto. Si potrebbe forse azzardare la qualificazione come ipotesi speciale di responsabilità pre-contrattuale, a tutela di quelle trattative preordinate, invero, alla predisposizione di un nuovo accordo consensuale.

In mancanza di accordo, infatti, è previsto direttamente l'intervento del giudice che dovrà fornire quell'apporto interpretativo non attuato dalle amministrazioni circa la sussistenza delle condizioni per l'attivazione della rinegoziazione e procedere quindi all'adeguamento del contratto all'equilibrio originario e/o alla condanna del risarcimento del danno per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

Come verrà illustrato più approfonditamente in seguito, tuttavia, tale tutela potrebbe presentare profili di conflitto con il rispetto del principio di separazione dei poteri, oltre a ledere l'autonomia negoziale delle parti, cui il giudice sembrerebbe potersi sostituire²²⁸.

Se, in base a quanto sopra anzi detto, l'accordo di rinegoziazione apre le porte alla gestione di sopravvenienze atipiche nel limite della non alterazione della natura del contratto, quale rimedio manutentivo dell'equilibrio contrattuale, la bonarietà dello strumento non dovrebbe nemmeno essere contraddetta da profili di responsabilità

²²⁷Cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 24.07.2023 n. 7200, *cit.*, secondo cui «In sostanza, l'ordinamento non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte privata contraente. Impone l'onere in capo ai concedenti di avviare trattative sul punto. Trattative che la pubblica amministrazione conduce sempre dovendo avere ben presente oltre all'ordine contrattuale civilistico, l'interesse pubblico in questione». «

²²⁸Per il versante giudiziale, si veda *infra* capitolo III.

erariale²²⁹; qualche dubbio potrebbe tuttavia manifestarsi considerata l'atipicità della disposizione, il riconoscimento di eventuali somme aggiuntive da parte dell'amministrazione e l'assenza di termini e procedure precise sul punto.

Vista tuttavia la finalità oggettiva a favore di entrambe le parti - per la quale l'equilibrio del sinallagma contrattuale dovrebbe essere ripristinato e salvaguardato, e non modificato - laddove il RUP adotti decisioni discrezionali supportate dalla giurisprudenza, agendo in buona fede e soprattutto ispirato a criteri di ragionevolezza e dati oggettivi ai fini del raggiungimento del risultato, lo stesso dovrebbe essere esente da responsabilità, anche per colpa grave.

A parere di chi scrive, dunque, lo strumento di cui al presente paragrafo rappresenta un potente contributo ad una spedita esecuzione del contratto che miri a un equilibrio tra formalismo e raggiungimento del risultato, consentendo alle parti di intervenire e meglio plasmare il contratto precedentemente stipulato alle singole esigenze del caso concreto che molto spesso non trovano una risposta nella legge, senza il timore di incorrere in responsabilità e sanzioni, ma puntando esclusivamente al mantenimento dell'equilibrio contrattuale di quel preciso rapporto oggetto di esecuzione.

²²⁹Legge 14.01.1994, art. 1 - Azione di responsabilità (erariale per dolo o colpa grave).

*II.8.1. Modifiche e rinegoziazione tra aggiudicazione e stipula del contratto:
graduale ammissibilità della giurisprudenza*

Conferma della evidente apertura del Legislatore ad aggiustamenti contrattuali che consentano, nei limiti della sostanza del contratto, una migliore esecuzione della prestazione, è stata la graduale ammissibilità da parte della giurisprudenza, innanzitutto della Corte di Cassazione con la relazione già più volte ricordata, alla rinegoziazione delle clausole ancor prima della sottoscrizione del contratto stesso.

L'ordinamento pubblico infatti non si esprime circa la legittimità della rinegoziazione (o meglio, negoziazione) del rapporto prima della stipula del contratto. Anche la direttiva appalti tace infatti sul punto, sebbene la rubrica dell'art. 72 «*Modifica di contratti durante il periodo di validità*», dovrebbe indurre all'ammissibilità di modifiche solo dopo la sottoscrizione del contratto²³⁰. Le conseguenze giuridiche che ne derivano non sono indifferenti. Come osservato dalla dottrina, la *quaestio* sull'ammissibilità della rinegoziazione in una fase ancora pubblicistica oppure nell'ambito della capacità negoziale di cui l'amministrazione è titolare dopo l'aggiudicazione, solleva il dubbio circa il vizio che potrebbe affliggere il contratto stesso: nullità per violazione di norme imperative ovvero annullabilità per incapacità relativa del committente pubblico la cui volontà non si sia correttamente formata; e ancora sulla corretta individuazione del giudice competente in questo limbo tra aggiudicazione e contratto²³¹.

La giurisprudenza nazionale invece, dopo un' iniziale avversione nei confronti della rinegoziazione tra aggiudicazione e contratto, come sopra accennato, ne ha gradualmente ammesso la possibilità. Le ragioni di tale chiusura sono state ricondotte, oltre che al dato letterale della norma precedentemente in vigore che presupponeva l'esistenza di un contratto valido ed efficace, anche soprattutto alla tutela della *par condicio* e della trasparenza che sarebbero compromesse laddove fossero apportate, immediatamente dopo l'aggiudicazione, modifiche alle condizioni dell'appalto rendendolo sostanzialmente diverso rispetto alla sua configurazione iniziale²³².

²³⁰ Sebbene la Corte di Giustizia, con la sentenza *cit.* C-441/22 e C-443/22 punto 68 ha ammesso modifiche contrattuali in questa fase dovendo l'imprevedibilità essere valutata al momento dell'aggiudicazione dell'appalto (quindi a conclusione della fase di gara, previa dimostrazione della stazione appaltante della ragionevole diligenza adottata nella preparazione dell'appalto iniziale) e di conseguenza ritenendo che le varianti in corso d'opera possano essere adottate anche dopo l'aggiudicazione. Cfr. A. DI MARIO, *Le modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione nell'ottica eurolunitaria*, *cit.*, 233

²³¹ Per queste ultime considerazioni si veda più approfonditamente capitolo III.

²³² *In primis* Cons. Stato, Sez. V, 13.11.2002, n. 6281 secondo cui l'amministrazione difetta di un potere negoziale dopo l'aggiudicazione e prima del contratto; successivamente, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 31.10.2022, n. 9426 che richiama la sentenza della CGUE del 19.06.2008 C-454/06, già vista; TAR Lazio, Sez. III, 27.11.2017, n. 11732 che ha dichiarato «l'illegittimità non solo dell'aggiudicazione, ma

Il precedente ma ancora attuale, per alcuni, orientamento restrittivo²³³ è stato superato da una diversa posizione giurisprudenziale che sulle orme europee ha riconosciuto che «*il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto*»²³⁴. Questa posizione appare sicuramente più coerente con i principi di cui si fa portatore il nuovo codice e, fra tutti, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. La legittimità di questa rinegoziazione è conforme alla *ratio* stessa dell'istituto, ossia riequilibrare il rapporto contrattuale. Pur riconoscendo l'importanza dell'impostazione pro-concorrenziale, i criteri di efficacia ed economicità e quindi di buon andamento, (richiamati dall'art. 30, comma 1, del codice), cui è informata la legislazione della contrattualistica pubblica, dovrebbero consentire la rinegoziazione in fase di esecuzione, senza il rinnovo di una procedura di gara particolarmente gravosa e dispendiosa, a prescindere dalla stipula del contratto. Elemento a favore dovrebbe rinvenirsi proprio nella nuova rubrica dell'art. 120 che si riferisce semplicemente all'esecuzione²³⁵.

Fermo restando il limite della non alterazione della sostanza del rapporto, il Legislatore, come già osservato, attribuisce un ruolo particolarmente qualificato all'Amministrazione cui spetta l'onere di valutare non soltanto l'imprevedibilità delle circostanze e di ritagliare le possibili clausole di rinegoziazione al caso concreto, ma anche procedere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio per entrambe le parti, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 9, quinto comma, e 120, del nuovo codice, soprattutto laddove nel frattempo si verificano circostanze dirompenti sugli assetti contrattuali, tali da non renderli più aderenti alle esigenze delle parti²³⁶.

dell'intera gara così inammissibilmente modificata nel proprio oggetto, a fronte della riconosciuta necessità di mutarlo»; nello stesso senso TAR Lazio Sez. III-quater 22.12.2017 n. 12622, TAR Lombardia, 10.03.2022, n. 239 confermata da Cons. Stato, Sez. IV, 31.10.2022, n. 9426 secondo cui prima della stipula del contratto, «l'impresa aggiudicataria è tutelata con la possibilità di rifiutare la sottoscrizione del contratto, una volta cessata la vincolatività della propria offerta»; TAR Calabria, Sez. II, 23.02.2023 n. 279 tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²³³Da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 13.08.2024, n. 7119 in www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁴Così Cons. Stato, sez. V, 11.04.2022, n. 2709 in www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁵Cfr. Anac parere in funzione consultiva 24.01.2024 n.3; TAR Sardegna, 16.11.2022 n. 770 circa una difformità tra lo schema di contratto allegato all'aggiudicazione che sulla scia del capitolato limitava la revisione prezzi entro il limite di cui all'indice FOI, e la rinegoziazione dopo l'aggiudicazione che aveva a riferimento anche il maggior costo del personale rispetto a quello vigente alla data di presentazione dell'offerta; nello stesso senso TAR Campania 13.06.2024 n. 3735 *cit.* al §II.6.2; Cons. Stato Sez. III, 11.07.2023, n. 6797, che ha riconosciuto la legittimità della rinegoziazione di una prestazione accessoria prima del contratto in un appalto di servizi di ristorazione ospedaliera che prevedeva un centro cottura presso un nosocomio e, dopo l'aggiudicazione, su proposta dell'aggiudicatario, la sostituzione dello stesso, divenuto inagibile, con uno nuovo, aumentando il prezzo offerto dall'aggiudicatario in considerazione della necessità di lavori per l'attivazione del nuovo centro cottura, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁶Cfr. TAR Sicilia, Sez. I, 16.07.2024 n. 2251, secondo cui l'art. 120 cui rinvia l'art. 9 dello stesso codice - richiamato dalla stazione appaltante nel provvedimento impugnato - consente alle p.a., a certe condizioni e in presenza di determinati presupposti, di fruire di un rapporto negoziale già instaurato; nello stesso senso TAR. Piemonte, Sez. II, 20.02.2023, n.180, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it

E' evidente che il testo di legge contenga una lacuna circa la disciplina delle sopravvenienze nella fase tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto che, sulla scorta della disciplina civilistica applicabile in fase di esecuzione contrattuale, potrebbe essere risolta attraverso il ricorso all'analogia di cui all'art. 12 delle disposizioni preliminari e l'*eadem ratio* di cui si fa portatore l'art. 9²³⁷. La predetta soluzione dovrebbe trovare conforto nel fatto che, come già affermato al §I.3., la teoria della struttura bifasica e, quindi, della netta ripartizione tra fase pubblica e privata, è stata per lo più superata e peraltro non trova corrispondenza nell'ordinamento eurounitario, da cui deriva la disciplina degli appalti. È pacifico, infatti, che già prima della stipula del contratto possa avere inizio l'esecuzione anticipata o in urgenza²³⁸ e che dopo la stessa possano esserci comunque interferenze dal carattere pubblico (ad esempio un'interdittiva antimafia che determini la risoluzione del contratto). Rifiutare una ragionevole richiesta di rinegoziazione in questa fase grigia del ciclo di vita dei contratti significherebbe invece vanificare un legittimo procedimento amministrativo di gara pur in assenza di una modifica snaturante di cui all'art. 120, comma 6, considerato altresì che a fronte di una valida ed esistente aggiudicazione, potrebbe comunque essere necessario stipulare il contratto e rinegoziarlo subito dopo ottenendo esattamente lo stesso risultato. Peraltro, nell'ottica del principio del risultato, cui è finalizzata anche l'esecuzione contrattuale, la rivasitazione di piccoli ma opportuni accorgimenti, soprattutto in caso di ritardata stipula del contratto imputabile all'amministrazione²³⁹, è preordinata, attraverso l'accordo della controparte, ad evitare contestazioni in corso d'opera che potrebbero compromettere la finalità. In assenza di accordo, l'amministrazione dovrebbe adottare un provvedimento di revoca di aggiudicazione, in autotutela, fondato sulle sopravvenienze organizzative e su una divergenza rispetto alle aspettative dell'aggiudicatario²⁴⁰.

È sicuramente una scelta prudente, per l'amministrazione, riservarsi, sin dalla documentazione di gara, la possibilità di adottare modifiche alla disciplina dopo l'aggiudicazione e prima della stipula, ai sensi dell'art. 120, comma 1 lett. a) o più in generale ai sensi del combinato disposto del comma 8 e dell'art. 9, comma 4, laddove ciò si renda necessario per circostanze straordinarie e imprevedibili, attuando di fatto la massima trasparenza tra i partecipanti, resi edotti sin dall'inizio di tale eventualità.

²³⁷Così TAR Toscana, Sez. I, 25.02.2022, n. 228 in un caso in cui prima di procedere alla stipula, la Regione aveva apportato, con proprie delibere, modifiche allo schema di contratto con adeguamenti economici volti a tenere conto dell'aumento del costo delle materie prime e della riduzione delle entrate derivanti dalla pandemia da Covid-19, riconoscendo la possibilità di concedere anticipazioni peraltro preordinate al ripristino di un equilibrio contrattuale già alterato.

²³⁸ Art. 17 commi 8 e 9, del d.lgs. 36/2023.

²³⁹ Si veda Cons. Stato, Sez. V, 22.02.2024 n. 1774.

²⁴⁰ TAR Piemonte, Sez. I, 28.6.2021, n. 667, *cit*.

II.9. Carenze della progettazione esecutiva: la rinegoziazione attraverso il contraddittorio con il professionista e l'appaltatore

Il delicato equilibrio tra la tutela della *par condicio* e una gestione flessibile del contratto pubblico d'appalto in corso di esecuzione trova un'ultima, ma non meno importante, espressione nella rinegoziazione "imposta" a seguito di rilevate carenze progettuali.

Il nuovo codice in un primo momento non ha riproposto la disciplina procedurale da attuare in presenza delle stesse, per poi reinserire, con l'emanazione del correttivo, una specifica disposizione strettamente correlata alla progettazione²⁴¹. Anche in questo caso, come di seguito evidenziato, la novità si è tradotta in un accorgimento ispirato alla *ratio* che governa le altre ipotesi di rinegoziazione del codice, finalizzate alla risoluzione delle difficoltà esecutive e alla continuità della prestazione, a garanzia dell'equilibrio contrattuale.

La definizione di errore od omissione progettuale è tuttora prevista all'art. 3, lett. r) dell'allegato I.1²⁴². L'enucleazione, ai fini pratici, della definizione, richiede la lettura in combinato disposto con l'esemplificazione delle circostanze imprevedibili che attualmente esclude dal suo novero tutte le circostanze non previste dall'amministrazione (e/o dal progettista) per negligenza o incompetenza, rafforzando di fatto il concetto di errore progettuale²⁴³. Diverse infatti sono le procedure per l'adozione di varianti da circostanze imprevedibili o da carenze progettuali: a tal fine l'ANAC potrà attivare gli opportuni accertamenti sull'origine della variazione contrattuale finanche arrivare a contestare il falso ideologico alla Procura ordinaria o il danno erariale presso la Procura della Corte dei Conti.

Rientrano nella definizione tutte le fattispecie di non corretta rappresentazione dello stato dei luoghi, anche in contabilità, di mancata o erronea applicazione della normativa tecnica vincolante e/o di violazione delle regole di diligenza tecnica richiesta. La rilevanza giuridica è tuttavia circoscritta, come si desume dall'art. 41, comma 8-bis, del codice, soltanto alle carenze progettuali che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione e l'utilizzazione dell'opera determinando esborsi ulteriori da parte della stazione appaltante; situazione diversa e assai più frequente, che non determina responsabilità alcuna, sono invece piccole divergenze nel computo metrico che si

²⁴¹ Si rinvia al §II.1. nota 81.

²⁴² Art. 3, lett. r), all.I.1.: «*l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata o erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati, errori, inesattezze o omissioni progettuali*»

²⁴³ Si rinvia al §II.6.

traducano in maggiori costi per il committente, senza incidere in modo rilevante sul quadro economico di progetto.

Tanto premesso, l'attuale disciplina dell'errore progettuale, rivista recentemente dal Legislatore per la riduzione di varianti da esso derivanti, da un lato prevede un'espressa responsabilità del progettista esterno in forma specifica attraverso l'introduzione obbligatoria, nel relativo contratto, di clausole chiare precise e inequivocabili ai sensi dell'art. 120 comma 1 lett. a) che disciplinino le prestazioni reintegrative in forma specifica cui è tenuto (art. 41, comma 8-bis del nuovo codice)²⁴⁴; dall'altro lato prevede, previo necessario contraddittorio tra committente, progettista e appaltatore, l'individuazione di nuove soluzioni di modifica al contratto onde correggere gli errori senza alterare l'equilibrio economico e perseguire la realizzazione dell'opera (art. 120, comma 15-bis).

Come osservato dal Consiglio di Stato in sede di parere al correttivo, la disciplina normativa che ne scaturisce rappresenta il giusto bilanciamento tra tutela dell'interesse pubblico e responsabilità del progettista, mediante un meccanismo di composizione transattiva nel rispetto dell'art. 23 della Costituzione che vieta prestazioni personali coattive, fermo restando le rispettive responsabilità in caso di fallimento della negoziazione. Inoltre la comminatoria di nullità per qualunque patto che escluda la responsabilità del progettista introduce un regime speciale più severo dell'articolo 1229 c.c., poiché il parametro della nullità viene rapportato al risultato e non all'intensità dell'elemento soggettivo della colpevolezza così che la responsabilità non possa essere esclusa nemmeno per colpa lieve²⁴⁵. In questo modo è preclusa qualunque forma di deresponsabilizzazione contrattuale e la norma risulta sempre applicabile attraverso eterointegrazione. Di conseguenza il RUP dovrà immediatamente rivolgersi al progettista per l'adempimento degli obblighi reintegrativi ed evitare l'aggravamento del danno da errore progettuale, pena la responsabilità di entrambi. La finalità, è evidente, consiste in un onere espresso di diligenza che coinvolga tutti i soggetti incentivando la risoluzione preventiva di controversie e la continuità del contratto senza pregiudicare l'efficacia dell'azione amministrativa²⁴⁶.

²⁴⁴Si veda §II.4. A titolo di esempio, tutte le prestazioni aggiuntive di progettazione, non retribuite, quali varianti aggiuntive al servizio necessarie proprio a causa della loro necessità per errore progettuale.

²⁴⁵ Cons. Stato parere 02.12.2024 n. 1463. L'art. 1229 c.c. si limita infatti a prevedere la nullità di patti che escludano preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave.

²⁴⁶ Cfr. P. GROSSO, *Il Principio del favor contractus e le innovazioni in materia di esternalizzazione della progettazione dopo il correttivo al D.Lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti)*, in *Lavori Pubblici*, 25.02.2025.

Per comprendere la *ratio* del micro-sistema normativo delle modifiche connesse all'errore progettuale occorre soffermarsi sul ruolo della progettazione e della verifica di progetto con riferimento alla rinegoziazione del contratto.

Qualunque esecuzione dell'opera è preceduta infatti, oltre che dalla programmazione, da un *iter* così riassumibile: redazione del progetto, sua verifica da parte di un soggetto terzo, validazione del RUP ai fini dell'indizione della gara, approvazione della stazione appaltante, una verifica sommaria da parte del direttore dei lavori che, nominato prima dell'indizione della gara, provvede altresì all'attestazione dello stato dei luoghi e infine un esame da parte dell'appaltatore per la visione di aspetti tecnici e contabili²⁴⁷.

Il procedimento di verifica, oggi disciplinato dall'art. 42, realizza quel controllo, durante lo sviluppo della progettazione, sulla conformità (o non conformità laddove si ravvisi un errore progettuale) degli elaborati alle esigenze espresse nel documento di indirizzo alla progettazione e, per il progetto esecutivo, alle specifiche disposizioni funzionali e tecniche contenute nei livelli progettuali già approvati (articolo 34, co. 1, allegato I.7 al codice) in particolare il progetto di fattibilità tecnico-economica (articolo 42, comma 1, primo periodo, del codice). In caso di esito positivo, la verifica assolve a tutti gli obblighi di deposito e di autorizzazione per le costruzioni in zone sismiche, nonché di denuncia dei lavori all'ufficio del genio civile. La verifica, come già visto, sembra oggi necessaria anche per l'approvazione di varianti al progetto²⁴⁸ nonché, per l'ipotesi di appalto integrato, tanto per il progetto di fattibilità tecnico-economica (prima dell'avvio della gara) che per il progetto esecutivo scaturente dall'appalto integrato (prima dell'inizio dei lavori)²⁴⁹.

A ben vedere, ai fini della presente analisi, è evidente quanto “soggettivamente” complesso sia l'*iter* di approvazione dell'opera pubblica nonché l'individuazione degli eventuali profili di responsabilità, a vario titolo, a carico dei soggetti coinvolti. Pertanto, ammesso che l'elaborato progettuale redatto da un progettista esterno, eventualmente modificato a seguito delle osservazioni del verificatore, sia utilizzato dall'amministrazione come parametro per la sua approvazione, occorre chiedersi, nell'ipotesi in cui occorran ulteriori risorse pubbliche in corso d'opera per la realizzazione dell'intervento, se le stesse dipendano soltanto da carenze progettuali

²⁴⁷ M. AGLIATA, *Gli errori progettuali e gli interventi del correttivo*, in Appalti&Contratti, 2025.

²⁴⁸ Si rinvia, per queste considerazioni, al §II.6.

²⁴⁹ Come confermato dal MIT con parere in risposta al quesito del 27.02.2025 n. 3289 circa la verifica di un appalto integrato di importo superiore a € 5.538.000,00 da parte di soggetti accreditati ai sensi dell'art. 34, comma 2, lett. a) e allegato I.7 del codice in www.serviziocontrattipubblici.it.

imputabili al professionista esterno e/o ad attività di verifica non correttamente espletate e quali siano le conseguenze anche in termini di responsabilità.

Nel sistema giuridico italiano, ove l'evento dannoso sia il risultato di azioni plurisoggettive, la giurisprudenza rinvia, anche implicitamente, al c.d. principio dell'affidamento nell'altrui operato. Questo principio, di carattere generale e applicabile anche in ambito contabile, consente di delimitare le responsabilità individuali laddove ciascun soggetto coinvolto agisca nell'osservanza di regole di diligenza e competenza proprie. Concentrandosi sul tema della responsabilità (per colpa) nel contesto della progettazione e realizzazione di opere pubbliche, il principio dell'affidamento assume particolare rilievo per figure come il progettista, il verificatore e il RUP.

In presenza di danno erariale, il Giudice contabile tenderà ad attribuire una maggiore responsabilità a chi, per competenza tecnica e ruolo di garanzia, avrebbe dovuto prevenire l'evento lesivo, sia nella fase progettuale che esecutiva. Tuttavia, tale impostazione deve essere bilanciata con il principio dell'auto-responsabilità, secondo cui ciascuno risponde solo per il proprio operato. In questo contesto, diventa decisivo accertare se ogni soggetto abbia potuto fare affidamento sul corretto comportamento degli altri. Quando tuttavia emergono evidenti violazioni delle regole tecniche e cautelari da parte dei soggetti garanti non potrà più essere invocato l'affidamento nel soggetto che succede nella posizione di garanzia per esimersi da responsabilità. In tal caso, il giudice potrebbe riconoscere una corresponsabilità²⁵⁰.

Per ciò che concerne il progettista esterno, il rapporto con l'amministrazione pubblica non si connota come un rapporto di servizio, bensì un contratto d'opera professionale ai sensi dell'art. 2222 c.c., non essendo quest'ultimo inserito nella struttura organizzativa dell'amministrazione; l'inadempimento contrattuale è quindi soggetto alla disciplina del diritto comune anche per colpa lieve (salvo che la prestazione dedotta in contratto implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà ai sensi dell'art. 2236 c.c.)²⁵¹. La sua attività è disciplinata dai criteri di diligenza dell'art. 1176 c.c. e consiste in un'obbligazione di risultato per la quale *«è tenuto a fornire un elaborato concretamente utilizzabile anche dal punto di vista tecnico e giuridico, con la conseguenza che l'irrealizzabilità dell'opera, per erroneità o inadeguatezza del progetto, dà luogo ad un inadempimento dell'incarico e abilita il committente a rifiutare il*

²⁵⁰ La giurisprudenza si è spinta finanche a riconoscere la responsabilità solidale, pur se a diverso titolo, tra i soggetti coinvolti (in particolare progettista/direttore dei lavori e appaltatore) essendo sufficiente, per la sussistenza della solidarietà, che le azioni e le omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrre l'unico evento dannoso. Cfr. Cass. civ., sez. II, 14.10.2004, n. 20294 e da ultimo Cass. Civ., ord. 02.05.2025, n. 11592).

²⁵¹ Si veda §I.3 nota 67.

*compenso, avvalendosi dell'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.»*²⁵². Il rapporto assume rilevanza pubblica solo successivamente, con l'approvazione del progetto da parte della stazione appaltante previa comunque validazione del RUP, ove lo stesso non svolga anche le funzioni di verificatore²⁵³. Al contrario, quando si tratta di direzione dei lavori (o ci sia il cumulo di entrambi gli incarichi) affidata esternamente, questi, pur restando formalmente estraneo all'amministrazione, esercita funzioni tecnico-amministrative con valenza pubblicistica che lo equiparano a un organo tecnico dell'amministrazione rispondendo del suo operato dinanzi al giudice contabile²⁵⁴.

Sulla base della distinzione, sopra accennata, tra errori progettuali che incidono sulla realizzazione dell'opera o meno, la Cassazione²⁵⁵ è intervenuta a perimetrare la responsabilità del progettista per variante da errore progettuale affermando che lo stesso possa essere chiamato a rispondere dei costi sopportati dall'amministrazione per l'adozione di varianti necessarie a fronte dell'errore che pregiudichi la realizzazione dell'opera, ma non per le maggiori spese che sarebbero occorse per l'esecuzione a regola d'arte; inoltre ha escluso che la dichiarazione con cui il progettista si assume qualunque onere derivante dall'errore progettuale possa essere interpretata automaticamente come una rinuncia ai compensi professionali²⁵⁶.

Di fronte all'accertato errore progettuale la pubblica amministrazione committente è dunque obbligata a rivalersi sul progettista incaricato, chiamato a rispondere dei danni presenti e futuri quale conseguenza immediata dell'inadempimento contrattuale, così da poter ristabilire l'equilibrio economico turbato e ripristinare la situazione *ex ante*, come se l'errore progettuale non si fosse verificato²⁵⁷. Nel contesto oggetto d'esame, il risarcimento in forma equivalente, laddove le prestazioni integrative o la rinegoziazione non permettano di intervenire efficacemente, dovrebbe coprire i danni derivanti da opere realizzate in modo non conforme, le spese necessarie a pubblicare ed aggiudicare la nuova procedura di gara laddove le modifiche richieste superino il quinto d'obbligo o determinino un'alterazione sostanziale al contratto, gli indennizzi all'appaltatore per le

²⁵² Cass. Civ., Sez. II, ord. 31.03.2023, n. 9063 che richiama Cass. Civ. Sez. II, 19.07.2016 n. 14759 entrambe in www.cortedicassazione.it.

²⁵³ *Ex multis*, Cass. Civ. SS.UU, 9.02.2011, n. 3165, nonché, 23.04.2012, n. 6335 e TAR, Sicilia, Sez. III, 28.12.2012 n. 3078 e Corte conti, Sez. III, 17.12.1996, n. 469. In senso contrario Corte Conti, Sez. III centrale, 27.20.2002, n. 63/A, in Riv. Corte conti, 2002, 1, 179 che ravvisa comunque la natura pubblicistica del rapporto anche per il professionista privato, perché funzionale al raggiungimento del fine pubblico.

²⁵⁴ Tant'è vero che l'art. 5, comma 4, allegato II.14 disciplina la responsabilità del direttore dei lavori per eventuali modifiche o addizioni al progetto non autorizzate.

²⁵⁵ Cass. Civ. Ord. 15.11.2022 n. 33537 in www.cortedicassazione.it.

²⁵⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, Ord. 26.07.2024, n. 21027 in www.cortedicassazione.it.

²⁵⁷ Cass. Civ., Sez. III, 21.06.2018, Ord. n.16323 in www.cortedicassazione.it.

opere non eseguite per ritardo e andamento anomalo nell'esecuzione, gli oneri di nuova progettazione, nonché l'eventuale perdita di finanziamenti²⁵⁸. La mancata contestazione dell'errore progettuale impedisce di poter addebitare alle assicurazioni garanti dei progettisti i maggiori costi che deve sopportare. Ciò dovrebbe valere a maggior ragione nel caso in cui, in corso di esecuzione, ulteriori errori si presentino durante le perizie di variante in corso d'opera.

Ai sensi dell'art. 210, comma 2, del codice, non possono tuttavia essere oggetto di riserva dell'appaltatore gli aspetti progettuali che siano stati oggetto di verifica ai sensi di quanto poco sopra indicato. Ciò non significa che l'appaltatore non possa eccepire la presenza di errori progettuali quanto l'impossibilità del RUP di ricorrere all'accordo bonario e alla transazione per comporre i contrasti legati a tali circostanze²⁵⁹.

Tanto chiarito sulla responsabilità del progettista, non può prescindersi, per la contestualizzazione dell'oggetto del presente paragrafo, dall'esame circa eventuali profili di corresponsabilità della Stazione appaltante, del verificatore e anche dell'appaltatore.

Quanto alla prima, a parere di chi scrive, potrebbe verificarsi un'ipotesi di responsabilità solidale al progettista laddove la stessa non abbia verificato, o lo abbia fatto non correttamente, il progetto o le eventuali varianti in corso d'opera frutto di ulteriori errori in corso di esecuzione, o laddove il RUP, nonostante un esito non conforme della verifica, abbia comunque ritenuto il progetto validabile per negligenza o incompetenza o autorizzato perizie di varianti non legittime.

Quanto al soggetto incaricato della verifica del progetto, questi risponde per inadempimento, ai sensi dell'art. 42 dell'allegato I.7., se omette di rilevare errori o mancanze, comprese quelle relative agli atti di assenso. È tenuto al risarcimento dei conseguenti danni, rispondendone personalmente laddove non coperti dall'assicurazione ed è escluso per tre anni da incarichi analoghi. Se dipendente pubblico, risponde nei limiti della polizza, disciplinarmente e per danno erariale in caso di dolo o colpa grave²⁶⁰.

In tale contesto occorre infine sottolineare come anche l'appaltatore possa apportare un contributo, positivo o negativo, alla rilevazione dell'errore progettuale. La giurisprudenza²⁶¹ ha infatti riconosciuto l'esistenza, in capo all'appaltatore, di un "dovere

²⁵⁸ Per ulteriori approfondimenti si veda M. OSCURATO, *Le varianti in corso d'opera e l'errore od omissione progettuale dopo il correttivo al codice*, in *Appalti&Contratti*, 27.02.2025.

²⁵⁹ L'art. 7 dell'Allegato II.14 ammette infatti contestazioni relative all'esattezza tecnica delle modalità costruttive o agli aspetti tecnici ed economici della gestione dell'appalto.

²⁶⁰ A tal proposito l'art. 1 della legge n. 14.01.1994 n. 20 stabilisce che la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave.

²⁶¹ TAR Lazio, Sez. Prima-Quater, 25.03.2024, n. 5834 che richiama Cass. civ., Sez. I, Ord. 26.02.2020, n. 5144 secondo cui «*Nell'appalto, sia pubblico che privato, rientra tra gli obblighi dell'appaltatore, senza necessità di una specifica pattuizione, il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal*

cognitivo” delle condizioni per la corretta esecuzione dell’appalto e dell’onere di contestare tempestivamente eventuali inesattezze tecniche, funzionali al contenimento dei tempi per la realizzazione dell’opera di cui all’art. 1 del codice. Questi dunque, pur avendo eseguito fedelmente il progetto, può essere ritenuto responsabile a diverso titolo, per mancata diligenza nell’omessa segnalazione di evidenti errori progettuali, non potendosi limitare ad agire come un «*nudus minister*» ma dovendo dimostrare di aver espressamente manifestato il suo dissenso, anche attraverso riserva nei termini sopra descritti o apposite analisi sul suolo necessarie per rilevare le criticità progettuali²⁶².

La sua responsabilità non è esclusa, in mancanza di dissenso espresso attraverso apposita prova documentale, nemmeno in presenza di errate o non conformi direttive tecniche della direzione lavori.²⁶³ Anche con riferimento all’attività di direzione lavori, svolta cumulativamente dal progettista, è stato osservato che la stessa non si esaurisce in un controllo saltuario e formale della coerenza delle opere realizzate rispetto alle previsioni di progetto, ma include altresì un controllo *in progress* in fase di esecuzione delle opere, pena la responsabilità per inadempimento contrattuale.

È evidente, a parere di chi scrive che, vista la giurisprudenza in merito, a fronte di un accertato errore progettuale, non è possibile limitarsi ad indagare i profili di responsabilità del progettista ma occorre invece, da parte dell’interprete, un esame approfondito che coinvolga tutti i soggetti partecipanti alla realizzazione dell’opera per uno scrutinio finale circa una possibile quota di responsabilità, a diverso titolo, per l’adozione di eventuali varianti in corso d’opera derivanti da carenze progettuali.

committente, anche in relazione alle caratteristiche del suolo su cui l’opera deve sorgere, posto che dalla corretta progettazione, oltre che dall’esecuzione dell’opera, dipende il risultato promesso, sicché la scoperta in corso d’opera di peculiarità geologiche del terreno tali da impedire l’esecuzione dei lavori, non può essere invocata dall’appaltatore per esimersi dall’obbligo di accertare le caratteristiche idrogeologiche del terreno sul quale l’opera deve essere realizzata e per pretendere una dilazione o un indennizzo, essendo egli tenuto a sopportare i maggiori oneri derivanti dalla ulteriore durata dei lavori, restando la sua responsabilità esclusa solo se le condizioni geologiche non siano accertabili con l’ausilio di strumenti, conoscenze e procedure normali». Nello stesso senso Cass. Civ. Sez. I, ord. 27.10.2017 n. 25629.

²⁶² Cass. Civ. Sez. II, ord. 24.10.2022, n. 31273 secondo cui «*la fase progettuale non interferisce nel contratto e non ne compone la struttura sinallagmatica*». In mancanza di dissenso «*l’appaltatore è tenuto, a titolo di responsabilità contrattuale, derivante dalla sua obbligazione di risultato, all’intera garanzia per le imperfezioni o i vizi dell’opera, senza poter invocare il concorso di colpa del progettista*». Si veda anche art. 42, comma 3, dell’allegato I.7. secondo cui «*La validazione del progetto non esime il concorrente che partecipa alla procedura per l’affidamento dell’appalto o della concessione di lavori pubblici dalle responsabilità inerenti a errori od omissioni progettuali*». In senso parzialmente opposto altro orientamento secondo cui la sottoscrizione dell’appaltatore in merito alla conoscenza ed accettazione degli elaborati progettuali non preclude allo stesso l’apposizione di riserve laddove la stazione appaltante non abbia fornito un progetto realmente esecutivo.

²⁶³ Cfr. da ultimo Cass. Civ., ord. 02.05.2025. n. 11592 *cit.*, sulla responsabilità dell’appaltatore in questi termini e, solidalmente, del direttore dei lavori che ometta di segnalare gravi carenze tecniche limitandosi a un ruolo meramente formale, dovendo invece, se necessario, rinunciare all’incarico in caso di difformità per non incorrere in corresponsabilità.

È in questa intricata filiera di responsabilità che, a parere di chi scrive, si inserisce perfettamente la modifica in contraddittorio dell'art. 120, comma 15-bis, considerato che non sempre le conseguenze derivanti dall'errore progettuale possano essere facilmente addebitate a un unico soggetto e che, una volta rilevata la carenza progettuale, ciò che davvero conta è arrivare in fondo alla realizzazione di un'opera complessa attraverso la cooperazione in cantiere. Fermo restando comunque, *in primis*, la responsabilità del progettista e le necessarie prestazioni integrative da parte dello stesso per ovviare alle carenze progettuali, precludendo così l'applicazione di eventuali penali all'appaltatore per errori a lui sicuramente non addebitabili in prima battuta.

In questo modo il progettista dovrebbe certamente essere incentivato all'attuazione di meccanismi di responsabilizzazione *ex ante* per prevenire errori o garantire tempestività nelle soluzioni correttive, adottando per esempio procedure sistematiche e prevedendo modalità di intervento in caso di necessarie modifiche progettuali, anche attraverso sistemi di analisi del rischio e/o apposite *check lists* di base per ogni progetto. Dall'altra parte, la stazione appaltante, per il tramite del RUP, dovrebbe anch'essa implementare puntuali griglie di controllo per la verifica degli elaborati progettuali e preparare contratti *ad hoc* per servizi di ingegneria ed architettura che includano le clausole ripristinatorie a garanzia di maggiore certezza del diritto per tutti i soggetti coinvolti²⁶⁴.

Inoltre, sempre in ottica preventiva, le stazioni appaltanti dovrebbero disciplinare già nei capitolati, in caso di errore progettuale, le modalità di attivazione del contraddittorio che dovrebbe altresì rappresentare, per l'appaltatore, l'occasione per contestare ritardi o varianti illegittime. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale può costituire senz'altro un ulteriore spunto per questa collaborazione.

In corso di esecuzione, prima di risolvere il contratto e azionare il contenzioso, il Legislatore impone dunque al committente pubblico di verificare in contraddittorio con il progettista e l'appaltatore gli errori progettuali che compromettono l'esecuzione dell'opera evitando così di addebitare automaticamente gli oneri economici all'appaltatore e cercando, grazie innanzitutto al supporto del progettista e del direttore dei lavori, di individuare soluzioni che consentano di superare quelle criticità che potrebbero rallentare o determinare la sospensione dei lavori, con possibili riserve

²⁶⁴ Anche per questa ipotesi un valido suggerimento per l'amministrazione potrebbe essere la previsione di un apposito accordo di collaborazione *ex art. 82-bis* per rinegoziare eventuali condizioni a seguito di accertato errore progettuale.

dell'appaltatore per andamento anomalo e costi aggiuntivi²⁶⁵. Sulla scorta di quanto già affermato al §II.6. anche tali soluzioni dovrebbero essere sottoposte a verifica.

Anche nei contratti stipulati a corpo, dove in astratto piccole modifiche sulle quantità non incidono sull'offerta dell'impresa salvo nuovi prezzi, onde evitare un indebito arricchimento dell'amministrazione e raggiungere il risultato, può essere opportuno attuare comunque un contraddittorio con l'impresa potenzialmente pregiudicata e valutare possibili soluzioni.

Laddove la rinegoziazione non abbia esito positivo oppure la modifica contrattuale necessaria superi i limiti di cui al comma 6, rimane comunque salva la possibilità di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 122. Anche in questo caso è necessario il rispetto del limite qualitativo e quantitativo e se entrambi risultano rispettati, nulla osta all'adozione di una soluzione contrattuale in modifica, frutto della collaborazione di più soggetti; diversamente la stessa sarebbe illegittima e occorrerebbe indire una nuova gara, fermo restando il risarcimento dei danni ai soggetti imputabili.

Ancora una volta si conferma la *manus* di un Legislatore estremamente ottimista e fiducioso nelle possibilità dell'Amministrazione, con l'obiettivo di rendere più efficiente l'esecuzione contrattuale. Ciò risulta ancora più evidente laddove favorisce l'utilizzo di strumenti informatici digitalizzati, come la progettazione BIM, che ben possono contribuire, ad esempio nell'esecuzione di indagini del sottosuolo, a comprendere se una circostanza possa configurarsi come assolutamente imprevedibile o non prevista a causa di un errore progettuale.

Soltanto l'applicazione pratica delle disposizioni e la futura dotazione da parte dell'amministrazione di risorse strumentali, per il momento ancora esigue, consentiranno nel tempo di verificare se effettivamente apportino miglioramenti alla qualità della progettazione e all'esecuzione delle opere pubbliche.

Trattandosi la disposizione in oggetto di un'ipotesi esplicativa e non modificativa di quanto previsto ad oggi all'art. 120, a parere di chi scrive, quanto ivi disciplinato potrebbe trovare applicazione, circa le modalità, anche per contratti la cui aggiudicazione è intervenuta prima dell'entrata in vigore del correttivo, vista la finalità di cui all'art. 1 e l'immanenza del principio del risultato.

²⁶⁵ Cfr. Tribunale di Firenze 29.03.2024 n. 1061 per un esempio di mediazione volto, di fatto, ad imporre una transazione per la soluzione di carenze progettuali. Nel caso di specie, l'opera non è stata collaudata per inadempimento dell'appaltatore che, nel resistere, imputava invece la non collaudabilità delle opere alle soluzioni proposte per la correzione degli errori progettuali.

CAPITOLO III

III. Tutela giurisdizionale delle modifiche contrattuali e del diritto alla rinegoziazione

Come osservato da certa dottrina²⁶⁶ il tema dell'equilibrio contrattuale si intreccia inevitabilmente con il concetto di giustizia in quanto il primo, in qualunque accezione inteso, mira a preservare un assetto di rapporti equi fra le parti contrattuali e, quindi, in concreto, «giusto». La giustizia contrattuale²⁶⁷ rappresenta, quindi, non solo una coordinata interpretativa (integrata e attuata attraverso le clausole di buona fede e correttezza di cui si è già detto al paragrafo I.1) ma anche uno strumento procedurale, in virtù altresì dell'intervento del giudice in ottemperanza all'obbligo di rinegoziazione di cui al paragrafo II.8.

Come già ricordato, la fase esecutiva del contratto è disciplinata, in via residuale, dal diritto civile con conseguente attribuzione al giudice ordinario (g.o.) delle controversie inerenti alle modifiche contrattuali. Rimane comunque ferma la possibilità di ricorrere a strumenti di risoluzione alternativa, come quelli previsti dagli articoli 212 e ss. e 215 e ss. del Codice, tra cui il collegio consultivo tecnico²⁶⁸. Le eventuali rinegoziazioni non sostanziali – che non alterano né la composizione del soggetto aggiudicatario né il contenuto dell'offerta – dovrebbero infatti rimanere confinate esclusivamente nella fase esecutiva, senza compromettere la legittimità dell'aggiudicazione²⁶⁹.

Ne consegue che anche le vicende collegate a modifiche contrattuali derivanti da responsabilità del professionista esterno (di cui al §II.9) dovrebbero essere oggetto della giurisdizione del giudice ordinario²⁷⁰.

Qualora la *lex specialis* preveda clausole di rinegoziazione dettagliate in ordine all'*an* e al *quantum* (ai sensi, ad esempio, dell'art. 9, comma 4, o dell'art. 120 comma 1 lett. a), la loro violazione dovrebbe configurare un inadempimento contrattuale, da ricondurre alla competenza del g.o.²⁷¹, in quanto incidente su un diritto soggettivo dell'appaltatore.

²⁶⁶ Si veda C. RINALDI, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Dottorato di ricerca in diritto comune patrimoniale xviii ciclo, anno 2004-2005, 5-11; F. CARINGELLA, *Studi di Diritto Civile*, II, Giuffrè, 2003, 1691, secondo cui un assetto contrattuale è anche giusto; diversamente A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, Incontro di studio del C.S.M., 22-24 aprile 2002, in www.lexfor.it, 1 ss., secondo cui non è pacifica l'equivalenza tra equilibrio contrattuale e giustizia, che avrebbe una nozione più ampia, tesa al valore etico.

²⁶⁷ Giustizia intesa qui in senso commutativo, riferita allo scambio operato dalle parti, diversamente dalla giustizia distributiva, finalizzata ad una redistribuzione della ricchezza tra i consociati.

²⁶⁸ Così V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, cit., 25 e B. MARCHETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, cit. 13-14.

²⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 11.01.2021, n.7539 in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷⁰ Diversamente dall'ipotesi in cui, come descritto al precedente paragrafo, la stessa persona svolga sia la funzione di progettista che di direttore dei lavori impedendo una separazione della giurisdizione, che compete interamente alla Corte dei conti.

²⁷¹ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 25 luglio 2023, n. 7291 in www.giustizia-amministrativa.it.

In presenza di clausole non chiare che aprano spazi alla discrezionalità amministrativa si pongono, tuttavia, questioni interpretative sull'individuazione del giudice competente. La giurisprudenza, mostra orientamenti oscillanti sul punto, specie rispetto alla fase intermedia tra aggiudicazione e contratto. È stato spesso affermato che l'illegittimità di una modifica possa configurare un affidamento diretto in violazione delle regole della gara, con conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, a maggior ragione, nella fase post-aggiudicazione e pre-contrattuale²⁷².

Anche la giurisprudenza civile²⁷³ ha riconosciuto che interventi della stazione appaltante volti a introdurre modifiche sostanziali al contratto o a disporre lavorazioni extracontrattuali rispetto a quelle pattuite possono configurarsi come elusione delle procedure competitive. In tali casi, ogni operatore economico potenzialmente interessato alla gara dovrebbe ritenersi legittimato ad agire in giudizio, in quanto titolare di un interesse concorrenziale leso dalle condizioni della procedura competitiva che, se fossero state diverse, gli avrebbero consentito di partecipare. Questa lettura, non del tutto condivisibile, contribuisce a ridurre lo spazio della giurisdizione ordinaria nella fase esecutiva dei contratti pubblici, già circoscritta dalle disposizioni del codice del processo amministrativo che disciplinano gli effetti del contratto a seguito di un'aggiudicazione viziata e dalla distinzione tra azioni promosse dalle parti contrattuali e quelle proposte da soggetti terzi²⁷⁴.

Si assiste così a un duplice fenomeno: da un lato, a un rafforzamento della dimensione privatistica del rapporto contrattuale, attraverso la valorizzazione della fase esecutiva del contratto; dall'altro, a un'estensione della giurisdizione amministrativa anche a controversie inerenti alla modifica del contratto, giustificata dal permanere di un nesso - seppur indiretto - con il potere autoritativo della p.a., come evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004²⁷⁵.

²⁷²Cfr. Con. Stato., III, 11.7.2023 n. 6797 secondo cui «*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*». Nello stesso senso Cons. Stato., IV, 19.6.2023 n. 5989 e TAR Calabria 23.02.2023, n. 279, *cit.* Tale posizione è avallata al cons. 107 Dir. 2014/24 già visto, secondo cui le modifiche del contratto che richiedono una nuova procedura di appalto sono illegittime in quanto si traducono in una violazione degli obblighi di gara e pertanto materia riconducibile all'alveo del giudice amministrativo.

²⁷³Cass. civ. SS.UU. Ord. 31.10.2019 n. 28211 in www.foroeuropeo.it, che ha dichiarato sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad un contenzioso avente ad oggetto una modifica sostanziale del contratto di appalto di fatto tradottasi come un "aggiramento della gara pubblica" e un affidamento diretto, pertanto di spettanza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 133, comma 1, lett. e) cpa.

²⁷⁴B. MARCHETTI, *Ibidem*. Cfr., *ex plurimis*, Corte Cass. SS.UU., 29.01.2021, n. 2144.

²⁷⁵Corte Cost., 06.07.2004, n. 204 in www.cortecostituzionale.it che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 33 del d.lgs. 80/1998, ha affermato che «*La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare*

Le questioni interpretative si intensificano alla luce dell'art. 120, comma 8, del Codice, che ha sollevato un contrasto dottrinale e giurisprudenziale in merito all'individuazione del giudice competente a seconda che la rinegoziazione sia ricondotta a un diritto soggettivo della parte svantaggiata²⁷⁶, da tutelare dinanzi al giudice ordinario; dall'altro, oppure a una valutazione discrezionale dell'amministrazione avente ad oggetto i presupposti per avviare la revisione contrattuale, con conseguente attrazione della controversia nella giurisdizione del giudice amministrativo²⁷⁷.

Tuttavia, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dovrebbe essere limitata esclusivamente alle ipotesi in cui la pubblica amministrazione eserciti un potere autoritativo, fattispecie che, in linea di principio, non dovrebbe sussistere nei casi previsti dall'art. 9 del Codice che dovrebbe ripristinare tendenziali posizioni negoziali paritetiche e invitare alla previsione di clausole contrattuali chiare e direttamente applicabili. Confondere la discrezionalità amministrativa con la funzione pubblicistica di attività privatistiche significherebbe infatti sconfessare l'assunto per cui anche l'attività negoziale dell'amministrazione resta funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico (v. art. 1, comma 2, L. 241/90). Tale interpretazione non dovrebbe essere contraddetta né dal disposto dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2)²⁷⁸ del c.p.a., che subordina la giurisdizione esclusiva alla manifestazione di un potere pubblico, assente quando le clausole contrattuali siano autosufficienti; né dallo speciale modulo procedurale di cui all'art. 120, comma 8, volto ad assicurare collaborazione e celerità ai sensi dell'art. 1 del Codice. Inoltre, tanto più le controversie si inseriscono in un momento temporalmente lontano dalla gara tanto più le eventuali pretese dovrebbero ridursi e circoscriversi alle parti contrattuali o tuttalpiù a chi ha partecipato comunque alla gara.

La qualificazione espressa del diritto alla rinegoziazione come diritto soggettivo²⁷⁹ e l'approccio tendenzialmente paritetico in fase di esecuzione, dovrebbero persuadere circa l'individuazione del giudice naturale nel giudice ordinario estesa eventualmente alla cognizione di questioni pregiudiziali amministrative, con rilevanti implicazioni sul piano

strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990).»

²⁷⁶Si rinvia al §I.2.

²⁷⁷Così G.F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.

²⁷⁸Art. 133, comma 1, lett. e), n. 2) cpa: «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo 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, [...] nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto».

²⁷⁹Cfr. P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.,

delle tutele disponibili. In caso di inerzia della pubblica amministrazione, non potrà dunque essere esperita l'azione contro il silenzio-inadempimento ai sensi degli artt. 31, comma 3, e 117 c.p.a. in virtù della qualificazione anzi detta, né l'azione di risoluzione contrattuale ex art. 1453 c.c., in quanto in contrasto con i principi di risultato e di conservazione del contratto pubblico (artt. 1 e 9). In assenza di trattative o in presenza di condotte elusive²⁸⁰, la responsabilità prevista dall'art. 120, comma 8, dovrebbe essere intesa come precontrattuale per violazione del dovere di buona fede nella fase delle trattative, ai sensi dell'art. 1337 o nel corso dell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c.²⁸¹. Per non parlare di possibili risvolti penali per omissione di atti d'ufficio laddove il rifiuto di avvio delle trattative provenga da parte dell'amministrazione.

Questa ricostruzione ha conseguenze sia sostanziali, per la diversa disciplina del danno risarcibile, sia processuali, in considerazione del persistente conflitto tra le Sezioni Unite della Cassazione e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato circa il riparto di giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale²⁸². Quanto al danno risarcibile, se la qualificazione della responsabilità è correttamente individuata come pre-contrattuale, trattandosi di trattative volte alla individuazione di un nuovo accordo in sostituzione del precedente contratto non più equilibrato, secondo i principi civilistici dovrebbe corrispondere alle spese sopportate e alla *perdita di chance* dell'appaltatore, ossia a quanto avrebbe conseguito se il contratto fosse stato correttamente rinegoziato. È evidente che se l'eventuale rinegoziazione di cui al comma 8 trova capienza massima alle somme individuate *ex ante* alla voce «imprevisti e accantonamenti», il risarcimento dovrebbe doversi limitare all'importo massimo ivi indicato.

Come anticipato nel Capitolo II, la dottrina ha tuttavia sollevato interrogativi, sulla scorta di quanto affermato nel 2020 dall'Ufficio del Massimario presso la Corte di

²⁸⁰Cfr. S. P. PERRINO, *La rinegoziazione "coercibile" nel nuovo Codice dei contratti pubblici: alla ricerca di una base legale, tra riforme fallite e riforme riuscite*, in *Contratto e Impresa*, n. 1, 2024, 178 e ss. Che, nonostante la norma sembra riferirsi a un obbligo coercibile di rinegoziazione sanzionabile in caso di comportamento inerte o comunque ostativo, non esclude, in virtù del principio generale di buona fede applicabile, la rilevanza giuridica anche del comportamento scorretto tenuto nella nuova trattativa.

²⁸¹G. DE CESARE, *Diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico e riparto di giurisdizione: problemi sostanziali e processuali*, in *Rivista di diritto amministrativo* – www.amministrativamente.com, 4, 2024, 1838 e ss. Diversamente, D. COMPORTI, *Ibidem*, 68, ravvisa una responsabilità di tipo contrattuale in a fronte dell'inadempimento di un obbligo di condotta che vincola le parti nel corso dell'attuazione del rapporto negoziale.

²⁸² Cons. St. Ad. Plenaria, 29.11.2021 n. 19 e 20, confermata il 4.04.2024 n. 3108, secondo cui controversie derivanti da trattative che ingenerano un legittimo affidamento devono essere ricondotte nella giurisdizione amministrativa in quanto «*principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività*» e Cass. Civ. SS.UU. Ord. nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, poi confermate da ord. 14.05.2024 n. 13191, secondo cui invece tali controversie rientrano nella giurisdizione ordinaria in quanto il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione contrario ai principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337, 1175 e 1375 c.c., a prescindere dall'emanazione di un provvedimento autoritativo.

cassazione, sull'ammissibilità del potere giudiziale di emettere una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., in assenza di riferimenti espliciti negli artt. 9 e 120 del Codice. Sebbene l'esistenza di uno specifico obbligo di risultato circa un nuovo accordo dovrebbe essere esclusa, prevedendo il codice soltanto un obbligo all'avvio di trattative, nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici appare plausibile che in applicazione dei principi di risultato e di conservazione del contratto pubblico che permeano il nuovo ordinamento, il giudice possa essere riconosciuto, in *extrema ratio*, come destinatario di un potere sostitutivo rispetto all'autonomia negoziale delle parti. In tal caso egli sarebbe chiamato a ricostruire, in via interpretativa, il contratto, eliminando gli elementi squilibranti e a emettere una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c.

In tal senso, il limite quantitativo del quadro economico per la rinegoziazione, previsto dall'art. 9, acquista una rilevanza significativa, divenendo un parametro fondamentale per le richieste dell'appaltatore, in caso di eventi straordinari e imprevedibili e, come sopra detto, il tetto massimo per la proposta di accordo da parte del RUP. Tale interpretazione, anche se apparentemente distonica con il mero obbligo di avvio delle trattative, potrebbe essere accolta nei termini in cui l'appaltatore, in assenza dell'intervento giudiziale, valuti altrimenti una riduzione della qualità della prestazione, pregiudicando gravemente l'interesse pubblico. Se così non fosse infatti, il rifiuto di avviare nuove trattative non comporterebbe alcuna sanzione effettiva per la parte non avvantaggiata²⁸³.

Al tempo stesso, volendo ammettere una tutela giudiziale in forma specifica del diritto di rinegoziazione, risulta problematica l'idea di un intervento correttivo del contratto da parte dell'autorità giudiziaria, in violazione dell'autonomia contrattuale delle parti e del principio di separazione dei poteri²⁸⁴. La sanzione di un adeguamento giudiziale del contratto potrebbe inoltre minare il fondamento stesso della rinegoziazione, poiché la parte svantaggiata in questo modo potrebbe preferire l'intervento del giudice, mentre la controparte non sentirà l'obbligo di migliorare la propria offerta, disincentivando la leale collaborazione tra le parti e riducendo la questione al mero adeguamento giudiziale del contratto.

Anche considerando queste difficoltà, la sentenza ex art. 2932 c.c., che sostituisce gli effetti di un contratto che avrebbe dovuto derivare da una nuova trattativa, avrà efficacia solo dopo il passaggio in giudicato. Ciò implica un periodo di stasi per la parte

²⁸³Per queste considerazioni, si veda più approfonditamente S. P. PERRINO, *La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 335 e ss.

²⁸⁴G. BALOCCO e G. SACCHERI, *L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali?*, cit., 7-8.

svantaggiata, mentre, in una prospettiva dinamica, la risoluzione e il risarcimento del danno consentirebbero invece di riorganizzare e ottimizzare gli investimenti.

Alla luce di quanto esaminato, a parere di chi scrive pare legittimo interrogarsi sulla compatibilità della soluzione proposta dal nuovo codice dei contratti pubblici, che sembrerebbe conferire al giudice la possibilità di sostituirsi alla parte pubblica nel decidere di modificare i termini di un contratto a seguito di circostanze sopravvenute che abbiano alterato il sinallagma, in apparente contrasto con i principi costituzionali e senza parametri oggettivi (se non quelli economici) per una sentenza costitutiva dell'accordo di rinegoziazione, i cui termini avrebbero dovuto essere definiti dalle parti.

L'intervento giudiziale potrebbe in qualche modo essere reso compatibile con l'ordinamento giuridico nel caso in cui le parti abbiano già previsto la ri-allocazione del rischio derivante da eventi squilibranti, realizzando così un intervento interpretativo all'interno del quadro contrattuale, secondo gli artt. 1362-1371 c.c., in particolare l'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto²⁸⁵. In alternativa, come osservato da parte della dottrina²⁸⁶, potrebbe essere più appropriato il riconoscimento della tutela dell'obbligo di rinegoziazione attraverso un risarcimento per equivalente o proponendo l'attribuzione a un terzo del potere di invitare le parti a rideterminare il contenuto del contratto secondo buona fede²⁸⁷. Si pensi, come sopra accennato, alla possibilità di ricorrere al Collegio consultivo Tecnico, quale strumento di consulenza e di prevenzione del contenzioso nella fase di esecuzione del contratto. Il parere obbligatorio previsto per i casi di sospensione dell'esecuzione potrebbe rappresentare un valido strumento anche in caso di mancato accordo circa le richieste di rinegoziazione ai sensi dell'art. 120, comma 8, con l'indicazione delle eventuali modifiche contrattuali da apportare per la prosecuzione dell'opera.

²⁸⁵ T. BELFIORE, *La rinegoziazione del contratto come dovere di correttezza*, in Riv. Cammino diritto, 2023, 11, esclude la possibilità, per il giudice, di rideterminare i contenuti di una eventuale rinegoziazione effettuando valutazioni di opportunità sulla conservazione o meno del contratto con una riponderazione di interessi di natura pubblicistica. In giurisprudenza, ex multis, Cass. civ., Sez. Un., 23.02.2023, n. 5657, in CED Cass., 2023, che esclude il potere dell'autorità giudiziaria di variare le condizioni economiche pattuite fra le parti, anche a seguito di eventi straordinari, potendo invece in forza del combinato disposto degli artt. 1374 e 1375 c.c. di integrare le clausole contrattuali secondo equità e buona fede, pur non sostituendosi alle parti nella modificazione e nella rinegoziazione delle clausole contrattuali.

²⁸⁶ V. B. MARCHETTI, *Ibidem*, e P. PATATINI, *Ibidem*.

²⁸⁷ Sulla scorta di quanto previsto dal Codice della crisi d'impresa (d.lgs. n. 14/2019).

CONCLUSIONI

La previsione espressa del principio del risultato, della conservazione dell'equilibrio contrattuale e del diritto alla rinegoziazione, alla cui luce deve essere letto il cambio di impostazione adottato dal legislatore nella riscrittura dell'art. 120 sulle modifiche in corso di esecuzione, segnano senza ombra di dubbio il superamento dell'inadeguatezza del previgente impianto normativo, completamente improntato a una logica pro-concorrenziale e alla prevenzione della cattiva amministrazione. Sebbene le modifiche contrattuali e le varianti rappresentino storicamente un nodo critico – per il rischio di elusione della trasparenza e dell'evidenza pubblica – è altresì vero che le parti non possono rimanere inerti di fronte a un contesto in continua evoluzione e che occorrono strumenti legittimi e flessibili per gestire la fase esecutiva. In questa prospettiva, la realizzazione dell'opera diventa l'obiettivo primario, in coerenza con il principio del risultato.

Il nuovo assetto normativo valorizza l'esecuzione del contratto nella sua autonomia, come fine ultimo della procedura di affidamento e preordinato all'interesse pubblico, con un maggiore *favor* alla modifica del contratto in corso di esecuzione. Altro corollario di questo cambio di prospettiva è la trasposizione, attraverso una norma di carattere procedurale (art. 120 comma 8), di una disposizione *ad hoc* che tenga conto anche delle esigenze dell'operatore economico, nel rafforzamento del principio di fiducia tra le parti. Il principio del risultato guida oggi, infatti, la collaborazione tra amministrazione e contraente privato, soprattutto nella fase esecutiva che non si limita al rispetto delle modalità di esecuzione ma punta al conseguimento di obiettivi concreti e misurabili, come evidenziato anche dalla giurisprudenza. La declinazione del principio implica una lettura funzionale delle clausole contrattuali, alla quale contribuisce l'amministrazione nella definizione della regola del caso concreto, in attuazione di precetti legislativi astratti, potendosi solo allora legittimare la rinegoziazione e discernersi di un vero e proprio diritto. Invero, l'amministrazione, in quanto portatrice di un interesse pubblico è onerata di far sì che il contratto sia eseguito nel migliore dei modi possibili. A ciò si lega inscindibilmente il principio della fiducia, che valorizza l'autonomia decisionale e la responsabilità condivisa tra amministrazione e appaltatore. La fiducia determina dunque la possibilità per l'amministrazione di concordare modifiche al contratto, quando necessario.

Tali i principi apportano dunque una revisione significativa - non solo formale - delle modifiche contrattuali, al fine di mantenere un equilibrio giusto tra le parti,

specialmente in situazioni non prevedibili. Rinegoziare infatti significa intervenire direttamente su tutti gli elementi del rapporto contrattuale contenuti nel capitolato, nell'offerta economica ed eventualmente tecnica i quali, nel loro insieme, definiscono l'equilibrio delle prestazioni.

La soluzione alle interferenze che compromettono la tenuta e l'equilibrio contrattuale non deve più essere ricercata al di fuori della sfera negoziale, ma nel singolo contratto in corso di esecuzione, che rappresenta oggi lo strumento principale per disciplinare e affrontare tali criticità. L'ordinamento giuridico lo riconosce e lo valorizza come un meccanismo in grado di autoregolarsi, anticipando e neutralizzando eventuali fallimenti. Un negozio bilaterale non rispondente a entrambi gli interessi di parte, costituirebbe infatti un momento patologico dell'attività amministrativa, in contrasto con i principi di efficienza, economicità e soprattutto di buon andamento (art. 97 Cost.), corollari del principio del risultato anzi ricordato.

L'obiettivo del nuovo impianto normativo non è infatti la tutela dell'equilibrio generale del sistema, quanto piuttosto la salvaguardia dell'equilibrio contrattuale specifico, necessario per il conseguimento del risultato perseguito dalle parti.

Anche se le novità normative possono sembrare minime, lette alla luce dei nuovi principi rivelano l'intento di favorire soluzioni flessibili e cooperative, in grado di assicurare il risultato e la continuità dell'azione amministrativa.

Il Legislatore dunque, nel garantire il risultato e l'equilibrio tra la tendenziale immutabilità del contratto e una gestione flessibile della fase esecutiva, interviene innanzitutto sulla disciplina delle varianti in corso d'opera, ampliando il novero delle modifiche *in executivis* ammissibili. Allo stesso modo, nell'ipotesi di errori od omissioni progettuali, le parti sono invitate ad individuare una soluzione esecutiva tempestiva e coerente con il principio del risultato, in quanto anche in suddetta ipotesi ciò che davvero conta è arrivare in fondo alla realizzazione di un'opera attraverso la collaborazione delle parti in cantiere. A parere di chi scrive si legge, tra le righe delle norme, un approccio più sensibile alla realtà (basti pensare alla generale ammissibilità di modifiche «non sostanziali»), che mira al più ampio contraddittorio tra le parti, alla reciproca collaborazione e buona fede come obbligo di solidarietà funzionale a preservare gli interessi di entrambe le parti senza che nessuna sia pregiudicata.

Le recenti modifiche normative lasciano emergere con chiarezza come la rinegoziazione, intesa in funzione del conseguimento del risultato, si configuri quale strumento privilegiato per la salvaguardia del contratto, in alternativa a una tutela

meramente risolutiva. In tale prospettiva, l'interesse dell'amministrazione risiede proprio nell'attenuare quelle rigidità che, in presenza di sopravvenienze imprevedibili, determinerebbero altrimenti la risoluzione anticipata del rapporto negoziale piuttosto che una sua rimodulazione. Le parti pertanto, tenute entrambe all'esatto adempimento delle prestazioni del sinallagma contrattuale, potranno invocare il diritto alla rinegoziazione previsto quale attuazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9, in collegamento con l'art. 120), a presidio della realizzazione del risultato. Sebbene sottoposta al controllo della stazione appaltante, l'attività contrattuale mantiene infatti natura imprenditoriale e come tale l'equilibrio economico deve essere tutelato laddove lo sbilanciamento sia superiore alla normale alea contrattuale, al fine di garantire – nei limiti previsti dall'ordinamento – la sostenibilità economica dell'impresa e la sua capacità di svolgere le prestazioni attese.

Il Legislatore appare dunque estremamente ottimista e fiducioso nelle possibilità dell'Amministrazione, con l'obiettivo di rendere più efficiente l'esecuzione contrattuale.

Deve tuttavia anche osservarsi che, allo stato dell'arte, emergono ancora delle criticità nell'interpretazione di norme non sempre chiarissime nella loro trasposizione a livello nazionale. L'art. 120, sebbene cerchi di racchiudere in una disposizione tutte le casistiche di modifica apportabili a un contratto d'appalto in corso di esecuzione, deve infatti essere sempre calato dall'interprete nella realtà concreta. Il comma 8 secondo cui *«il contratto è sempre modificabile»*, in chiusura, sembra infatti consentire ipotesi di rinegoziabilità per eventi non perimetrabili, *ex ante*, nella loro tipicità, purché non sostanziali (secondo la definizione precisata dalla casistica giurisprudenziale), e pertanto rimesse all'indagine concreta delle parti, ultimo baluardo a tutela del principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale ma, soprattutto, del risultato in fase di esecuzione.

Allo stesso tempo il nuovo codice dei contratti, rafforza il collegamento tra le disposizioni (art. 1, 2, 9 e 120) introducendo, da un lato, un obbligo generale di rinegoziazione coercibile, fatta salva la responsabilità da inadempimento dell'obbligo di rinegoziare; dall'altro lato, restituisce lustro alle modifiche contrattuali quali strumento primo per intervenire sul contratto - nello spirito di collaborazione che deve ispirare il comportamento delle parti - laddove modifiche sul corrispettivo non appaiano sufficienti.

Al netto di decisioni motivate e corrette il RUP sembrerebbe dunque avere oggi diversi strumenti per intervenire sul contratto, grazie al principio di equilibrio

contrattuale che apre una breccia nel muro della concorrenza e segna un'inversione di tendenza, privilegiando una maggiore attenzione alla manutenzione del vincolo contrattuale, piuttosto che alla risoluzione dello stesso.

La questione della tenuta dell'equilibrio nei contratti pubblici ha sollecitato dunque soluzioni che travalicano i confini tradizionali del diritto amministrativo, aprendo a prospettive mutate dalla disciplina civile. Nella relazione di accompagnamento al nuovo codice viene sottolineato, infatti, come la disciplina in oggetto (artt. 9, 60 e 120), improntata a quella europea, è stata concepita tenendo conto della peculiarità del settore degli appalti pubblici, *species* di lavori, che non consentirebbe *de plano* la trasposizione dei rimedi civilistici sopra descritti in quanto profondamente permeata dalla speciale *ratio* che governa la materia e dai delicati interessi coinvolti, *in primis* quelli della collettività (si discerne infatti di un «*diritto privato speciale dei contratti pubblici*»)

Tali interessi trovano la loro piena e concreta attuazione proprio nel momento dell'esecuzione dell'opera o del servizio.

Ecco allora che il diritto amministrativo, si è dimostrato pronto a cogliere una possibile soluzione tra la disciplina civilistica del contratto e le dinamiche concorrenziali del mercato anticipando ciò che il diritto civile non si è ancora spinto a riconoscere, ossia un vero e proprio diritto alla rinegoziazione. A differenza della disciplina privata, infatti, dove la tutela demolitoria del contratto prevale nella gestione di sopravvenienze impreviste - nonostante si siano registrate alcune soluzioni volte alla manutenzione del contratto applicate tuttavia solo in via giurisprudenziale e in contesti eccezionali o emergenziali - nella contrattualistica pubblica, in un contesto dove la tutela concorrenziale rimane sullo sfondo e da tutelare, si può oggi tuttavia discernere di qualcosa di assolutamente innovativo in tutto l'ordinamento giuridico, ossia un diritto alla rinegoziazione azionabile in giudizio per l'applicazione delle clausole del contratto e il conseguente adeguamento del sinallagma all'equilibrio originario, con evidenti risvolti obbligatori, incluse le conseguenze in ordine alla responsabilità dell'amministrazione per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE A., *Appalto e sopravvenienza contrattuale contract and supervening onerousness or difficulty*, in *Rev. Boliv. de Derecho* n. 36, 2023
- AGLIATA M., *Gli errori progettuali e gli interventi del correttivo*, in *Appalti&Contratti*, 2025
- BASILICO A., nota a Cons. Stato, Sez. VII, 24.07.2023 n. 7200, in *Urbanistica e appalti*, 2023
- BASILICO A. E., *Rischio operativo e sopravvenienze nei contratti di concessione: quali spazi per riequilibrare il rapporto*, in *Urbanistica e appalti*, 2023
- BENEDETTI A., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, ESI, 2024
- BIANCHI A., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. CARTEI E D. IARIA, Editoriale Scientifica, 2023
- BARRECA G. L., *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali (art. 120 codice dei contratti pubblici)*, in *Italia Appalti*, relazione al convegno su *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, 2024
- BALOCCHIO G. E SCACCHERI G., *L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali*, in *Urbanistica e appalti*, 2024
- CAPPONI R.A., *Rinegoziazione, modifiche contrattuali e revisione prezzi*, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Chieppa, M. Santise, H. Simonetti, R. Tuccillo, La Tribuna, 2023
- CARINGELLA F., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, relazione al convegno AIGA, Cagliari, 2023
- CARINGELLA F., *Studi di Diritto Civile*, II, Giuffr , 2003
- CERULLI IRELLI V., *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Contratto e impresa*, 2024
- COMBA M. E., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023
- COMPORTI G. D., *La rinegoziazione dei contratti pubblici: un via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Il diritto dell'economia*, 2024
- COZZIO M., *La disciplina dello ius variandi, tra regole, eccezioni e nuove soluzioni: sfide per l'Unione europea e l'Italia* in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2023
- DE CESARE G., *Diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico e riparto di giurisdizione: problemi sostanziali e processuali*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 2024
- DI MAJO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, Incontro di studio del C.S.M., 22-24 aprile 2002, in www.lexfor.it.

ESPOSITO E., *Art. 120 D.Lgs. 31-03-2023, n. 36 - Modifica dei contratti in corso di esecuzione, Codice Commentato*

FANTINI S., *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2020

FLACCO R. J., *La rinegoziazione in fase di esecuzione delle clausole contrattuali nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Italia appalti*, 2017

GREGORACE F., *L'equilibrio contrattuale, il sindacato del giudice e i rimedi in caso di squilibrio originario o sopravvenuto*, in *Rivista cammino diritto*, 2024

GROSSO P., *Il Principio del favor contractus e le innovazioni in materia di esternalizzazione della progettazione dopo il correttivo al D.Lgs. n. 36/2023*, in *Lavori Pubblici*, 2025

LIGUORI F. – LA SELVA P., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Rivista Interdisciplinare Sul Diritto Delle Amministrazioni Pubbliche*, 2023

MARCHETTI B. *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023.

MARCHETTI B. *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2003.

MONTEDORO G., *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2023

NICODEMO G., *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2023.

OLIVIERI L., *Il principio di conservazione dell'equilibrio economico vale anche per gli affidamenti diretti*, in *Le Autonomie*, 2024.

OSCURATO M., *Modifiche migliorative e compensative e modifiche migliorative in diminuzione proposte dall'esecutore*, in *Appalti&Contratti*, 2024.

OSCURATO M., *La verifica e validazione delle varianti in corso d'opera*, in *Appalti&Contratti*, 2025.

PAGLIARULO V., *Gli strumenti dell'equilibrio contrattuale: adeguamento del corrispettivo e rinegoziazione*, in *Il Diritto amministrativo*, 2024.

PATATINI P., *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia amministrativa*, 2023

PERRINO S. P., *La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Luiss Law Review*, 2024.

PERRINO S. P., *La rinegoziazione "coercibile" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Contratto e Impresa*, n. 1, 2024.

PRADELLA A., *Diritto alla rinegoziazione: revisione dei prezzi e modifiche dei contratti*, *Giustizia amministrativa*, 2023

RAIOLA I., *Variazioni dei costi e dei prezzi in corso di esecuzione del contratto*, in *I contratti di appalto*, Roma, 2023

RINALDI C., *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Dottorato di ricerca in diritto comune patrimoniale XVIII ciclo, Università degli Studi di Napoli Federico II, Facoltà di Giurisprudenza 2004-2005

SANTORO I., *Appalto pubblico “in manutenzione”*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2024

SCALA P., *Il Consiglio di Stato sui principi del risultato e della fiducia nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cammino diritto*, 2025,

STRACQUALURSI E., *Varianti e rinegoziazioni nella disciplina degli appalti*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020

TRIMARCHI M., *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024

USAI S., *Le modifiche del contratto nel nuovo codice appalti*, in *Appalti&Contratti*, 2023

USAI S., *Modifica dei contratti nel nuovo codice appalti e il micro sistema normativo*, in *Appalti&Contratti*, 2023

FONTI

Atto di segnalazione ANAC al Governo e al Parlamento 13 febbraio 2019 n. 4

Bando tipo ANAC n. 1/2023

CCNL edilizia industria sottoscritto il 21.02.2025 da Ance, Associazioni delle Cooperative e Feneal-UIL, Filca-Cisl e Fillea CGIL

Delibera ANAC 16 gennaio 2021, n. 461 - Richiesta di chiarimenti in merito al Comunicato del Presidente del 23 marzo 2021 recante «Indicazioni interpretative sull'articolo 106, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i., in merito alle modifiche contrattuali fino a concorrenza di un quinto dell'importo del contratto»

Delibera ANAC 11 maggio 2022, n. 227 - Indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica adottate in Cina e della situazione bellica in Ucraina sul regolare adempimento delle obbligazioni assunte nell'ambito di contratti pubblici.

Delibera di Giunta regionale del 25 novembre 2024 n. 1406, di concerto con il provveditorato Interregionale alle Opere pubbliche della Toscana, Marche e Umbria - Introduzione al prezzario dei lavori della Toscana

Deliberazione ANAC 13 dicembre 2006, n. 106

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE

D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - Codice dei contratti pubblici

D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 - Correttivo al nuovo codice dei contratti pubblici

DM 7 marzo 2018, n. 49 – Linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione

D.L. 19 maggio 2020 n. 34 conv. in L. 17 luglio 2020 n. 77 recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19

D.L. 30 aprile 2022, n.36 – Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)

DM 5 aprile 2022 – Modalità di utilizzo del Fondo per l'adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzione

DM 19 aprile 2000, n. 145 – Regolamento recante il capitolato generale dei lavori pubblici ai sensi dell'art. 3, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, Codice dei contratti pubblici, A.G. 19 del 16 gennaio 2023

L. 14 gennaio 1994 - Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti.

Linee guida Anac - Documento in consultazione sull'Applicazione dei Criteri Ambientali Minimi di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017

Osservazioni ANAC in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19, 2023

Regolamento Anac n. 270/23

Relazione AIR a corredo alla bozza di Bando tipo ANAC n. 1/2021

Relazione del Consiglio di Stato al codice dei contratti pubblici, 7 dicembre 2022.

Relazione Corte di Cassazione, n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, Roma, 8 luglio 2020

R.D. 25 maggio 1895, n. 350 – Regolamento per la direzione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello stato che sono nella attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici

SITOGRAFIA

ANAC | Home page - www.anticorruzione.it

Corte Costituzionale - www.cortecostituzionale.it

Corte dei Conti - www.corteconti.it

Corte di Cassazione - www.cortedicassazione.it

CURIA - European Union - www.curia.europa.eu

Documentazione parlamentare – Camera - www.documenti.camera.it

Giurisprudenza - www.eius.it

EUR – lex - www.eur-lex.europa.eu

Giustizia Amministrativa - www.giustizia-amministrativa.it

ItalgireWeb - Corte di Cassazione – www.italgiure.giustizia.it

Università di Trento - www.iris.unitn.it

Servizio Contratti Pubblici - www.serviziocontrattipubblici.it

UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law - www.unidroit.org