

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

3 / 2022

LUGLIO - SETTEMBRE

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

Inserita nell'elenco delle Riviste scientifiche ANVUR con Delibera del Consiglio Direttivo n. 117 del 26.05.2022

RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haeberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof. Renato Ruffini, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Elena Buoso, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Prof. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Giacomo Pisani, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Massimo Strato Perrino, Federico Votta

COMITATO SCIENTIFICO:

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Mary Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)

- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte costituzionale, Italia)
- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistria di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)
- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)

- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuridico-pubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative

linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all'approccio tipico dell'analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un "Comitato dei Revisori" che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2022, 3, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

© 2022 CERIDAP

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

PATRICK BIRKINSHAW, <i>The UK's Future Contribution to European Public Law</i>	1
MARIO GORLANI, <i>La semplificazione dei contratti pubblici: ricorrente "utopia" o occasione da cogliere?</i>	20
FIORENZO LIGUORI, <i>Sulla necessità di una semplificazione amministrativa per le "Zone Economiche Speciali" (ZES)</i>	41
MICAELA LOTTINI, <i>La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive</i>	56

RASSEGNE E COMMENTI

LEONARDO SCUTO, <i>The development of a new model of urban regeneration in light of the digitalisation of public administration</i>	67
JACQUES ZILLER, <i>Sdoppiamento funzionale e trappola della decisione congiunta nell'Unione europea</i>	106

RELAZIONI, RASSEGNE E SEGNALAZIONI

GABRIELE MARIA BRENCIA, <i>Semplificazione e digitalizzazione degli appalti pubblici nel post-Covid: il caso Brescia infrastrutture S.r.l</i> ...	117
MASSIMO GIAVAZZI, <i>La revisione dei prezzi al tempo delle emergenze</i>	135

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

PATRICK BIRKINSHAW, Professore emerito di Diritto Pubblico nell'Università di Hull

GABRIELE MARIA BRENCIA, Responsabile U.O. Appalti e Contratti di Brescia Infrastrutture S.r.l. - Società in house del Comune di Brescia. Revisore legale.

MASSIMO GIAVAZZI, Avvocato nel Foro di Bergamo. Professore a contratto nell'Università degli Studi di Milano

MARIO GORLANI, Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, nell'Università degli Studi di Brescia.

FIorenzo LIGUORI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

MICAELA LOTTINI, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tre

LEONARDO SCUTO, Dottorando in diritto amministrativo nell'Università di Milano, praticante avvocato in Gianni & Origoni

JACQUES ZILLER, Già Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi Pavia, già Professore di diritto pubblico comparato e di diritto dell'Unione europea all'Istituto universitario europeo di Fiesole, anciennement professeur de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La revisione dei prezzi al tempo delle emergenze

Massimo Giavazzi

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-3-15

Nell'attuale situazione emergenziale il legislatore nazionale tenta di gestire l'invarianza dell'equilibrio contrattuale nei rapporti negoziali con la Pubblica Amministrazione attraverso la codificazione di regole analitiche di meccanica applicazione. Il caos normativo che si è venuto in questo modo a realizzare (in una continua – non sempre coerente – riformulazione delle regole) rende preferibile la gestione dell'emergenza attraverso concetti giuridici indeterminati (la buona fede, anzitutto), che meglio assolvono alla funzione omeostatica dell'ordinamento.

Repricing in times of emergency

In the current emergency situation, national legislators attempt to manage the invariance in public procurements by means of analytical rules of mechanical application. The consequent regulatory chaos (in a continuous – almost inconsistent – reformulation of the rules) makes it preferable to manage the emergency through undetermined legal concepts (good faith, first of all), which better perform the homeostatic function in the legal system.

1. L'invarianza del sinallagma negoziale

In tema di revisione dei prezzi è fondamentale il principio.

Il principio dell'invarianza (non delle prestazioni, ma) del sinallagma.

Come declinato dall'art. 1467 c.c. «*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto ... La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la*

risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

Si è al proposito affermato che *«si tratta, quindi, di un intervento che, sebbene formalmente modificativo del precedente assetto di interessi, in realtà assolve ad una funzione conservativa del negozio evitando di esporlo ad una possibile risoluzione»^[1].*

Come a dire: *«Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi»^[2].*

L'ossimoro (bisogna cambiare ciò che si vuole conservare) è tutt'altro che disfunzionale: rappresenta l'omeostatica dell'ordinamento giuridico (in analogia all'attitudine di un organismo vivente a conservare le proprie caratteristiche al variare delle condizioni esterne tramite meccanismi di autoregolazione).

Nel nostro caso, (la modifica a consentire) l'invarianza è tutt'altro che un italico difetto.

A permettere la modifica necessaria a mantenere l'invarianza del sinallagma è un avvenimento straordinario (cioè statisticamente poco frequente) e imprevedibile. Quanto (l'imprevedibilità dell'evento) trova ora una definizione normativa nella direttiva 24/2014/UE, nella quale si legge che *«Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione 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»^[3].*

In aggiunta a ciò, l'alterazione dell'originario equilibrio negoziale (straordinaria e imprevedibile) deve anche essere estranea al rischio che la parte pregiudicata da quella imprevedibile sopravvenienza si è assunto, secondo l'*«id quod plerumque accidit»* (l'alea normale del contratto).

Si è, perciò, di recente affermato che *«Nei più disparati settori, che vanno dall'energia alla sanità, dai trasporti al turismo, dagli alimentari al terziario, pare evidente che dall'emergenza sanitaria, economica e sociale accesa su scala mondiale dal Covid-19 stia[no] germinando conseguenze che esondano dagli argini della congiuntura finanziaria sfavorevole; dette conseguenze finiscono per riportare nei casi concreti tratti di straordinarietà, imprevedibilità e inevitabilità tanto marcati ed eloquenti da legittimare la parte pregiudicata ad agire in*

giudizio per la risoluzione del contratto squilibrato, tanto in ragione dell'inusuale aumento di una o più voci di costo della prestazione da eseguire (c.d. "eccessiva onerosità diretta"), quanto a causa della speciale diminuzione di valore reale della prestazione da ricevere (c.d. "eccessiva onerosità indiretta")»^[4].

Quantunque, nei contratti d'appalto tra privati – a garantire l'invarianza del sinallagma – sia piuttosto invocabile la revisione dei prezzi secondo quanto disposto dall'art. 1664 c.c. (che è norma speciale rispetto alla regola generale codificata dall'art. 1467 c.c.^[5]), nei contratti pubblici la speciale disciplina della revisione dei prezzi codificata dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) esclude l'applicazione dell'art. 1664 c.c.

Quanto riporta sulla scena (quantunque operante sullo sfondo) degli appalti pubblici l'art. 1467 c.c., che è da ritenere applicabile ogniqualvolta la *lex specialis* di gara (a ciò facoltizzata dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016) non abbia previsto una derogatoria (rispetto al principio generale) regolamentazione pattizia dell'invarianza negoziale^[6].

Ma al centro di quella scena emerge, piuttosto, con prepotenza il principio di buona fede (art. 1375 c.c.).

2. La funzione omeostatica dei concetti giuridici indeterminati

Nella teoria del diritto, il concetto giuridico indeterminato assolve alla funzione omeostatica dell'ordinamento giuridico (la capacità di un organismo vivente di conservare immutato l'ambiente interno, indipendentemente dalle modificazioni di quello esterno), secondo l'originale intuizione di Stefano Rodotà^[7].

Si è infatti affermato il ruolo fondamentale dei concetti giuridici indeterminati (clausole generali) di vago contenuto a consentire all'ordinamento di adattarsi al continuo fluire della realtà.

Ciò a evitare di imbrigliare gli accadimenti futuri all'interno di una formula preconfezionata.

La norma – in questa prospettiva – deve infatti essere capace di rispondere alle sollecitazioni del caso concreto (la funzione omeostatica delle clausole generali).

Si ritiene, anzi, al proposito che nelle clausole generali la sussunzione operi alla rovescia: è il caso concreto che concorre a definire la fattispecie giuridica^[8].

Ebbene – a monte di ogni previsione legislativa che voglia imbrigliare il principio dell’invarianza del sinallagma all’interno di una regola – vi è il principio della buona fede *in executivis* (espressione di una morale sociale di matrice solidaristica, capace di condizionare il diritto positivo). Sicché – proprio al proposito dell’emergenza Covid-19 – si è affermato che «*la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto ex art. 1375 c.c. assume assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute. La correttezza è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale [dove] La rinegoziazione, a fronte di sopravvenienze che alterano il rapporto di scambio, diventa, pertanto, un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all’obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale*»¹⁹¹.

3. L’indeterminatezza valutativa

A ben vedere, il principio (l’obbligo di rinegoziazione *ex bona fide*) sarebbe di per sé sufficiente a garantire l’invarianza e ad assolvere dunque alla funzione omeostatica indispensabile a preservare il sinallagma dagli attacchi esterni (le sopravvenienze straordinarie e imprevedibili).

Tuttavia, l’interpretazione valutativa (l’assegnazione di un significato tangibile a una norma di vago significato, attingendo al mondo dei valori ritraibili dai principi dell’ordinamento) induce inevitabilmente alla discrezionalità interpretativa (logica “fuzzy”), in prima battuta, della P.A. nell’esecuzione del precetto normativo, e, di rimando, del giudice chiamato a risolvere l’eventuale contenzioso sulla scelta concreta della P.A.

Ciò che ci pone al cospetto di un problema di prevedibilità della soluzione interpretativa e, dunque, in ultima analisi con il principio della certezza del diritto.

4. La regola chiara, precisa e inequivocabile

Vi è un bello scritto di Antonin Scalia intitolato «*The Rule of Law as a Law of*

Rules»^[10] .

Questo a superare il contrasto tra la “Rule of Law” e il nostro Stato di diritto (“Rule by Law”).

Un gioco di parole (“Rule of Law”/“Rule by Law”/“Law of Rules”) ad affermare che il diritto – per essere giusto – deve governare la vita di una collettività *ex ante* attraverso regole certe e non nel riferimento a indefiniti principi che si fanno regola concreta solo *ex post* attraverso un comando.

Quanto impone di immaginare il (variegato atteggiarsi del) futuro con analitica previsione.

Questa sembra essere la scelta del nostro legislatore, nella declinazione concreta del principio dell’invarianza del sinallagma ai contratti pubblici.

Ma (al proposito della volontà del legislatore di ingabbiare l’invarianza del sinallagma all’interno di una regola codificata) ci sovviene anche il monito di Alessandro Manzoni nei Promessi Sposi, che con riferimento all’improvvida scelta del gran cancelliere Antonio Ferrer di calmierare il prezzo del pane, scrisse: *«Costui vide, e chi non l’avrebbe veduto? che l’essere il pane a un prezzo giusto, è per sé una cosa molto desiderabile, e pensò, e qui fu lo sbaglio, che un suo ordine potesse bastare a produrlo ... Fece come una donna stata giovine, che pensasse di ringiovanire, alterando la sua fede di battesimo»*^[11] .

Quanto ci induce – quantomeno – a una certa prudenza.

5. La revisione dei prezzi nel concreto (la disciplina codicistica)

L’art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) – rubricato *«Modifica di contratti durante il periodo di efficacia»* – consente la modifica del contratto *«senza una nuova procedura di affidamento ... se le modifiche ... sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi»*.

Si è voluto, in questo modo, imbrigliare il principio (l’invarianza del sinallagma negoziale) all’interno di una regola.

A differenza di quanto previsto nel vecchio codice (art. 115 del d.lgs. n. 163/2006^[12]) per i contratti relativi a servizi e forniture (altra era la disciplina degli appalti di lavori di cui all’art. 133, che invece la vietava, essendo a essi riservato un

meccanismo compensativo simile a quello reintrodotta nella attuale normativa emergenziale), la revisione dei prezzi è ora facoltativa.

Più nel dettaglio, la norma sulla revisione dei prezzi stabilisce che *«Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti»*.

Volendo restringere la discrezionalità della stazione appaltante, la norma si declina in una regola ancora più analitica, distinguendo: (1) i lavori, per i quali *«le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà»*; (2) i servizi e le forniture (con riferimento peraltro ai soli soggetti aggregatori), in relazione ai quali si rinvia alla disciplina di cui all'art. 1, comma 511, della l. n. 208/2015^[13] (ove è previsto che nel caso in cui *«la clausola di revisione e adeguamento dei prezzi sia collegata o indicizzata al valore di beni indifferenziati, qualora si sia verificata una variazione nel valore dei predetti beni, che abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivo in misura non inferiore al dieci per cento e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale, come accertato dall'autorità indipendente preposta alla regolazione del settore relativo allo specifico contratto ovvero, in mancanza, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'appaltatore o il soggetto aggregatore hanno facoltà di richiedere ... una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo»*).

6. Un sistema ibrido

Gli appalti dei lavori pubblici sono, dunque, assoggettati a una regola concreta definita analiticamente *ex ante* a disciplinare in modo rigido (la revisione dei prezzi è pari alla metà del discostamento del prezzo originario eccedente la misura di invarianza del 10%) qualsiasi evenienza futura, senza margine alcuno di discrezionalità.

Secondo il modello della "Law of Rules".

Con riguardo ai servizi e alle forniture, invece, il legislatore si è affidato a concetti giuridici indeterminati (*«originario equilibrio contrattuale»/«riconduzione ad*

equità»).

E, dunque, affidandosi *ex ante* a un generico principio, che si declina in regola concreta solo *ex post*, con riferimento al caso concreto.

Nondimeno, l'art. 106 del Codice dei contratti pubblici prescrive (con una certa incoerenza concettuale) che le clausole di revisione dei prezzi siano «*chiare, precise e inequivocabili*».

E un concetto giuridico indeterminato introduce invece alla c.d. logica “fuzzy” (indefinita), non risolvibile attraverso un giudizio binario (vero/falso).

Donde, la necessità di declinare gli astratti principi («*originario equilibrio contrattuale*»/«*riconduzione ad equità*») attraverso una regola concreta, nella *lex specialis* di gara.

Quanto intende fare l'ANAC nel suo bando tipo: «*[Facoltativo, nei contratti di durata superiore all'anno: A partire dalla seconda annualità contrattuale] i prezzi sono aggiornati, in aumento o in diminuzione, ... [indicare le modalità di revisione. Ad esempio, sulla base dei prezzi standard rilevati dall'ANAC, degli elenchi dei prezzi rilevati dall'ISTAT, oppure, qualora i dati suindicati non siano disponibili, in misura non superiore alla differenza tra l'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, al netto dei tabacchi (c.d. FOI) disponibile al momento del pagamento del corrispettivo e quello corrispondente al mese/anno di sottoscrizione del contratto]. [Facoltativo] La revisione dei prezzi è riconosciuta se le variazioni accertate risultano superiori al ... per cento [indicare la percentuale] rispetto al prezzo originario. [Facoltativo, nei contratti di durata superiore all'anno] La revisione dei prezzi può essere richiesta una sola volta per ciascuna annualità»^[14].*

Ciò che, tuttavia, pare tradire l'originario modello del legislatore, volgarizzando la clausola di revisione dei prezzi in una clausola di indicizzazione del prezzo.

7. L'interpretazione giurisprudenziale

Si è affermato che la finalità del procedimento di revisione dei prezzi «è da un lato quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e della conseguente incapacità del fornitore di farvi

compiutamente fronte, dall'altro di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto»^[15].

È questa una visione unilaterale del contratto (inadeguata a rappresentare un rapporto che è in realtà paritario), che pone al centro (e anzi valuta esclusivamente) l'interesse pubblico: a ricevere una prestazione qualitativamente adeguata e a evitare un incremento incontrollato della spesa pubblica.

In questa prospettiva, solo indirettamente (di riflesso) trova dunque tutela l'interesse del privato alla conservazione dell'equilibrio delle prestazioni corrispettive su cui si salda il sinallagma negoziale.

Quanto non è certo soddisfacente in uno Stato di diritto, che evidentemente non consente di subordinare i diritti del privato agli interessi pubblici, com'era nella desueta figura dell'interesse occasionalmente protetto^[16].

Tuttavia, a escludere che vi sia un obbligo di prevedere clausole di invarianza del sinallagma negoziale, si è pronunciata anche la Corte di giustizia, la quale ha affermato che la direttiva 2004/17/CE «non impone agli Stati membri alcun obbligo specifico di prevedere disposizioni che impongano all'ente aggiudicatore di concedere alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo dopo l'aggiudicazione di un appalto»^[17].

La giurisprudenza amministrativa ha integrato la disposizione normativa con un presupposto («la sopravvenienza di circostanze impreviste e imprevedibili») non espressamente codificato^[18].

Nel leibniziano distinguo tra «*ars inveniendi*» e «*ars combinatoria*» – chiamato a differenziare l'interpretazione dal creazionismo giurisprudenziale^[19] – è agevole ricondurre l'innovativa affermazione giurisprudenziale al principio codificato dall'art. 1467 c.c. (l'*ars inveniendi*, come capacità di scoprire qualcosa di ignoto, tuttavia già esistente in natura).

Così che si può con essa convenire.

Ciò che mi induce, tuttavia, a ritenere che le clausole di revisione dei prezzi (art. 106 del d.lgs. n. 50/2016) non esauriscano la disciplina dell'invarianza del sinallagma, dovendo essere integrate *ab externo* dall'obbligo di buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.).

E questo non può valere solo a favore della P.A., in un'inaccettabile visione unilaterale del rapporto negoziale.

8. La revisione dei prezzi ai tempi dell'emergenza Covid-19

Su questa (già complessa e per nulla coerente) disciplina si inserisce l'art. 29 del d.l. n. 4/2022^[20] (c.d. decreto Sostegni-Ter), che – con riferimento ai contratti banditi dal 27/1/2022 sino al 31/12/2023 – stabilisce che «è *obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18/4/2016, n. 50*».

La norma reintroduce (temporaneamente, sino al 31/12/2023) l'obbligatorietà delle clausole di revisione prezzi, come già in precedenza prevista dal c.d. Codice de Lise (art. 115 del d.lgs. n. 163/2006).

Quanto, peraltro, corrisponde al testo di legge delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici all'esame del Parlamento che prevede (nel testo approvato dalla Commissione VIII – Ambiente e lavori pubblici della Camera dei Deputati –) tra i nuovi criteri direttivi «*un regime obbligatorio di revisione dei prezzi da verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta*»^[21].

Questo a valere trasversalmente, per tutti gli appalti (di lavori, servizi e forniture). Vi è poi una dettagliata disciplina destinata ai soli appalti di lavori.

Solo per i contratti relativi ai lavori è, invero, previsto che (in deroga a quanto stabilito dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016) siano attribuite compensazioni alle imprese se le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione siano superiori al 5% del prezzo rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, sulla base delle rilevazioni dei prezzi effettuate semestralmente dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (MIMS). La compensazione è limitata all'80% dell'aumento dei prezzi in eccedenza alla percentuale di invarianza del 5%, a seguito di richiesta di compensazione che deve essere espressa nel termine di decadenza di 60 gg. dalla pubblicazione del decreto del MIMS, e che è ammessa solo per i lavori eseguiti nel rispetto del cronoprogramma ed entro i limiti delle variazioni dei prezzi effettivamente documentata. È poi precisato che la compensazione non opera per i lavori contabilizzati entro l'anno solare di presentazione dell'offerta e non è soggetta al ribasso d'asta.

Com'è evidente, è questa una regola assai analitica, che non lascia margine alcuno a valutazioni discrezionali.

Quanto (la limitazione della disciplina analitica ai soli lavori) ha destato ovunque malumori.

E, al proposito, anche l'ANAC con un suo comunicato del 22/2/2022 aveva chiesto (ma la sua sollecitazione non è stata accolta nella legge di conversione) *«che la compensazione dei prezzi avvenga non soltanto per i lavori pubblici, ma anche per servizi e forniture [ciò in quanto] L'obiettivo dell'Autorità è quello di stabilire meccanismi che consentano di riguadagnare un equilibrio contrattuale, adeguando un aumento dei valori degli appalti per tenere conto dei costi reali. Se non lo si fa o le gare vanno deserte, o partecipa solo chi poi chiederà varianti con aumento dei prezzi, oppure la prestazione non viene adempiuta. In questo momento non dobbiamo guardare al risparmio immediato, ma riconoscere che bisogna avere clausole di adeguamento dei prezzi che tengano conto dei costi reali, indicizzando i valori inseriti nel bando di gara. Altrimenti rischiamo di vanificare lo sforzo del PNRR perché le gare di appalto andranno deserte, o favoriranno i “furbetti” che punteranno subito dopo l'aggiudicazione a varianti per l'aumento dei prezzi. Molto meglio stabilire dei meccanismi trasparenti e sicuri di indicizzazione, così da favorire un'autentica libera concorrenza e apertura al mercato plurale, e serietà in chi si aggiudica l'appalto. Risulta quindi imprescindibile l'individuazione normativa della percentuale di scostamento, oltre che delle modalità operative e dei limiti della compensazione»*^[21].

9. Compensazioni vs. revisione

L'art. 29 del d.l. n. 4/2022 passa – invero con eccessiva disinvoltura – dalla revisione dei prezzi alle compensazioni, tanto da apparire al lettore superficiale che la compensazione prevista per i lavori pubblici sia una modalità di erogazione delle somme maturate nell'applicazione della clausola di revisione dei prezzi.

Non è tuttavia così.

In un caso (la revisione dei prezzi), la modifica del contratto è riconosciuta *ex ante* sulla base di «*clausole chiare, precise e inequivocabili*» (art. 106 del d.lgs. n. 50/2016), nell'altro (la compensazione – istituto già previsto nell'art. 133 del vecchio codice –) il riequilibrio contrattuale è ristabilito *ex post* al momento della contabilizzazione dei lavori, sulla base delle dinamiche dei prezzi delle materie prime rilevate dal decreto del MIMS.

Chiara in teoria la differenza, non può tuttavia sfuggire che entrambi gli strumenti di gestione dell'invarianza contrattuale traggono origine dalla medesima circostanza fattuale: la variazione dei prezzi e dei costi delle materie prime.

Donde, la difficoltà di immaginarne la coesistenza (intesa come contemporanea applicazione) all'interno del medesimo rapporto contrattuale.

Quanto induce a immaginare (nell'interpretazione di una norma equivoca, che pure vorrebbe eliminare ogni discrezionalità – anche interpretativa – nell'applicazione di una regola che si vorrebbe chiara, precisa e inequivocabile, al pari delle clausole che quella regola dovrebbero trasporre nella *lex specialis* di gara) che la revisione dei prezzi *ex* art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 trovi applicazione nei contratti di servizi e forniture, mentre le compensazioni si applichino ai contratti di lavori pubblici, con esclusione a essi delle clausole di revisione.

10. La limitata retroattività

L'art. 29, comma 11-*bis*, del d.l. n. 4/2022 (inserito dalla legge di conversione, poi abrogato dall'art. 26 del d.l. n. 50/2022 – in un continuo andirivieni normativo –) ha esteso la compensazione anche gli appalti già aggiudicati alla data del 29/3/2022 – in relazione agli accordi quadro di lavori (art. 54 del d.lgs. n. 50/2016) –, in tal modo ammettendo una limitata retroattività alla disciplina delle compensazioni.

In questo caso, l'aggiornamento del sinallagma negoziale si ottiene attraverso l'applicazione all'accordo quadro dei prezzari regionali aggiornati (quanto renderebbe inapplicabile la norma agli accordi quadro assegnati dalle amministrazioni centrali, salvo optare per una interpretazione correttiva, solo in parte resa superflua dal successivo intervento legislativo – art. 26, comma 12, del d.lgs. n. 50/2022 – che ha esteso l'applicazione del nuovo meccanismo di revisione dei prezzi anche alle società del gruppo Ferrovie dello Stato e di ANAS, con riferimento ai loro prezzari).

Si tratta, tuttavia, di una retroattività edulcorata.

In primo luogo, la norma prevede al riguardo solo una facoltà («*le stazioni appaltanti possono ... utilizzare i prezzari regionali aggiornati*»), e, comunque, il meccanismo di compensazione opera solo «*nei limiti delle risorse*

complessivamente stanziato per il finanziamento dei lavori previsti dall'accordo quadro».

Quella facoltà diverrà, poi, – provvisoriamente, sino al 31/12/2022 – un obbligo con il c.d. Decreto Aiuti (art. 26, comma 8, del d.lgs. n. 50/2022, dove il sintagma «*possono utilizzare*» diverrà «*utilizzano*»).

11. La revisione dei prezzi ai tempi della guerra

Gli artt. 25 del d.l. n. 17/2022^[23] e 23 del d.l. n. 21/2022^[24] (c.d. Decreti Ucraina) hanno riattivato il sistema di compensazioni previsto dall'art. 1-*septies* del d.l. n. 73/2021 ai contratti in corso di esecuzione, consentendo altresì anticipazioni sugli importi non ancora accertati, in deroga alla disciplina di cui agli artt. 133 del d.lgs. n. 163/2006 e 106 del d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 26 del d.l. n. 50/2022^[25] (c.d. Decreto Aiuti) ha infine previsto di applicare i prezzi aggiornati ai contratti già stipulati, anche in deroga a specifiche clausole contrattuali. E, al contempo, ha disposto l'abrogazione dello speciale sistema compensativo previsto dall'art. 25 del d.l. n. 17/2022 (che pure avrebbe dovuto operare solo per il primo semestre del 2022).

Una babele di leggi-provvedimento che cercano di risolvere *ex post* situazioni di squilibrio negoziale che si sono già verificate.

Quanto contraddice i principi della “Law of Rules”: un sistema di regole generali e astratte, a evitare che la gestione del conflitto sia affidata a un comando concreto.

Ma anche quelle della “Rule of Law” (e dello Stato di diritto), che esige che la norma sia: (i) astratta; (ii) nota; (iii) non retroattiva; (iv) sufficientemente chiara; (v) non contraddittoria; (vi) eseguibile; (vii) duratura nel tempo; (viii) effettiva^[26].

Quanto si è espresso da noi con l'individuazione dei difetti della legislazione (con particolare riguardo alla revisione dei prezzi) in queste caratteristiche: *«amplissimo il loro numero, tipologie e denominazioni non previste nel sistema normativo, sovrapposizione e difettosa abrogazione delle leggi (l'abrogazione innominata), inserimento nelle leggi di disposizioni e norme che si riferiscono a diverso argomento ..., imperfetta stesura, imprecise indicazioni dei principi di diritto, eccesso di legislazione di dettaglio, di leggi provvedimento, di leggi, di imprecisioni derivanti da emendamenti e da integrazioni e modifiche inserite in*

sede di conversione di decreti»^[27] .

12. La rinegoziazione dei contratti in corso di esecuzione

Con riguardo agli appalti non regolati dall'art. 29 del d.l. n. 4/2022 (vale a dire banditi prima del 27/1/2022) e rispetto ai quali la stazione appaltante non abbia previsto (o abbia addirittura escluso) clausole di revisione dei prezzi nell'esercizio della facoltà di cui all'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, il contraente non è, tuttavia, costretto a subire ogni alterazione (anche straordinaria e imprevedibile) del sinallagma negoziale.

In questi casi è da ritenersi applicabile il rimedio risolutorio di cui all'art. 1467 c.c., quale espressione di un principio generale^[28], senz'altro estensibile anche ai contratti pubblici, giusta la previsione dell'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (*«Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi ... alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile»*).

Non riterrei, invece, applicabile l'art. 1664 c.c., perché la revisione dei prezzi negli appalti pubblici è normata da una speciale disciplina derogatoria.

Quanto impedisce – nei contratti pubblici – che vi sia la sovrapposizione tra l'ambito di applicazione del rimedio risolutorio (art. 1467 c.c.) e la revisione dei prezzi (art. 1664 c.c.).

Dovendosi, invece, ritenere che, ogniqualvolta la stazione appaltante abbia omesso di regolare le sopravvenienze attraverso clausole di revisione dei prezzi, essa sia nondimeno esposta alla richiesta dell'impresa appaltatrice di risoluzione del contratto divenuto eccessivamente oneroso per il sopraggiungere di eventi straordinari, imprevedibili ed estranei all'ordinaria alea del contratto d'appalto.

Ciò che induce ad affermare l'obbligo di rinegoziare il contratto in adempimento dell'obbligazione di agire in buona fede nell'esecuzione (ma anche nell'interpretazione) di esso.

13. La rinegoziazione degli accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990

Quanto sin qui sostenuto (la concorrenza dell'obbligo di rinegoziazione del contratto – quale concretizzazione del concetto giuridico indeterminato di

CERIDAP

buona fede ex art. 1375 c.c. – con la disciplina giuridica dell’invarianza negoziale nei contratti di diritto privato assegnati in esito a una procedura di evidenza pubblica) consente di affrontare agevolmente la gestione dell’emergenza anche nell’ambito dei contratti pubblici

In questo caso – giusta l’espreso richiamo ai «*principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti*» (art. 11 della l. n. 241/1990) –, la P.A. non potrà sottrarsi all’obbligo di rinegoziazione.

Così che, nel riconoscimento legislativo che le disfunzioni indotte sul mercato dal Covid-19 e della guerra in Ucraina costituiscono avvenimenti straordinari, imprevedibili e estranei all’alea normale del contratto (art. 1467 c.c.) – quanto è obiettivamente a dirsi anche per l’anomala lievitazione dei prezzi dei prodotti edili provocata dalle improvvise agevolazioni fiscali agli interventi di ristrutturazione edilizia dell’ultimo periodo –, non vi può essere dubbio alcuno dell’obbligo della P.A. di rinegoziare – secondo buona fede – con il privato le prestazioni delle tante convenzioni urbanistiche in corso di esecuzione.

1. T.A.R. Campania (Sezione I), sentenza del 4 marzo 2005, n. 1625.
2. G. Tomasi di Lampedusa, *Il Gattopardo*, Feltrinelli, Milano, 1958, p. 50.
3. Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, considerando n. 109.
4. Cassazione, Ufficio Massimario, Rel. n. 56/2020, pp. 5-ss.
5. Cass. civ., sez. I, 3 novembre 1994, n. 9060.
6. T.A.R. Lombardia (sezione I), sentenza del 10 marzo 2022, n. 239.
7. S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1987, pp. 709ss.
8. M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 121.
9. Cassazione, Ufficio Massimario, Rel. n. 56/2020, pp. 22-ss.
10. A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 4, 1989, pp. 1175-ss.
11. Il sagace richiamo si deve a M. Bassani, *Abolizione della revisione prezzi nell’appalto di opere*, in *Corr. giur.*, 1, 1993, p. 496.
12. D.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).
13. Recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2016”.
14. ANAC, delibera 16 marzo 2022 n. 154.
15. Cons. St., 2 maggio 2019, n. 2841.

CERIDAP

16. O. Ranalletti, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Angelini, Avezzano, 1892, ora anche in *Scritti giuridici scelti*, vol. III, Jovene Editore, Napoli, 1992, pp. 3 ss.
17. Corte giust., sentenza 19 aprile 2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, ECLI:EU:C:2018:264, p.to 29.
18. T.A.R. Lombardia (sezione I), sentenza del 10 marzo 2022, n. 239.
19. F. Galgano, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 1, 2012, pp. 84.
20. Recante “Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico”, convertito con modificazioni dalla l. n. 25/2022.
21. Art. 1 della l. n. 78/2022 (Delega al Governo in materia di contratti pubblici).
22. Comunicato stampa 22/2/2022, dal titolo «ANAC chiede a Governo e Parlamento un intervento normativo sulla revisione dei prezzi negli appalti», in <https://www.anticorruzione.it>.
23. Recante “Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali”, convertito con modificazioni dalla l. n. 34/2022.
24. Recante “Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina”, convertito con modificazioni dalla l. n. 51/2022.
25. Recante “Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina”, convertito con modificazioni dalla l. n. 91/2022.
26. L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1962.
27. M. Bassani, *Abolizione della revisione prezzi nell'appalto di opere*, in *Corr. giur.*, 1, 1993, p. 496, nel richiamo a V. Italia, *La fabbrica delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1990.
28. T.A.R. Lombardia (sezione I), sentenza del 10 marzo 2022, n. 239.