**I CONTRATTI DI APPALTO**

Corso organizzato dall’Ufficio Studi della Giustizia amministrativa in collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura (Cod. P23067)

Roma, 25 ottobre 2023

**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**

*1.Introduzione*

Il tema di questa relazione è quello del rilievo delle sopravvenienze in corso di esecuzione del contratto di appalto (o di concessione) di eventi straordinari non previsti né prevedibili dalle parti, al momento della stipula del contratto, i quali ingenerano la necessità che si intervenga per ri-determinare l’equilibrio contrattuale tra le parti.

La necessità di intervenire sull’equilibrio contrattuale, che sia stato messo in crisi dal sopravvenire di eventi del tipo di quelli descritti può riguardare, naturalmente, solo i contratti che hanno un’apprezzabile proiezione temporale ovvero quei contratti che nella tradizionale nomenclatura civilistica vengono designati come “contratti di durata”.

Gli eventi che assumono rilievo, ai fini degli istituti di cui ci stiamo occupando, sono propriamente quelli che vanno ad incidere sulla dimensione economica del contratto, *sub specie* di eccessiva onerosità e/o inadeguatezza del corrispettivo originariamente fissato in favore di una delle parti.

È una situazione quella appena descritta che è stata all’attenzione del legislatore del Codice Appalti del 2023 nell’approntamento di diversi articoli del nuovo Codice, rispettivamente allocati nel libro I Parte I – Dei Principi, Libro II, Parte II – Degli istituti e delle clausole comuni, Libro II, Parte VI – Dell’esecuzione e, per quanto riguarda specificamente le concessioni, nel Libro IV – Parte II, Titolo III – L’esecuzione delle concessioni:

-l’art.9 che enuncia il principio di conservazione del contratto;

-l’art.60 che disciplina la revisione dei prezzi contrattuali;

-l’art.120 che si occupa di regolamentare le modifiche del contratto in corso di esecuzione;

-l’art.189 che disciplina le modifiche dei contratti di concessione durante il periodo di efficacia;

-l’art.192 che si occupa della revisione del contratto di concessione

Mi occuperò, nel rispetto dei confini indicati all’oggetto del mio intervento, (quasi) esclusivamente della disciplina recata dai primi due articoli.

L’art.9, al primo comma, stabilisce che “*se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili estranee alla normale alea, alle ordinarie fluttuazioni economiche e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante equilibrio originario del contatto. la parte svantaggiata che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede, delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all’esecutore a valere e sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell’intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando l’economia da ribasso d’asta”*.

Il secondo comma circoscrive l’ambito di applicabilità della rinegoziazione, precisandone la finalità (“*ripristino dell’originario equilibrio del contratto oggetto dell’affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica*”).

Il terzo comma prevede la possibilità di ridurre proporzionalmente il corrispettivo, nel caso, per circostanze sopravvenute, la prestazione sia divenuta in parte inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, “secondo le regole dell’impossibilità parziale”.

Il quarto comma sancisce il *favor* per l’inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, “*dandone pubblicità nel bando o nell’avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio di interferenze di sopravvenienze*”.

L’ultimo comma dell’art.9 rinvia agli artt. 60 e 120, la cui portata regolativa è espressamente indicata come di applicazione (*rectius*, attuazione) del principio di conservazione del contratto.

Il legislatore del Codice Appalti del 2023 pone come regola prima, dunque, la conservazione del contratto, la quale null’altro è una delle declinazioni in cui si attua il principio del risultato di cui all’art. 1 del medesimo Codice: l’obiettivo è, nei limiti del possibile e ricorrendone i presupposti espressamente individuati dalla legge e, nel caso della revisione prezzi di cui all’art.60 del Codice, enunciati negli atti di gara, mantenere in piedi il contratto, mediante un riassetto delle condizioni dello stesso, e assicurarne l’esecuzione.

Ciò porta a formulare un’ulteriore considerazione: nell’ambito della contrattualistica pubblica si privilegia una *ratio* diversa, si potrebbe dire “rovesciata”, rispetto a quella sottesa alla regola principale vigente nella contrattualistica privata, laddove l’art.1467 c.c., prevede che, in caso di sopravvenienze che rendano eccessivamente onerosa l’esecuzione di una prestazione, il rimedio sia quello della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, salvo che la parte contro la quale sia domandata la risoluzione offra di modificare equamente le condizioni del contratto (F. Liguori – P. La Selva, *Il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale*, in *Riv. interdiscipl. Dir. Amm. Pubbl.*, 2023, 3, 45).

Al contrario, con specifico riguardo al contratto di appalto di ambito privatistico, l’art.1664 c.c. detta una disciplina con finalità preminentemente conservativa del contratto:

Art.1664 c.c.

*Qualora per effetto di circostanze* [*imprevedibili*](https://www.brocardi.it/dizionario/2027.html)*si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo.*

*Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti*[*(4)*](https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-iii/capo-vii/art1664.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_content=nav_art_succ_dispositivo#nota_16859)*, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso* (secondo comma, c.d. “sorpresa geologica”)

Ora, è indubbio che, trattandosi di norma principio, nell’art.9 del Codice ci si imbatte in sintagmi e nozioni che necessitano di un’opera di completamento, la quale vale a rendere precetto applicabile in concreto la regola astratta: mi riferisco ad espressioni come “circostanze straordinarie imprevedibili”, “normale alea”, “ordinarie fluttuazioni economiche” e “rischio di mercato”. Si tratta di formule che l’Amministrazione dovrà, nell’esercizio della discrezionalità che le compete, rendere complete e convertire in disposizioni operative e, nel caso della clausola di revisione prezzi, mediante l’inserimento (reso obbligatorio dal Codice, in continuità con la precedente legislazione emergenziale) di detta clausola e la definizione dei suoi contenuti (F. Liguori – P. La Selva, *op. cit,*, 47 ss.).

Due notazioni prima di passare all’esame dell’art.60:

-l’art.9 designa come “diritto alla rinegoziazione” la posizione giuridica della parte che risulti svantaggiata dalla sopravvenienza di eventi straordinari e imprevedibili incidenti sull’equilibrio contrattuale, con le conseguenti ricadute in tema di giurisdizione;

-l’espressione “normale alea” del contratto, di cui al comma 1 dell’art.9 non va intesa come riferita ad un elemento costitutivo del regolamento contrattuale, posto che la disposizione in commento regola la sorte di contratti c.d. commutativi, cioè quei contratti, secondo la sistematica civilistica nei quali la valutazione del rispettivo sacrificio o vantaggio può essere compiuta da ciascuna delle parti all’atto stesso in cui il contratto si perfeziona, in modo tale che ciascuna parte conosce in anticipo l’entità economica delle rispettive prestazioni; alla categoria dei contratti c.d. commutativi si contrappone quella dei contratti c.d. aleatori, che vanno identificati come quei contratti nei quali il rapporto tra l’entità del vantaggio e l’entità del rischio al quale le parti contraenti si espongono non è noto né valutabile al momento della stipula del contratto, per cui è proprio il rischio che una delle due parti assume a costituire l’oggetto del contratto; nel caso dell’espressione che si rinviene nel comma 1 dell’art.9 del Codice Appalti – “normale alea” – non si tratta, perciò, dell’alea dei contratti aleatori, bensì’ di un elemento ineliminabile di qualsiasi rapporto di durata: nell’ambito di un contratto commutativo, ciascuna delle parti conosce le condizioni economiche le condizioni economiche del contratto all’atto della sua stipula, ne ha, quindi, valutato la convenienza e il vantaggio e lo svantaggio dalle prestazioni corrispettive, ma non è in grado di prevedere e prevenire eventi futuri straordinari che possono incidere in maniera significativo sull’onere economico delle prestazioni contrattuali, alterando l’originario equilibrio del regolamento contrattuale.

Proprio la storia recente ci ha messo di fronte, in rapida sequenza, ad alcuni di questi eventi, che hanno determinato un incremento considerevole dei prezzi delle materie prime e, specificamente, per gli appalti di lavori di lavori, dei materiali di costruzione: la crisi economica conseguente alla pandemia da Covid-19, la crisi economica conseguente alla guerra russo – ucraina e, da ultimo, la crisi economica conseguente al conflitto israelo-palestinese.

Questo ha determinato l’approntamento di una legislazione dell’emergenza in materia di appalti che ha innovato la disciplina dell’istituto della clausola di revisione prezzi e che è confluita nel Codice Appalti del 2023 e, segnatamente, nell’art.60.

*2.Analisi dell’art. 60 d.lgs. n. 36/2023*

L’articolo costituisce attuazione del criterio di cui alla l. 21 giugno 2022 n.78 (legge delega), art.1 lett. g): che imponeva di introdurre, nel redigendo Codice dei contratti, la previsione dell’obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all’oggetto dell’appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa.

In esecuzione di detto criterio di delega è stato, pertanto, reso obbligatorio, con il comma 1 dell’articolo in commento, l’inserimento nei documenti di gara della clausola di revisione prezzi.

Nella Relazione al codice, redatta dalla Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, si è evidenziato che, tra i possibili meccanismi di funzionamento della revisione (sostanzialmente, riconducibili a meccanismi di compensazione o a meccanismi di indicizzazione), si è preferito, come può evincersi dal comma 2 dell’articolo, un “modello di indicizzazione, per alcuni profili ispirato a quello esistente nell’ordinamento francese, allo scopo di facilitare e rendere più rapida e “sicura” l’applicazione della revisione”.

Insieme agli istituti della negoziazione e delle modifiche contrattuali, la revisione dei prezzi rappresenta uno dei principali strumenti con finalità conservativa rispetto alle variazioni che possono intervenire nel programma negoziale come originariamente concepito e definito dalle parti di un contratto di appalto.

Si è osservato come si tratti di istituti accomunati dalla loro rilevanza nell’ambito del più ampio tema dell’incidenza del tempo sul contratto, quale fatto in grado di incidere in maniera significativa sul sinallagma tipico del contratto di appalto, quale tipo più significativo di contratto di durata della contrattualistica privata, tanto da ricevere del codice civile del 1942 un’apposita disciplina delle sopravvenienze con una chiara prospettiva manutentiva del contratto al fine di meglio tutelare gli interessi sia del committente in termini di risparmio di risorse organizzative ed economiche, evitandogli di dover ricercare un nuovo appaltatore, sia per l’appaltatore stesso in ordine alla conservazione dell’investimento già effettuato per l’inizio dei lavori in considerazione della difficoltà di collocare sul mercato una prestazione modellata sulle particolari esigenze del committente (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).

La revisione dei prezzi, in particolare, si risolve in una modifica contrattuale specificamente riferita alla parte economica del contratto e, nell’ambito di questo, alla determinazione dei prezzi degli appalti.

Si tratta di un istituto di risalente origine, diretto a rimediare alla permeabilità del regolamento negoziale rispetto al dato fattuale della lunga durata dei contratti d’appalto (in particolare, di lavori), che, perciò, risultano esposti a significative alterazioni dell’equilibrio contrattuale di tipo economico.

La disciplina del codice civile del 1942 era particolarmente innovativa rispetto al codice del 1865 ed ha contribuito all’elaborazione della cosiddetta “teoria della sopravvenienza onerosa” e all’accoglimento dell’idea che i maggiori oneri sopravvenuti durante la fase esecutiva dell’appalto, in presenza di determinati presupposti, debbano essere trasferiti sul committente (Capponi, *op. cit.*, 384).

Si è osservato che, ai fini della concreta incidenza sull’originario equilibrio contrattuale, tali sopravvenienze devono essere non imputabili ai contraenti (Rubino, *L’appalto*, 1980, 708).

Proprio la mancanza di imputabilità della sopravvenuta onerosità o difficoltà nell’esecuzione dell’appalto ha costituito presupposto necessario per la revisione dei prezzi anche nel settore dei contratti pubblici, dove unitamente all’esigenza di evitare eccessivi squilibri di carattere economico in danno degli appaltatori, il legislatore ha tentato di limitare l’ambito di applicazione per il perseguimento dell’altrettanto scopo di controllare la spesa pubblica (Capponi, *op. cit.*, 385).

Il principio della mancanza di colpa quale presupposto per la revisione dei prezzi fu superato con la legge 8 agosto 1992 n.359, di conversione dell’art. 3 del decreto-legge 11 luglio 1992 n.333, allorquando furono adottati altri criteri oggettivi per ridurre quanto più possibile l’ambito di applicazione dell’istituto addirittura per escluderne l’applicazione.

Successivamente con la l. 24 dicembre 1993 n.537 fu dettata la disciplina della revisionabilità del prezzo al ribasso, mentre con la legge Merloni del 1994 (l. 11 febbraio 1994 n. 109 – Legge quadro in materia di lavori pubblici) fu esclusa la revisionabilità del prezzo al rialzo.

Con il Codice dei contratti pubblici del 2006 fu poi abbandonata questa distinzione per introdurre in termini generali la regola del “prezzo chiuso”, derogabile solo quando il prezzo dei singoli materiali di costruzioni, per effetto di circostanze eccezionali, venisse a subire variazioni in aumento di produzione superiore al 10% rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle Infrastrutture dell’anno di presentazione dell’offerta, così da innescare un meccanismo di compensazione, in aumento o in diminuzione, per la metà della percentuale eccedente il 10%.

Sempre il Codice dei contratti pubblici del 2006, recependo quanto già previsto dall’art. 6, comma 4, della l. n. 537 del 1993, stabiliva, all’art. 115, che “tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo”, dimostrando l’importanza dell’istituto, sia pure oggettivamente limitato, per salvaguardare l’interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non subiscano nel tempo una diminuzione qualitativa a causa dei cambiamenti delle condizioni economiche di mercato (Capponi, *op. cit.*, 385).

Nella vigenza del Codice del 2006, la giurisprudenza aveva costantemente qualificato il potere di revisione dei pezzi come potere dai connotati pubblicistici e discrezionali, a fronte del quale il privato appaltatore poteva vantare solo una posizione di interesse legittimo. Sono nel caso in cui la stazione appaltante avesse già accordato la revisione, in sede di quantificazione del compenso divisionale appaltatore diventava titolare di un diritto soggettivo con le inevitabili ripercussioni in termini sdoppiamento sul piano della giurisdizione (Cass., s.u., 12 luglio 2010, n. 16285; Id., s.u., 27 ottobre 2006, n. 23072; Cons. St., sez. V, 18 marzo 2004, n. 1420; Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2000, n. 482).

L’art. 244 del Codice del 2006 e il successivo art. 133, comma 1, del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104(Codice del processo amministrativo) devolvevano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione degli atti di revisione dei prezzi, senza distinzione tra fase di attribuzione e fase di quantificazione del compenso revisionale.

La giurisprudenza aveva poi abbandonato la ripartizione della giurisdizione secondo il criterio innanzi indicato, dal momento che tale regola incontrava un limite nel caso in cui la contestazione riguardasse l’espletamento della prestazione già puntualmente prevista nel contratto in ordine all’*an* e al *quantum* del corrispettivo, poiché, in tale evenienza, la controversia incardinata dall’appaltatore, avente ad oggetto la pretesa di ottenere il compenso revisionale, si risolveva nella domanda di accertamento dell’esistenza di un diritto soggettivo, ricadente, perciò, nell’ambito della giurisdizione ordinaria (Cass., s.u., 8 febbraio 2022, n. 3935; Id., s.u. 12 ottobre 2020, n. 21990; Id., s.u., 1° febbraio 2019, n. 3160; Cons. St., sez. III. 24 marzo 2022, n. 2157).

Infine, nel codice dei contratti pubblici del 2016, l’art. 106, comma 1, lettera a), almeno nel suo impianto originario, aveva escluso l’obbligatorietà del meccanismo revisionale dei pezzi, ma aveva previsto, in continuità con il precedente codice, un’unica disciplina della variazione dei prezzi di appalti di lavori in aumento o in diminuzione, stabilendo che le stesse potessero essere valutate sulla base dei prezziari di cui all’articolo 23, comma 7, del medesimo Codice solo per l’eccedenza rispetto al 10% del prezzo originario e comunque in misura pari alla metà.

Dal canto suo, la giurisprudenza amministrativa aveva chiarito che la mancata previsione della revisione dei pezzi, al pari della mancata previsione del compenso revisionale, era pienamente conforme al diritto europeo e che, a fronte dell’istanza, formulata dall’appaltatore di adeguamento del corrispettivo dei servizio da svolgere e in carenza dell’espressa clausola di revisione dei prezzi trovava applicazione l’articolo la lettera a) e non la lettera c) dell’art. 106 del Codice dei contratti pubblici Cons. St., sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9426).

Per i servizi le forniture era stato, invece, previsto che restassero ferme le disposizioni di cui all’art. 1, comma 511, della l. 28 dicembre 2015 n. 208 del 2015, la quale richiamava il modello della rinegoziazione bilaterale per una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo, lasciando spazio anche a rimedi civilistici del recesso o della risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

Negli anni immediatamente precedenti l’entrata in vigore del Codice del 2023, a seguito di eventi straordinari quali la tesi pandemica da Covid-19 e il conflitto russo-ucraino, sono stati introdotti dei regime derogatori: ci si riferisce, in primo luogo ,al regime di deroga riferito alle variazioni di prezzo dei materiali di costruzione introdotto con l’articolo 1 - *septies* del d.l. 25 maggio 2021 n.73, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 luglio 2021 n. 106, in considerazione dello straordinario aumento dei prezzi di alcuni materiali registrate nel primo semestre del 2021; con l’intervento in parola fu ridotto l’ambito di applicazione del meccanismo della revisione e delle compensazioni, a seguito di rilevazioni ministeriali delle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all’8%, verificatesi rispettivamente nel primo e nel secondo semestre dell’anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi.

In secondo luogo, con l’art. 29, comma 1, lettera a) del d.l. 27 gennaio 2022 n.4 (cd. Decreto Sostegni-*ter*), convertito, con modificazioni, dalla l. 28 marzo 2022, n. 25), è stata introdotta la regola dell’obbligatorietà dell’inserimento di documenti di gara iniziali delle clausole di revisione dei pezzi, fino al 31 dicembre 2023, previste dall’articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del Codice del 2016, fermi restando i limiti di ammissibilità indicati nel secondo e nel terzo periodo della medesima lettera, primo fra tutti il divieto di modifiche che in grado di alterare la natura generale del contratto o dell’accordo quadro, allo scopo di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell’emergenza sanitaria globale da Covid -19, incentivando, mediante il meccanismo di revisione pezzi, gli investimenti pubblici.

L’articolo in commento andò a sostituire integralmente la disciplina previgente contenuta nell’articolo 106 del d.lgs. n.50 del 2016, prevedendo la obbligatorietà dell’inserimento delle clausole di revisione pezzi nei contratti di appalto.

In concreto, come si è visto, l’operatività di dette clausole è ancorata alla sussistenza di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione del costo dell’opera, della fornitura o del servizio non prevedibile al momento della formulazione dell’offerta e della conclusione del contratto e, perciò, tenuto conto della dimensione temporale del regolamento contrattuale, in grado di incidere sull’equilibrio delle prestazioni corrispettive, così come strutturate dalle parti secondo l’originario programma negoziale.

Nel prevedere l’obbligatorietà dell’inserimento della clausola di revisione prezzi, l’articolo 60 del nuovo Codice ha innovato la disciplina previgente, ribaltando quella che era la precedente regola sancita dall’art.106 d.lgs. n. 50 del 2016. Si tratta di una novità, la cui introduzione nell’ordinamento, mediante la legislazione di tipo emergenziale degli ultimi anni, è stata determinata dal particolare contingente storico, in quanto alcuni eventi di carattere straordinario quali la crisi pandemica da Covid -19 e la crisi economica connessa ad eventi bellici in atto, hanno determinato una significativa variazione dei costi delle materie prime e dei materiali di costruzione con l’effetto di alterare l’equilibrio delle prestazioni dei contratti di appalto già in atto o il programma negoziale, preordinato dalle stazioni appaltanti, dei contratti di appalto in procinto di essere affidati.

Nel tentativo di conciliare l’opzione di indicizzazione con il carattere dell’imprevedibilità delle variazioni - da intendersi nella duplice accezione di imprevedibilità nell’*an* e nel *quantum* - è stato previsto, inoltre, sempre al comma 2 dell’articolo in commento, che il meccanismo di revisione dei prezzi sia in concreto attivabile solo in presenza di “particolari condizioni di natura oggettiva2, non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta.

Nella disposizione codicistica non sono stati definiti i valori della soglia di attivazione e di individuazione della componente fissa della revisione, la cui individuazione è stata riservata al Governo (nell’intervallo compreso tra il dieci per cento e il cinquanta per cento già previsti dall’art. 106, comma 1, del Codice del 2016 e i valori più vantaggiosi per le imprese, ma assai più rischiosi per la tenuta complessiva del sistema, del cinque per cento e dell’ottanta per cento previsti dalla successiva normativa emergenziale, v., in particolare, l’art. 29, comma 1, lettera a) del d.l. 27 gennaio 2022 n.4 (cd. Decreto Sostegni-*ter*), convertito, con modificazioni, dalla l. 28 marzo 2022, n. 25).

Inoltre, per rendere la nuova disciplina della revisione prezzi autoesecutiva ed il meccanismo progettato immediatamente operativo, si è fatto riferimento, nel comma 3, agli indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall’ISTAT con proprio provvedimento entro il 30 settembre di ciascun anno, d’intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Con il medesimo provvedimento sarà definita e aggiornata la metodologia di rilevazione e verrà indicato l’ambito temporale di rilevazione delle variazioni.

Al Governo è stata, infatti, rimessa la scelta di stabilire, eventualmente, che l’ISTAT adotti il provvedimento in questione due volte all’anno e, dunque, una prima volta entro il 31 marzo.

Infine, nel comma 5, per assicurare l’effettività del sistema, sono state specificate le modalità di finanziamento dei maggiori oneri derivanti dalla revisione dei prezzi; allo scopo, le stazioni appaltanti dovranno utilizzare: a) nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziate annualmente relativamente allo stesso intervento; b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti; c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile.

*3.La diversa rilevanza delle sopravvenienze straordinaria nelle concessioni (cenni)*

Se per i contratti di appalto la formulazione del principio di riequilibrio contrattuale di cui all’art. 9 del Codice opera un espresso rinvio alle disposizioni sulla revisione dei prezzi e sulla modifica dei contratti in corso di esecuzione, altrettanto non accade per i contratti di concessione, per i quali vige una disciplina specifica sia per le modifiche del contratto durante il periodo di efficacia, sia per la loro revisione. Stante il mancato rinvio dell’art. 9, comma 5, alle disposizioni sulla modifica dei contratti durante il periodo di efficacia (art. 189) e alla revisione dei contratti di concessione (art. 192) – le cui formulazioni semantiche, peraltro, non sono dissimili dalle disposizioni analoghe in materia di appalti – si potrebbe ritenere che i concessionari non siano titolari *ex lege* di un diritto soggettivo alla rinegoziazione delle condizioni del contratto (F. Liguori – P. La Selva, *op. cit.*, 52)

La ragione di una tale scelta del legislatore potrebbe rinvenirsi nella consapevolezza della peculiare rilevanza pubblicistica della fase di esecuzione del contratto di concessione, che vede la permanenza di poteri autoritativi in capo alla pubblica amministrazione concedente.

Tuttavia – si è osservato – che anche nel caso dei contratti di concessione possono sopraggiungere sopravvenienze che incidono sull’equilibrio del rapporto di lunga durata, ma ad essere oggetto di rinegoziazione non è più – almeno nella maggioranza dei casi – l’equilibrio del sinallagma contrattuale, bensì l’equilibrio economico-finanziario, rispetto al quale assume un ruolo centrale l’allocazione del c.d. “rischio operativo”. Si tratta di una nozione diversa e più complessa del c.d. rischio di mercato e che vale a connotare l’istituto della concessione rispetto alla figura dell’appalto pubblico (F. Liguori – P. La Selva, *op. cit.*, *ibidem*).

Mentre nel Codice non è presente una definizione di “rischio di mercato”, per il concetto di “rischio operativo” emergono, invece, differenze sostanziali tra le previsioni della Direttiva 2014/23/UE e le disposizioni di diritto interno, che si rinvengono essenzialmente nella diversa struttura economica dell’operazione: mentre nella Direttiva il rischio – che costituisce “la caratteristica principale di una concessione” – rappresenta il diritto di gestire un lavoro o un servizio nell’incertezza circa la possibilità di recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti, nel nuovo Codice, anche se la definizione resta invariata, all’assunzione del rischio è stata aggiunta e fa da contraltare, invece, la sostenibilità e bancabilità degli investimenti, al fine di tutelare l’assetto degli interessi dedotto nel contratto – ivi compreso l’interesse pubblico – mediante la garanzia della conservazione dell’equilibrio economico-finanziario (F. Liguori – P. La Selva, *op. cit.*, 52-53).

Nella disciplina europea, pertanto, il rischio viene interamente allocato in capo all’operatore economico, mentre nella disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici la serietà dell’operazione diventa un problema non solo del concessionario, che dovrà recuperare i propri investimenti, ma anche dell’amministrazione concedente la quale, in fase di selezione del miglior contraente, pure si farà carico di valutarne la fattibilità. Il legislatore in sede di recepimento ha inteso, mediante tale precisazione, mitigare quel rischio del concessionario, spostando il fondamento dell’istituto sull’equilibrio economico-finanziario affinché possa garantirsi la continuità del servizio nel tempo (F. Liguori – P. La Selva, *op. cit.*, *ibidem*).

In sostanza, la distinzione tra rischio operativo e rischio di mercato risulta così delineata: mentre il primo è elemento fondante delle concessioni, il secondo integra quell’area ineliminabile di rischio che caratterizza i contratti commutativi; nel caso delle concessioni, inoltre, in considerazione della circostanza che, nel corso della loro esecuzione, permangono in capo all’Amministrazione concedente poteri di natura pubblicistica anche in fase di esecuzione della commessa, la posizione giuridica soggettiva del concessionario rispetto alla rinegoziazione parrebbe presentare caratteristiche di più agevole assimilabilità all’ interesse legittimo che al diritto soggettivo F. Liguori – P. La Selva, *op. cit.*, 56).

**Ida Raiola, Presidente di sezione T.A.R. Veneto, Magistrato addetto all’Ufficio Studi della Giustizia amministrativa**