

Contratti pubblici, la stretta via della rinegoziazione

Fondazione Visentini

di Giuseppe Severini

Le novità più significative del nuovo Codice dei contratti pubblici, il Dlgs 31 marzo 2023, n. 36 sono, a detta di molti, prima che nella disciplina di dettaglio, nei primi dodici articoli, sui «principi generali».

Di solito sta agli interpreti dedurre i principi dalle norme. Qui invece ha provveduto il legislatore, come non aveva fatto con i codici precedenti. Tra questi principi domina quello dell'articolo 1, il «principio del risultato».

Riporta le procedure alla loro ragion d'essere, che è – come per ciascuno quando ad esempio appalta un lavoro in casa – quella di davvero soddisfare l'esigenza di procurare opere, beni o servizi che la Pa non sa fornirsi da sola. Impronta tutti gli altri principi e le norme di dettaglio: e più di quanto, a prima vista, possa apparire.

Principio del risultato vuol dire che il mezzo, procedura o contratto, è non fine a sé stesso; ma va costantemente collegato all'effettivo soddisfacimento dell'esigenza che ha mosso la macchina della committenza. Un'autentica svolta, se si compara con il Codice precedente (il decreto legislativo n. 50 del 2016), calibrato piuttosto sulla procedura e sulla prevenzione.

Ne è derivazione, tra i vari, un altro «principio generale» del Codice, quello della «conservazione dell'equilibrio contrattuale», di cui all'articolo 9. Questo, seppur a stringenti condizioni, ridefinisce il rapporto tra eccessiva onerosità sopravvenuta e contratto pubblico, aprendo al dovere, da legge o da bando, della sua «rinegoziazione»: è la nuova tendenza conservativa del contratto, affinata dalla dottrina civilistica e dalla pratica contrattuale internazionale, che relega a ultima ratio quella tradizionale, risolutiva e caducatoria.

In breve, si preferisce, per l'importanza del risultato da salvaguardare, far salvo il contratto imponendo alle parti di trovare un nuovo equilibrio se quello originario è venuto meno per l'impatto di fattori esterni: come da uno «shock esogeno eccezionale e imprevedibile» – dice la relazione del Consiglio di Stato – estraneo alla normale alea contrattuale. Applicazione ne sono gli articoli 60 (Revisione prezzi) e 120 (Modifica dei contratti in corso di esecuzione).

C'è in questa opzione l'esperienza emergenziale da pandemia e conflitti, come la presa d'atto che la risoluzione è dannosa per l'interesse pubblico funzionalizzato nel contratto: lascia aperte questioni faticose da chiudere e comunque rallenta la soddisfazione dell'esigenza che ha mosso la procedura.

Si supera così la tradizionale immutabilità del contratto, fondata sull'intangibilità e la non ingerenza esterna sul convenuto.

Lo richiedono le finalità pubbliche cui il contratto è strumentale.

Ed ecco così un percorso di «rinegoziazione» che, naturalmente, in vista del riequilibrio dà la priorità alla ridefinizione delle condizioni consensuale e secondo buona

fedele. «Salvate il soldato contratto pubblico», si potrebbe dire.

Come ripristinare la correttezza economica delle prestazioni, vanificata dall'esterno durante l'esecuzione del contratto? Pratica e giurisprudenza molto insegneranno: dall'accertamento dei presupposti per la rinegoziazione alla procedimentalizzazione per le modifiche.

Un *modus operandi* che andrà verso una standardizzazione, i cui protagonisti essenziali sono le parti e che, per le opere pubbliche, potrà trarre giovamento dall'ausilio dei – se atti alla funzione – collegi consultivi tecnici: gli organismi di affiancamento ideati per prevenire o risolvere controversie in corso d'opera e collegare stazioni appaltanti e imprese; che lo stesso nuovo Codice regola gli articoli 215 e seguenti, rendendoli obbligatori per i lavori di importo sopra soglia europea e per forniture e servizi a partire da un milione di euro.

Le condizioni per l'effettiva rinegoziazione sono strette, anzitutto per l'immanenza dell'invarianza finanziaria: aspetti da non sottovalutare, perché se la novità è concettualmente notevole, la sua applicazione resta sottoposta a diverse limitazioni.

Ma vi è di più: se la rinegoziazione consensuale fallisce, si passa a quella contenziosa. Per l'articolo 120, comma 8, in caso di mancato accordo «la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario».

Sopraggiungono allora ulteriori considerazioni. La parola passa, a leggi processuali vigenti, al giudice civile perché si è in fase di esecuzione e si verte di un «diritto» da contratto, che avrà a che fare – ben oltre la semplice declaratoria dell'obbligo di rinegoziare – con un suo nuovo, incisivo ruolo attivo, dunque un potere sostitutivo del mancato accordo, esposto a fatali criticità.

La sua statuizione – dal non precisato percorso istruttorio e cognitivo – andrà a concretarsi in un'atipica decisione costituita in materia contrattuale, dove il parametro di giudizio sarà quello, ad ora latissimo, del «principio generale».

Anche l'impatto con la separazione dei poteri è notevole. Si innova e parecchio al potere del giudice civile rispetto all'azione amministrativa, se si considera che questa pronuncia concerne un contratto pubblico, da rapportare alla funzionalizzazione all'interesse pubblico che incorpora; e se si misura che questo potere giudiziale va a incidere retrospettivamente sugli effetti della sequenza pubblicistica di formazione del contratto.

Per «salvare il soldato contratto pubblico», com'è comunque bene che sia, si sappia che oggi questi sono i percorsi e gli oneri: e senza contare che qualche... commilitone di Ryan, già escluso dalla gara o rimasto non aggiudicatario, potrebbe avere a che dire. Vedremo, sono alcuni dei nuovi scenari aperti dalla positiva prevalenza del «risultato».

Presidente di Sezione emerito
del Consiglio di Stato

Osservatorio Fondazione
Bruno Visentini

© RIPRODUZIONE RISERVATA