

ANNALaura GIANNELLI

ESECUZIONE E RINEGOZIAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI

INTRODUZIONE

1. La fase di esecuzione negli studi più risalenti sulla contrattualistica pubblica.
2. La fase di esecuzione negli studi degli ultimi decenni: l'affermazione del paradigma della specialità.
3. Il perimetro della ricerca.
 - 3.1. *Le cd. modifiche unilaterali.*
 - 3.2. *Le cd. modifiche bilaterali.*
4. La struttura della ricerca.

1. La fase di esecuzione negli studi più risalenti sulla contrattualistica pubblica.

Il principale elemento caratterizzante la disciplina dei contratti pubblici risiede nella stringente procedimentalizzazione dell'*iter* di formazione della volontà negoziale del soggetto pubblico. Quest'ultimo, a differenza delle persone fisiche o giuridiche di diritto privato, non solo manifesta la propria volontà di contrarre nel rispetto di determinate forme legislativamente prescritte ma, soprattutto, individua la propria controparte negoziale all'esito di una procedura di selezione scandita da una serie numerosa e complessa di fasi intermedie.

Tale procedura è stata tradizionalmente considerata lo strumento più idoneo ad assicurare la conclusione di contratti che garantissero la migliore allocazione delle risorse pubbliche investite nella contrattazione. In essa, pertanto, si è a lungo riconosciuta la vera cifra distintiva del fenomeno della contrattualistica pubblica.

Alla fase di esecuzione, viceversa, è stata riservata, da parte della letteratura scientifica, un'attenzione piuttosto sporadica¹.

Questa circostanza si associa, peraltro, ad un limitato interesse mostrato dallo stesso legislatore rispetto al segmento della vicenda negoziale che segue la procedura di individuazione del contraente.

Mentre a quest'ultima il diritto positivo dedica una copiosa e puntuale regolamentazione, alla fase di esecuzione è riservata una disciplina alquanto esigua, e per lo più circoscritta al settore dei lavori².

Lo stesso disinteresse, da parte del diritto positivo, si riscontra nel campo dell'attività consensuale direttamente coinvolta nell'assolvimento della funzione amministrativa: si pensi, in particolare, all'assenza di un esaustivo *corpus* di norme dedicato all'esecuzione degli accordi amministrativi, anch'essi caratterizzati (nella loro declinazione sostitutiva) da una struttura a doppio livello³, in cui si giustappongono una fase

¹ L'analisi della fase di svolgimento del rapporto contrattuale è spesso del tutto assente anche in studi di ampio respiro, come, ad esempio, in: ROEHRSEN DI CAMMERATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1971, essendo invece più dettagliatamente trattata nella letteratura contabilistica (si veda, in particolare, BUSCEMA, *Trattato di contabilità pubblica*, Milano, 1981, 965 ss; BENTIVENGA, *Elementi di contabilità di Stato*, Milano, 1960, 119). Quali eccezioni allo scenario di disinteresse descritto nel testo, si veda invece: CAVALLO PERIN - RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325; COMBA, *L'esecuzione di opere pubbliche. Con cenni di diritto comparato*, Torino, 2012; nonché BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999. Per ulteriori riferimenti si rinvia alla più ampia disamina compiuta nel primo capitolo della presente indagine.

² Alla fase di esecuzione dei lavori è dedicato il capo I del titolo III del d.lgs. 163/2006. Si tratta di un *corpus* di 16 artt. (dall'art. 126 al 141), cui non corrisponde alcun analogo gruppo di norme dedicate al settore dei servizi e delle forniture.

³ Lo spunto riguarda la disciplina introdotta dalla l. 15/2005, la quale, intervenendo sull'art. 11 della legge generale sul procedimento amministrativo, ha previsto che l'accordo sia preceduto da un provvedimento di determinazione emanato dall'organo che, ove non fosse stato preferito il modulo consensuale, avrebbe agito in via provvedimentale. La sequenza «determinazione - accordo» è stata oggetto di notevole interesse da parte della dottrina contemporanea, richiamata nella nota 96 del primo capitolo. In questa sede ci si limita a puntualizzare come il provvedimento di determinazione (diversamente da quello di aggiudicazione, che conclude la cd. fase ad evidenza pubblica, manifestandone l'esito) sia un provvedimento dal contenuto atipico, la cui ragion d'essere, con ogni probabilità, si esaurisce nel fornire ai terzi un viatico verso la tutela impugnatoria.

pubblicistica e una successiva fase di esecuzione non puntualmente regolamentata.

Rispetto al tema dell'esecuzione degli accordi, tuttavia, la dottrina ha dimostrato una maggiore sensibilità⁴, spiegabile, probabilmente, alla luce del coinvolgimento diretto degli stessi nel compimento dell'attività amministrativa, intesa come perseguimento dei fini istituzionali di cui ciascuna amministrazione risulti depositaria.

⁴ Sul tema si segnala il recente contributo di Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 27, disponibile anche in AA.VV., *Azione amministrativa e azione impositiva tra autorità e consenso*, a cura di Civitarese Matteucci - Del Federico, Milano, 2010, 161 ss., in cui l'Autore opta per l'applicazione, alla fase di svolgimento del rapporto, del regime civilistico (sui contenuti e sulla metodologia che contraddistinguono in termini di particolare innovatività il predetto contributo, si rinvia alla nota 53 del capitolo 1). Sempre in tema di regime applicabile all'esecuzione si vedano le prospettazioni ispirate ad una soluzione "mista", ossia orientata all'applicazione del diritto amministrativo, salvo alcune specifiche regole civilistiche ad esso compatibili: FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano 1984, 215; B.CAVALLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 137, nonché, dello stesso Autore, *Il procedimento amministrativo e attività pattizia*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. Cavallo, Torino, 2001, 119 e in part. 127; FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; 178; BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001; 19. Sul tema si vedano pure i contributi raccolti in: *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di Barbagallo – Follieri – Vettori, Napoli, 1995. Con specifico riferimento al regime applicabile all'istituto del recesso cfr. TUCCARI, *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi*, Bari, 1993. In tema di rinegoziazione degli accordi si veda anche: GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 247, ove l'Autore da un lato rileva il ricorrere, nelle discipline settoriali aventi ad oggetto l'esercizio consensuale della funzione amministrativa, di norme attributive di una autentica *potestas variandi*, dall'altro puntualizza come, in assenza di norme di tal fatta e ove le parti non abbiano pattuito alcuna clausola di *ius variandi*, non possa riconoscersi all'amministrazione alcun implicito potere di modifica, di per sé incompatibile con il principio di legalità e tipicità dei poteri. Di segno contrario, invece, le posizioni di BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1997, 222; RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 298 e in part. 325. Sul previo tentativo di rinegoziazione degli accordi, quale elemento integrante la legittimità dell'eventuale e successivo recesso dagli stessi da parte dell'amministrazioni si vedano altresì le osservazioni di Buoso, orientate all'applicazione del principio di proporzionalità come criterio idoneo a comporre la tensione tra stabilità del vincolo e adattamento della fattispecie alle sopravvenute esigenze di interesse pubblico (*Proporzionalità, efficienza e consensualità nell'azione amministrativa*, Padova, 2009, 247).

Di contro, per quanto riguarda le fattispecie tradizionalmente denominate “contratti strumentali”⁵ – in quanto orientate al procacciamento dei beni e servizi necessari al compimento della vera e propria attività amministrativa - la reazione della dottrina si è concretizzata in una scarsa considerazione delle problematiche inerenti lo svolgimento del rapporto negoziale.

La spiegazione del predetto disinteresse non è facilmente individuabile.

Nella letteratura più tradizionale, ossia collocabile allo spirare del secolo diciannovesimo, si rintracciano due approcci del tutto antitetici rispetto ai profili dell’esecuzione.

⁵ Cfr. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954, 119, il quale contrappone alla categoria dei «contratti strumentali» i cd. «contratti finali», da intendersi come «quei contratti che mirano a procurare ai privati certi servizi *uti singuli* ed adempiono ad un tempo agli scopi o a parte degli scopi che la P.A. si propone» (la stessa terminologia è adottata anche da: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, 1945, 44; ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, Milano, 233; MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Roma, 1988, 195). Tra i detrattori di tale contrapposizione: DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 43, il quale, come trapela dal titolo stesso dell’opera testè citata, argomenta sul carattere generalizzato del principio di funzionalizzazione, e dunque sulla sottoposizione allo stesso anche dei cd. «contratti strumentali», in quanto volti, sia pure in via indiretta e mediata, alla concretizzazione degli scopi istituzionali dell’ente che li pone in essere (in termini simili già FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 53). Il problema, così formulato, assume una valenza meramente terminologica, che si impenna intorno all’accezione, più o meno stringente, del concetto di funzionalizzazione. Se, infatti, si interpreta il vincolo di funzione in senso estensivo, come mera riconducibilità dell’azione all’orizzonte del soddisfacimento di interessi di natura ultraindividuale, ivi compreso quello alla corretta e utile allocazione delle risorse pubbliche, è chiaro che ogni contratto, e addirittura ogni iniziativa posta in essere dalle pubbliche amministrazioni, debba ritenersi funzionalizzata. Se, invece, per funzionalizzazione si intende la puntuale attitudine dell’atto al soddisfacimento di una precisa esigenza della collettività, si devono escludere dall’orizzonte dell’attività funzionalizzata tutte quelle iniziative attraverso le quali la p.a. procura a se stessa i mezzi e gli strumenti per porre in essere attività a carattere «prestazionale». In proposito si veda la distinzione proposta da MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 132, tra il concetto di funzionalità, da intendersi come generale orientamento di tutta l’attività consensuale al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, e funzionalizzazione, quale attributo riferibile alla cd. attività consensuale di diritto pubblico, per l’appunto contrassegnata dal carattere pubblicistico del regime applicabile al relativo rapporto.

Il primo è quello che riconduce tutta la fase dell'adempimento delle obbligazioni contratte dai soggetti pubblici all'area del diritto civile⁶. Il disinteresse verso il segmento dell'esecuzione si fonda, in quest'ottica, nella scarsa pertinenza della realtà in questione rispetto al diritto amministrativo propriamente inteso. All'indomani della conclusione del procedimento volto alla selezione del contraente non si rintraccerebbero, perciò, profili pubblicistici⁷ idonei ad ispirare una compiuta riflessione da parte della dottrina giuspubblicistica sulle tematiche relative allo svolgimento della fase negoziale.

Il secondo approccio, invece, assume come presupposto la negazione della natura autenticamente contrattuale delle fattispecie negoziali pubbliche⁸: la fase dell'esecuzione, in quest'ottica, non viene analizzata quale frangente in cui si contrappongono reciproche situazioni creditorie, quanto piuttosto come esplicazione di attività amministrativa direttamente funzionalizzata, e in quanto tale contrassegnata

⁶ Cfr. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 359, il quale afferma che «nei rapporti giuridici patrimoniali, il diritto moderno, non che ammettere che alcuno sia superiore al diritto, non ammette neanche alcun regime di privilegio (...) Il patrimonio dello Stato, cioè l'insieme dei mezzi economici con cui esso sopperisce ai suoi bisogni, è sottoposto, come tutti i patrimoni privati, al diritto comune, salvo deroghe che naturalmente discendono dalla intima varietà dei rapporti, e che quindi, per ciò stesso, non vanno considerati come privilegi». Sul punto cfr. anche cap. 1 nota 138.

⁷ Di questo avviso anche S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937, 14, ove si argomenta l'estraneità della fase dell'esecuzione al diritto amministrativo propriamente inteso affermando che il carattere pubblico dell'attività negoziale rileva solo sul fronte interno della fattispecie, ossia sul fronte delle decisioni di spesa e di individuazione del contraente assunte in via unilaterale dall'amministrazione. Viceversa «dopo questo stadio, la valutazione dell'interesse pubblico e quindi la funzione amministrativa propriamente detta si può considerare esaurita e quell'atto, di fronte al venditore o al locatore, appare come ogni altro negozio di compravendita o locazione e conseguentemente di diritto privato».

⁸ Si veda, in proposito, l'insegnamento di MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1882, 680, il quale, rifacendosi alle acquisizioni della dottrina francese in tema di *contrats administratifs*, giunge alla conclusione secondo cui «non è dunque e non può essere del tutto contrattuale lo stesso rapporto giuridico dell'impresario, avendola da fare con l'amministrazione, non meno come autorità, che come contraente. Donde interceda pur l'istrumento, i contatti dello Stato si preparano e concludono sempre e poi sempre per atto d'autorità».

dalla spendita – da parte del contraente pubblico - di situazioni di potere⁹.

Il riferimento concerne soprattutto la letteratura influenzata dalle suggestioni d'oltralpe in tema di *contrat administratif*¹⁰.

Gli autori che, sulla falsariga della dottrina francese, si sono mostrati inclini a negare la natura autenticamente contrattuale delle fattispecie pubbliche¹¹ hanno proposto, rispetto alla fase di esecuzione, una lettura volta ad enfatizzarne la continuità rispetto alla fase pubblicistica, in cui l'amministrazione esercita autentiche situazioni di potere.

Si assiste così, negli studi in questione, ad affermazioni volte a tratteggiare un quadro in cui la fase di esecuzione non si esaurisce nell'adempimento delle prestazioni gravanti su ciascuno dei contraenti, ma, al contrario, esprime una primigenia condizione di supremazia dell'amministrazione¹², destinata a sopravvivere al perfezionamento del vincolo negoziale.

Di qui la teorica della perenne ed implicita mutabilità del contenuto del contratto pubblico, in base alla quale il regolamento negoziale sottoscritto in sede di stipulazione dovrebbe ritenersi costantemente esposto – durante la fase di esecuzione - alle determinazioni assunte in secondo grado

⁹ Cfr. sempre MANTELLINI, *op. ult. cit.*, 696, ove si legge che «nei contratti dello Stato forma, intelligenza, esecuzione sono quelli che addiconsi ad esercizio d'autorità, o che cercano la definizione dei conseguenti rapporti dalla legge amministrativa più che dal codice civile», ne deriva, come conseguenza in capo all'interprete, la necessità di riconoscere che «la ermeneutica, la quale conviene ai contratti dello Stato, è l'ermeneutica degli atti unilaterali, o della legge, più che dei bilaterali o del contratto (...) essendo sempre la volontà d'uno solo che si ha da indagare, piuttosto che da conciliare la volontà di due; o in questa indagine meglio si confanno le regole di interpretazione dei bandi, o delle leggi, dettati da una volontà sola, che non le regole per gli strumenti di compra e vendita, o di locazione e conduzione, preparati discussi e intesi da entrambe le parti contraenti. (...) Interpretazione di regolamento meglio che di contratto, d'atto unilaterale non di più volontà, e applicazione di criteri amministrativi piuttosto che da codice civile, ricorrono insomma nei contratti dello Stato».

¹⁰ Le tesi della dottrina francese più tradizionale in tema di contratti pubblici sono esposte con maggiore ampiezza nel capitolo 1.

¹¹ Cfr. la dottrina richiamata nel par. 2 e ss. del cap. 1.

¹² In questa sede ci si limita a richiamare le perentorie ed inequivocabili affermazioni di JEZE, *Théorie générale des contrats de l'Administration*, in *Rev. dr. pub.*, 1930, 130, in cui l'Autore afferma che tra gli elementi caratterizzanti il *contrat administratif* figura il fatto che «l'Administration dispose d'une incontestable supériorité dans l'exécution du contrat».

dall'amministrazione, depositaria dell'interesse pubblico al corretto uso delle risorse finanziarie coinvolte nella contrattazione.

Nel corso della trattazione i contenuti della teoria appena richiamata verranno esposti con maggiore approfondimento.

In questa sede giova soltanto mettere in luce come, a cavallo tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo, l'analisi della fase di esecuzione fosse tendenzialmente contrassegnata dalla negazione della autonomia della stessa: nel segmento successivo al perfezionamento del vincolo, infatti, si intravedeva non già la semplice fase di adempimento delle obbligazioni reciprocamente contratte, quanto piuttosto una prosecuzione dell'attività amministrativa intrapresa con la determinazione a contrattare.

La fase post-aggiudicazione, in definitiva, è stata da alcuni trascurata in quanto afferente ai rapporti civilistici, da altri, al contrario, esaminata come appendice delle scelte unilateralmente compiute dall'amministrazione al momento dell'attivazione della sequenza procedimentale che conduce al contratto.

I presupposti che sorreggono l'approccio pubblicistico da ultimo descritto sono essenzialmente due.

Il primo consiste nel carattere ibrido della nozione di contratto pubblico. A quest'ultimo, infatti, viene riconosciuta una efficacia vincolante più debole delle corrispondenti fattispecie tra privati, nelle quali, ovviamente, non si riscontra alcuna condizione di supremazia paragonabile a quella, in ipotesi, ascrivibile al contraente pubblico.

Il secondo riguarda, invece, la trama degli interessi coinvolti nel fenomeno della contrattazione pubblica. La logica della perenne disponibilità del contratto pubblico (quale cifra caratterizzante l'esecuzione dello stesso) poggia, infatti, su una prospettiva che identifica il rilievo pubblicistico della fattispecie nell'esborso di pubblico denaro che ad essa si accompagna¹³.

¹³ Si tratta della cd. logica contabilistica, che interpretava il contratto concluso dall'amministrazione per approvvigionarsi di opere, beni o servizi soprattutto, se non esclusivamente, come fonte di spesa di pubbliche risorse: di qui la volontà di predisporre un apparato di regole tendenzialmente orientate a rafforzare la posizione negoziale del contraente pubblico. Questa prospettiva, che vede nelle regole dell'evidenza pubblica un mero fattore di implementazione degli interessi delle p.a., oggi risulta ampiamente recessiva, anche per effetto del dirompente ingresso, nella disciplina in tema di contratti pubblici, del diritto comunitario, il quale individua nella tutela della concorrenza una delle sue principali finalità ispiratrici. Questo obiettivo non

Questo assunto, in origine confermato dalla collocazione “topografica” della disciplina sulla cd. evidenza pubblica¹⁴

poteva che riflettersi nella predisposizione di un copioso apparato di regole che tentassero di conferire al mercato delle commesse pubbliche la massima trasparenza ed imparzialità. Di qui l’emanazione delle prime direttive dedicate agli appalti pubblici (direttiva del Consiglio del 26 luglio 1971, Cee 71/305, quella del 21 dicembre 1976 Cee 77/62 e quella del 22 luglio 1980 Cee 80/767), il cui recepimento ha determinato, oltre alla rivisitazione di singoli istituti, una generale riconsiderazione dell’orientamento teleologico di tutta la normativa interna sull’evidenza pubblica. Quest’ultima, originariamente intesa quale fenomeno pubblicistico volto a perseguire l’efficienza economica delle iniziative negoziali delle amministrazioni, viene ad essere progressivamente interpretata soprattutto come presidio a garanzia delle aspirazioni imprenditoriali dei soggetti che ambiscono ad operare nel mercato degli affidamenti pubblici. In proposito, la dottrina già vent’anni orsono parlava di un rovesciamento d’ottica della legislazione sulla contrattualistica pubblica: cfr. GRECO, *L’adeguamento dell’ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori*, in *Gli appalti di lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, a cura di Greco, Milano, 1990, 12; D’ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss; CROSETTI, *L’attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 1984, 115; MARCHETTI, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: profili di diritto comparato*, in *www.giustamm.it* in cui si rileva come l’avvento del diritto comunitario abbia determinato, tra i vari effetti, il fatto che «la finalità di protezione delle libertà economiche e del diritto di non discriminazione delle imprese ha così doppiato le esigenze di salvaguardia dell’interesse finanziario dello Stato, imponendosi agli Stati membri anche a prescindere dalla sua funzionalizzazione rispetto all’efficienza economica». Sul punto si veda anche: BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 79; CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 247; CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012. Sulla stessa falsariga, sia pure relativamente alle evoluzioni della teorica francese del *contrat administratif*, YANNAKOPOULOS, *L’apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif*, in *Rev. dir. pub.*, 2008, 2, 421.

¹⁴ Prima delle iniziative di recepimento delle direttive comunitarie (mediante le cd. leggi Merloni, per il settore dei lavori; il d. lgs. 157/1995 per i servizi; il d. lgs. 358/1992 per le forniture), la disciplina sulla contrattualistica pubblica era rimessa alla legge di contabilità generale dello Stato e al relativo regolamento, entrambi orientati a salvaguardare l’interesse negoziale dell’amministrazione che si predispone a contrattare. Lo stesso scenario si riscontra in Germania, laddove all’originaria inclusione delle norme sull’evidenza pubblica nella legge di contabilità (la cd. «soluzione budgetaria») è seguita, solo nel 1999, la collocazione delle stesse nell’ambito della legge contro le pratiche anticoncorrenziali (*Kartellsrecht*). Si è parlato, in proposito, di adozione della cd. «soluzione dei cartelli», volendo con ciò alludere all’oggetto principale della legge in questione, ossia il contrasto alle pratiche restrittive della concorrenza. Più approfondite riflessioni sul passaggio dall’impostazione contabilistica a quella pro-concorrenziale si rinvergono in PIETZCKER, *L’impostazione del diritto tedesco delle aggiudicazioni*, in *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, a cura di E. Ferrari, Torino, 2003,

sorregge l'idea per cui, in nome della economicità degli investimenti pubblici, possano essere unilateralmente disconosciuti, o quantomeno rivisitati, gli obblighi assunti dalla p.a. con il perfezionamento del vincolo negoziale.

I due profili appena menzionati sono, con ogni evidenza, strettamente connessi.

La negazione della natura contrattuale del rapporto, e dunque della vincolatività del suo contenuto, si spiega proprio in forza della asserita prevalenza delle esigenze contabilistiche di efficiente allocazione delle risorse pubbliche "in uscita" sui diritti del contraente privato a beneficiare delle prestazioni dedotte in contratto.

In altre parole, se si assume come presupposto l'idea per cui l'interesse pubblico implicato nell'attività contrattuale coincida con l'interesse negoziale della parte pubblica¹⁵ (quale investitore delle risorse della collettività) la conseguenza non può che consistere nell'attrazione della fase di esecuzione nell'orizzonte dell'attività (indirettamente) funzionalizzata, con tutto ciò che ne deriva in termini di sottoposizione della stessa ad un immanente principio di autotutela, intesa come unilaterale revisionabilità delle decisioni assunte.

L'approccio appena descritto ha contrassegnato a lungo gli studi in tema di contrattualistica pubblica, i quali hanno preso in considerazione la fase esecutiva solo per rintracciarvi indici della persistenza, in favore del contraente pubblico, della condizione di supremazia di cui si è detto sinora. Il tutto secondo un metodo argomentativo disancorato dal diritto positivo, il quale, come si è anticipato in apertura, non fornisce indicazioni esaustive circa il regime giuridico da applicarsi alla fase di svolgimento del rapporto.

Ne è derivata una letteratura alquanto singolare nell'intento di argomentare una tesi – quella della disponibilità unilaterale

61, in cui si registra come, prima dell'avvento del diritto comunitario, lo «scopo delle disposizioni speciali sul procedimento di aggiudicazione degli appalti create per i soggetti pubblici era l'acquisto a prezzi vantaggiosi ed economici. La trasparenza del procedimento di gara pubblica serviva unicamente a questo scopo pubblico e non dava fondamento ad alcuna pretesa degli offerenti all'osservanza delle relative disposizioni». Su questi temi, recentemente: BLAUROCK, *Der Staat als Nachfrager: öffentliches Auftragswesen in Deutschland und Frankreich*, Mohr Siebeck, 2008.

¹⁵ Posizione, quest'ultima, avversata da LEDDA, *Il problema del contratto di diritto amministrativo*, Torino, 1962, 59; i cui contenuti sono stati poi ripresi e sviluppati da TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 42.

del contratto – senza potersi giovare di alcun decisivo riscontro legislativo, soprattutto per quanto concerne la premessa maggiore della teoria in oggetto: la natura non genuinamente contrattuale del contratto pubblico.

2. La fase di esecuzione negli studi degli ultimi decenni: l'affermazione del paradigma della specialità.

Nella seconda metà del secolo scorso le tesi pubblicistiche descritte nel precedente paragrafo sono state parzialmente rivisitate.

Ad esse, tuttavia, non si è sostituita alcuna visione radicalmente alternativa. L'esecuzione, infatti, ha continuato a rappresentare un territorio sostanzialmente inesplorato, rispetto al quale, con il passare del tempo, si sono soltanto affievolite le letture più spiccatamente improntate alla logica pubblicistica di cui si è detto.

Ciò che si registra, in epoca recente, è l'abbandono del lessico – e dell'insieme di concetti - sfruttato dagli interpreti maggiormente inclini alle suggestioni francesi già accennate. Le affermazioni più perentorie in tema di disponibilità unilaterale del rapporto – quale cifra caratterizzante le vicende collocabili nella fase dell'esecuzione – sono, cioè, progressivamente scomparse dalla letteratura scientifica degli ultimi decenni.

Al loro posto si è affermato, con crescente evidenza, il paradigma della specialità.

La fase di esecuzione, negli studi più recenti, viene riguardata non già come una sorta di prosecuzione dell'attività pubblicistica anteriore all'aggiudicazione della commessa, quanto piuttosto come sede di adempimento delle rispettive obbligazioni, il cui regime, tuttavia, subisce una serie di deviazioni rispetto a quello vigente nei rapporti di diritto comune. Il contratto pubblico, in questo rinnovato ordine di idee, viene considerato alla stregua di un autentico contratto, il quale, tuttavia, presenta, anche all'indomani della conclusione della fase di aggiudicazione, significativi caratteri di "singolarità"¹⁶ rispetto alle fattispecie tra privati.

¹⁶ Questo è il termine impiegato per alludere alle divergenze tra la disciplina relativa ad istituti vigenti sia nei rapporti tra privati che nelle fattispecie pubbliche da ANELLI, *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato*, in *Cons. Stato*, 1966, 345, il quale mette in luce, altresì, l'inidoneità di tali

Proprio su queste asimmetrie – tra le regole vigenti per i contratti pubblici e quelle applicabili alle fattispecie tra privati - si appunta la nozione di specialità.

Le premesse teoriche di questa impostazione sono notevolmente distanti da quelle dapprima esplicitate. Sul fronte concreto, tuttavia, l'avvento della stagione della specialità non risolve le ambiguità relative alla natura giuridica degli istituti e delle situazioni soggettive rintracciabili nella fase di esecuzione.

Ciò emerge da un duplice ordine di circostanze, sulle quali, ovviamente, ci si riserva un maggiore approfondimento nel prosieguo della trattazione.

La prima riguarda il carattere meramente descrittivo della nozione di specialità¹⁷, che si riflette sull'inquadramento, tuttora alquanto problematico, degli istituti cui tale attributo inerisce.

L'accezione più comune del predicato della specialità allude alla non coincidenza nella disciplina relativa a determinati istituti vigenti sia nelle fattispecie tra privati che in quelle che coinvolgono l'amministrazione. Si pensi, ad esempio, alle varianti in corso d'opera, rispetto alle quali il codice civile dispone che l'esecuzione delle stesse possa essere ordinata dal committente entro il limite di un sesto del valore dell'appalto. Tale limite, nei contratti pubblici di lavori, corrisponde a quello, più ampio, di un quinto. La specialità dell'istituto "pubblicistico" delle varianti risiederebbe, dunque, nella forbice che separa le due soglie d'obbligo.

Così intesa, la specialità evidentemente riflette divergenti opzioni di politica del diritto, che, tuttavia, nulla dicono sulla natura giuridica degli istituti di volta in volta considerati.

Le distanze tra le regole applicabili all'esecuzione dei contratti civilistici e di quelli pubblici sono state, infatti, interessate da incessanti oscillazioni, come testimonia la storia assai travagliata dell'istituto della revisione dei prezzi¹⁸ nonché

incongruenze a svelare la natura giuridica degli istituti considerati. Su questi temi si rinvia, per una più ampia trattazione, al par. 4 del successivo cap. 1.

¹⁷ Sul carattere polisemico della nozione di specialità si veda: TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, 178.

¹⁸ Questo fenomeno interessa in modo accentuato la revisione dei prezzi, rispetto alla quale si avrà modo di riferire in conclusione del cap. 1 (cfr. il par. 4.4 a). In questa sede, a titolo esemplificativo, giova solo menzionare le vicissitudini cui è andato incontro l'istituto in questione nei settori dei servizi e delle forniture. A tali settori, originariamente, si riteneva applicabile l'art. 1664 c.c., stante l'assenza di una norma speciale che sottraesse l'istituto alla

di quello, appena menzionato, delle varianti in corso d'opera. Rispetto a questi istituti, il tasso di specialità, cioè il grado di asimmetria rispetto al *corpus* di regole dettate dal diritto civile, è risultato notevolmente variabile, il che induce a dubitare del carattere sostanziale della nozione di specialità, e dunque della sua attitudine ad esprimere il tratto caratterizzante la fase di esecuzione delle fattispecie pubbliche.

La seconda circostanza, cui si è dapprima fatto riferimento trattando degli elementi di debolezza delle teorizzazioni sul cd. diritto privato speciale, riguarda il persistente carattere bilaterale dell'approccio riservato alla fase di esecuzione.

Quest'ultima, infatti, viene riguardata dai cultori della specialità esclusivamente come sede in cui si esprimono i rapporti di forza tra i protagonisti del contratto. Del tutto assente, anche negli studi più recenti che sfiorano le tematiche dell'esecuzione, è la considerazione del rilievo che le vicende relative alla fase post-aggiudicazione possono assumere al di

disciplina civilistica. Con l'entrata in vigore della l. 28 febbraio 1986, n. 41 si è prevista (cfr. art. 33 co. 5) l'applicazione al settore dei servizi e delle forniture del regime di assoluta immodificabilità del prezzo, all'epoca già vigente per il settore dei lavori. Da una situazione di totale assenza di specialità si è, dunque, passati ad una regolamentazione derogatoria rispetto a quella del codice civile. Dopo la legge del 1986, che determina l'emancipazione dell'istituto dal regime civilistico, si sono succeduti una serie di interventi di riforma. Il d.l. 333/1992, all'art. 3, ha imposto il regime del cd. prezzo chiuso (corrispondente ad una indicizzazione forfetizzata, secondo i parametri oggi descritti dall'art. 133 del cod. appalti). In seguito, nello stesso anno, un breve ritorno al passato: l'art. 15 d.l. 498/1992 ha sancito nuovamente il regime di assoluta immodificabilità. Infine, la legislazione è approdata alla regola, tuttora vigente (art. 115 cod. appalti, che riproduce il previgente art. 6 della l. 537/1993, come modificato dall'art. 44 l. 724/1994), che impone alle amministrazioni di includere nel contratto una clausola di adeguamento del prezzo in corso di durata del rapporto. Neppure quest'ultima norma, tuttavia, ha posto fine al travagliato *iter* dell'istituto: sulla sua interpretazione, infatti, la giurisprudenza si è divisa. In un primo tempo i giudici, soprattutto di primo grado, propendevano per la compatibilità tra la regola dettata per gli appalti pubblici e quella civilistica. In concreto, dunque, la norma pubblicistica avrebbe fatto riferimento alla necessaria presenza, nel contratto di servizi e forniture, di una clausola di adeguamento al fisiologico "fattore tempo", con conseguente applicabilità, per la revisione vera e propria, dell'art. 1664 c.c. (Tar Lombardia, sez. III, 29 maggio 2000, n. 3804; Tar Sardegna, 1 febbraio 2002, n. 104, in *Foro amm.*, 2002, 742). La giurisprudenza del Consiglio di Stato, tuttavia, ha smentito queste argomentazioni, ritenendo la norma del codice dei contratti pubblici «speciale e dunque prevalente» rispetto a quella civilistica, con la conseguenza di ritenere inapplicabile la revisione di cui all'art. 1664 c.c. (Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2003, n. 916, in *Cons. Stato*, 2003, 366; id., sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373, *ivi*, 2003, 1330; da ultimo, in primo grado: Tar Puglia, sez. III, 14 settembre 2011, n. 1606, in *www.giustamm.it*).

fuori della dimensione relativa ai rapporti di credito tra contraenti.

La teoria del diritto privato speciale si sofferma, cioè, sulla individuazione degli ambiti di non sovrapposibilità tra le regole vigenti per i cd. istituti omologhi (rintracciabili sia nella disciplina dell'appalto tra privati sia in quella dettata per le fattispecie pubbliche), ma, di contro, trascura i risvolti ultranegoziali che si accompagnano a determinate evenienze inerenti la fase di esecuzione.

Il riferimento più immediato, in questo senso, è offerto proprio dal tema principale del presente studio, ossia quello della revisionabilità del contenuto negoziale all'indomani del perfezionamento del vincolo.

Accogliendo la prospettiva della specialità, l'analisi verrebbe ad esaurirsi nello studio delle situazioni attive (alternativamente declinabili in termini di potere ovvero di semplice diritto) ascrivibili al committente pubblico al fine di determinare, in corso di svolgimento del rapporto, la riscrittura di una o più clausole negoziali. Il tutto in una prospettiva incentrata esclusivamente sull'incidenza delle predette situazioni attive sul sinallagma e sui diritti di credito che attorno ad esso si dispiegano.

Quel che resterebbe in ombra, seguendo l'approccio sinora descritto, è il profilo attinente le interferenze tra il predetto *ius variandi* e le regole dell'evidenza pubblica applicate in fase di aggiudicazione.

Se è vero che la fase di esecuzione non può essere intesa alla stregua di una mera appendice di quella pubblicistica dell'affidamento, è altrettanto vero che tra i due momenti sussistono pur sempre innegabili connessioni, che si manifestano con particolare evidenza a fronte della alterazione, a ridosso della conclusione della fase di scelta del contraente, delle condizioni negoziali rispetto alle quali la selezione è stata compiuta.

La considerazione di questo ulteriore profilo sembra, a tutt'oggi, non più trascurabile.

La fase di esecuzione, infatti, oltre a costituire il momento del fisiologico soddisfacimento dei crediti originati dal contratto, merita anche di essere riguardata come banco di

prova dell'effettività delle regole pubblicistiche vigenti in fase di affidamento¹⁹.

La revisione del contenuto negoziale, in particolare, rappresenta il più evidente riscontro delle intersezioni che possono verificarsi tra le diverse fasi della vicenda negoziale²⁰. Senza anticipare i contenuti specifici della successiva trattazione, giova in questa sede evidenziare il rischio che, mediante la revisione del regolamento negoziale, la fase di esecuzione si trasfiguri in una surrettizia – e in quanto tale illegittima – riedizione della fase di affidamento²¹.

¹⁹ Questa lettura trapela anche dalla recente giurisprudenza costituzionale in tema di riparto di competenza a legiferare in materia di contratti pubblici. La disciplina delle procedure di gara e della fase di esecuzione del contratto pubblico, come noto, non figura tra le materie menzionate dall'art. 117 della Costituzione. Ciò aveva indotto alcune Regioni a sostenere, in una serie di articolati ricorsi, che la competenza legislativa in materia di appalti pubblici andasse attribuita in funzione dell'oggetto dell'affidamento, ossia in virtù del suo interesse nazionale, regionale o locale. Di qui l'asserita illegittimità costituzionale di numerose norme del codice dei contratti pubblici inerenti le procedure di affidamento. La Consulta, più volte interpellata su tale quesito, non ha esitato a respingere le predette censure, sulla base di una duplice asserzione: i giudici hanno, cioè, ricondotto la disciplina delle aggiudicazioni alla materia di competenza statale della «tutela della concorrenza», e quella relativa alla fase di esecuzione dell'appalto pubblico alla materia, anch'essa di competenza dello Stato, dell'«ordinamento civile». La Corte ha fornito, quindi, un'interpretazione ispirata ad una scansione bifasica della vicenda contrattuale, in base alla quale le amministrazioni pubbliche, dopo la celebrazione della gara e la stipulazione dell'appalto, si porrebbero in una condizione di parità con la controparte, tale da escludere la rintracciabilità di autentici poteri amministrativi: di qui l'ascrivibilità della fase dell'esecuzione alla materia statale dell'ordinamento civile (si veda Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Urb app.*, 2008, 5; id., 19 dicembre 2006, n. 440, in *Foro it.*, 2007, 2334; id. 15 novembre 2004, n. 345, in *Foro amm.*, 2004, 3069; id., 7 novembre 1995, n. 482, in *Cons. Stato*, 1995, 1927). In dottrina, tra gli innumerevoli contributi che esaminano la visione bifasica propugnata dalla Consulta, si segnala: CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le "anime" della competenza esclusiva statale in materia di "tutela della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2008, 4559; LOMBARDO, *Contratti pubblici, le regioni non vantano una competenza esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4; MANGANI, *La tutela della concorrenza e l'ordinamento civile nei contratti pubblici: la Corte Costituzionale promuove il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni contenuto nel d.lgs. 163/2006*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 716.

²⁰ Spunti in favore del superamento della cesura concettuale posta dagli interpreti tra la fase pubblicistica di aggiudicazione e quella dell'esecuzione si rintracciano anche in MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, 22.

²¹ Da ultimo, la Commissione europea, nel Libro verde del 2011 sui contratti pubblici, non ha esitato a puntualizzare come, in disparte della maggiore attenzione tradizionalmente riservata alla procedimentalizzazione della fase

L'alterazione delle clausole del contratto - unilateralmente disposta ovvero pattuita dai protagonisti del vincolo - rischia cioè di determinare una peculiare sfasatura nell'*iter* di svolgimento della vicenda negoziale. La revisione in questione, infatti, benché cronologicamente ascrivibile alla fase di esecuzione, potrebbe concretizzarsi nell'affidamento diretto - in favore dell'originario contraente - di una nuova e distinta commessa rispetto a quella affidata all'esito della primigenia procedura di aggiudicazione. Il tutto ad evidente detrimento dei principi di imparzialità e concorsualità che informano la disciplina applicabile alla cd. fase ad evidenza pubblica²².

Gli scenari appena paventati inducono, pertanto, ad un ripensamento circa il metodo da adottarsi nello studio della fase di esecuzione dei contratti pubblici. Ciò che pare non più procrastinabile è, in particolare, l'ampliamento dell'orizzonte di analisi, in modo da includervi le dinamiche elusive potenzialmente innescate da ogni rivisitazione delle condizioni negoziali compiute in seguito alla stipulazione.

Se è vero, infatti, che gli effetti vincolanti del contratto interessano solo i protagonisti dello stesso - in ossequio al tradizionale principio *res inter alios acta* di cui all'art. 1372 co. 2 c.c. - è altrettanto vero che, per quanto concerne le fattispecie

concorsuale, «alcuni problemi che si verificano durante la fase di esecuzione dell'appalto possono (...) avere gravi conseguenze in relazione alla non discriminazione degli offerenti e in relazione alla solidità degli acquisti pubblici in generale». Le affermazioni riportate nel testo sono incluse in un documento (il Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici, intitolato «Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti», COM 2011, 15) che rientra nei cd. atti atipici, nati dalla prassi e non contemplati dai Trattati, pertanto privi di contenuto prescrittivo. Si tratta, in definitiva, di atti volti ad innescare presso gli Stati membri una riflessione su un determinato argomento, in vista di una possibile e successiva predisposizione di testi di natura normativa. Il Libro verde del 2011, in particolare, ha preceduto la stesura di due proposte di riforma delle direttive unificate del 2004 (17 e 18): proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, COM(2011)896 del 20 dicembre 2011; proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, COM(2011)897 del 20 dicembre 2011. Le due proposte concretizzano la «dodicesima azione chiave» («Revisione e ammodernamento del quadro normativo degli appalti pubblici») illustrata nella Comunicazione della Commissione del 13 aprile 2011" (COM(2011)206: «Atto per il Mercato Unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia»).

²² Come noto, la locuzione, presto accolta nel lessico più ricorrente in materia di contratti pubblici, si deve a GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 46; id., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 677.

pubbliche, la relatività degli effetti non equivale all'assoluta estraneità dei terzi rispetto alle vicende afferenti lo svolgimento del rapporto. Ciò alla luce del rischio, già accennato, che in fase di esecuzione possa consumarsi la più insidiosa frustrazione delle pretese di imparzialità dei concorrenti, le quali trovano la loro fisiologica sede di espressione nel frangente della selezione delle offerte.

L'indagine sulla fase di esecuzione dovrà, pertanto, confrontarsi con la duplicità insita nel regime vigente all'indomani dell'aggiudicazione.

Dapprima, quindi, andranno scandagliati i profili interni al rapporto negoziale, ossia quelli che chiamano in causa la tensione tra l'obbligatorietà del vincolo contratto dall'amministrazione e la (eventuale) sopravvivenza, in capo all'amministrazione medesima, di situazioni attive che le consentano di intervenire unilateralmente sul contenuto delle obbligazioni validamente contratte.

A questa prospettiva, maggiormente dragata dalla letteratura del passato, occorrerà accostare la riflessione sui temi appena richiamati: quelli che esulano dalla dialettica potestà/soggezione, afferendo piuttosto al problema della (eventuale) anticoncorrenzialità delle revisioni apposte all'indomani del confronto concorsuale. Per questa via, dunque, l'ambito dell'indagine dovrà necessariamente includere le ipotesi di revisione consensuale, nelle quali non vengono di certo in rilievo ipotetiche situazioni di supremazia del soggetto pubblico, quanto piuttosto problemi relativi all'effettività delle regole pro concorrenziali applicate in sede di gara.

3. Il perimetro della ricerca.

La fase dell'esecuzione si presta ad essere indagata sotto molteplici punti di vista. Quello privilegiato, nell'indagine appena intrapresa, consiste nella revisionabilità del contenuto negoziale dopo la stipulazione del contratto.

La scelta in favore di questo profilo scaturisce da un convincimento di fondo, quello per cui il grado di intangibilità del contenuto contrattuale in corso di svolgimento del rapporto rappresenti il principale fronte di emersione della specificità intrinseca nella fase di esecuzione di ogni fattispecie negoziale pubblica.

La maggiore o minore vulnerabilità del regolamento negoziale rispetto ai “ripensamenti” della parte pubblica (siano essi assentiti o meno dal contraente privato) contrassegna, in altre parole, il problema dietro cui si cela la negazione, ovvero la conferma, della specialità delle fattispecie pubbliche, anche dopo la conclusione della fase di aggiudicazione.

La revisione post-aggiudicazione, in buona sostanza, è un fenomeno in cui si esprimono, al massimo grado di evidenza, le coppie di contrapposte sollecitazioni che animano l’attività consensuale dei soggetti pubblici.

La prima è quella tra obbligatorietà del contratto e adeguamento dello stesso agli interessi pubblici implicati nell’iniziativa negoziale, sia essa qualificabile come contratto ad evidenza pubblica ovvero come “contratto ad oggetto pubblico”²³ (si pensi alla già menzionata realtà degli accordi amministrativi, rispetto alla quale pure si pone il conflitto tra le ragioni della stabilità e quelle della revisionabilità).

La seconda è quella tra vincolatività del contratto e rispetto dei principi pro concorrenziali applicati in fase di affidamento, problema – quest’ultimo – che, a differenza di quello dapprima evocato, non interessa l’intera attività negoziale della p.a., ma solo quella contrassegnata da un regime di contendibilità.

Alla luce delle problematiche sinora prospettate, conviene dunque svolgere alcune precisazioni attinenti l’oggetto della ricerca. Le modifiche apponibili rispetto al contenuto del contratto pubblico consistono, infatti, in un insieme frastagliato, rispetto al quale si impone una preliminare operazione di perimetrazione dei confini.

Il primo dato che accomuna le fattispecie che verranno di seguito considerate consiste in una circostanza di carattere cronologico: le modifiche di cui ci si intende occupare sono, infatti, solo quelle apposte durante la fase propriamente esecutiva del rapporto contrattuale.

²³ La categoria, come noto, si deve a GIANNINI (*L’attività amministrativa*, cit., 26; id., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1967, 97) il quale ne individua il baricentro nel fatto che attraverso i predetti contratti ad oggetto pubblico si determinerebbe la regolamentazione, in via consensuale, dei risvolti patrimoniali dell’esercizio di determinate potestà pubblicistiche. Si tratta, dunque, di contratti volti a tradurre in termini di reciproche obbligazioni le conseguenze del previo esercizio di un potere direttamente orientato al perseguimento dell’interesse pubblico di cui risulti titolare l’amministrazione agente. La categoria è stata recepita e sviluppata anche da LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., 108 ss.

Di conseguenza non verranno, ad esempio, considerate le ipotesi, pur importantissime sul piano pratico, di revisione del contenuto del bando in seguito alla sua emanazione, ovvero di opposizione di varianti in sede di offerta.

Tuttavia, anche volendo circoscrivere l'indagine alla fase successiva all'aggiudicazione del contratto, la realtà da indagare risulta egualmente articolata e complessa.

Rispetto ad essa sembra, ad ogni modo, potersi operare, quantomeno a fini di chiarezza espositiva, una preliminare distinzione, che chiama in causa la "genesì" unilaterale ovvero consensuale delle modifiche di volta in volta considerate.

Le due sub-categorie - quella delle modifiche unilateralmente predisposte e quella delle modifiche consensualmente formulate - conoscono, ovviamente, numerose interferenze, di cui occorrerà rendere conto in corso di trattazione.

Ciascuna di esse, tuttavia, pone problematiche ed interrogativi peculiari.

Conviene, dunque, sin d'ora, riferire brevemente sulle caratteristiche fondamentali delle due tipologie, in modo da rendere ragione della scelta di affrontarne separatamente l'analisi.

3.1 Le cd. modifiche unilaterali.

In via di prima approssimazione può dirsi che la connotazione unilaterale della modifica riguarda le ipotesi in cui, in corso di esecuzione del contratto, uno dei protagonisti del rapporto intervenga sul regolamento negoziale riscrivendone una o più clausole.

Questo fenomeno non è sconosciuto al diritto comune. La disciplina civilistica dei contratti di durata, ivi compreso quello di appalto di cui all'art. 1655 c.c. e ss., contempla, infatti, numerosi istituti di *ius variandi*. Rispetto a ciascuno di essi, la situazione che si determina è quella di un contraente cui il legislatore conferisce, al verificarsi di determinate ed avverse sopravvenienze, la titolarità di un diritto potestativo di modifica, nonché della sua controparte, obbligata a pena di inadempimento a recepire le modifiche predisposte dal titolare dello *ius variandi*.

Anche la disciplina dell'appalto pubblico, quale contratto di durata, conosce istituti corrispondenti, per struttura e contenuto, a quelli civilistici appena menzionati. Riguardo ad essi, tuttavia, la legislazione formula norme non congruenti con gli omologhi istituti di diritto privato, e perciò comunemente considerate come norme di "diritto privato speciale".

Le divergenze tra la disciplina dello *ius variandi* operante nei rapporti tra privati e quella relativa alle fattispecie "pubbliche" sono molteplici, ed attengono sia ai limiti economico/quantitativi della modifica unilateralmente apponibile, sia al novero delle condizioni estrinseche di apponibilità della stessa.

Su questo fronte, la manualistica²⁴ non ha mancato di proporre un serrato confronto tra le opzioni accolte dalla disciplina "pubblicistica" e quelle rintracciabili nelle norme del codice civile dedicate all'esecuzione dell'omonimo contratto di appalto.

Questo approccio, volto a giustapporre le due discipline e ad evidenziarne le asimmetrie, ha messo in luce due dati non trascurabili.

Il primo risiede nella estrema mutevolezza delle scelte legislative in tema di *ius variandi* pubblico, le quali paiono aver massimamente risentito delle contingenze storiche e politiche connesse alla realtà del mercato dei pubblici affidamenti²⁵.

Il secondo, strettamente connesso al precedente, riguarda i ciclici tragitti di avvicinamento, e successivo allontanamento, tra la disciplina dello *ius variandi* nei rapporti tra privati e quella inerente la fase di esecuzione del contratto pubblico. Le distanze tra le regole predisposte per gli istituti "paralleli" inerenti la revisionabilità unilaterale delle condizioni dell'appalto (pubblico e privato) risultano, in definitiva, soggette ad una serie, piuttosto imprevedibile, di oscillazioni.

Questa duplice constatazione suggerisce di condurre l'indagine prescindendo da una visione "sostanzialistica" della specialità, che pretenda di desumere dalla ricognizione sulle zone di non-congruenza tra le regole vigenti per gli omonimi istituti di *ius variandi*, la natura giuridica del fenomeno della revisionabilità del contenuto del contratto pubblico.

²⁴ Si rinvia alla bibliografia richiamata nel cap. 1.

²⁵ Su questi temi, si vedano le considerazioni sviluppate con maggiore approfondimento nel cap. 1, con particolare riferimento agli istituti della revisione dei prezzi e delle varianti in corso d'opera.

Il tentativo sarà, piuttosto, quello di verificare se, in disparte delle mutevoli opzioni legislative inerenti la disciplina dei singoli “istituti modificativi”, sussista - tra lo *ius variandi* pubblico e quello di diritto comune - una più profonda discontinuità, che coinvolga le situazioni soggettive implicate nei rispettivi fenomeni.

In altre parole, l'interrogativo da cui prenderà avvio la riflessione sulle cd. modifiche unilaterali concerne la riconducibilità delle prerogative pubbliche di *ius variandi* all'orizzonte del potere ovvero a quello dei meri diritti potestativi.

Si tratta, evidentemente, di un problema complesso, al quale rispondere tenendo a mente due dati tra loro alquanto “dissonanti”: l'attitudine delle situazioni attive di modificabilità ascrivibili all'amministrazione a perseguire interessi di natura latamente pubblicistica (primo fra tutti quello all'utile allocazione delle risorse investite nel contratto) e, di contro, la natura contrattuale del rapporto in cui si esprimono le situazioni attive in esame.

La questione appena prospettata non presenta, di certo, un rilievo meramente definitorio: le conseguenze ascrivibili alle alterne opzioni interpretative sono, infatti, tutt'altro che trascurabili.

Si pensi, ad esempio, allo statuto di validità dell'atto di esercizio della situazione attiva di *ius variandi*, alternativamente assoggettabile al paradigma di legittimità vigente per i provvedimenti amministrativi, ovvero al regime di insindacabilità dei motivi vigente per i negozi unilaterali di diritto privato.

E ancora, sempre a riprova dell'importanza dell'analisi sulla natura pubblicistica ovvero negoziale dello *ius variandi* pubblico, giova menzionare il problema relativo al carattere tipico o meno delle prerogative di revisione unilaterale riconosciute all'amministrazione.

I fautori dell'inquadramento pubblicistico²⁶ del fenomeno in esame non hanno, infatti, esitato a ricondurre lo stesso nell'alveo della nozione di autotutela, intesa come possibilità di rideterminare il contenuto delle pregresse decisioni ad effetto durevole (ivi comprese, in ipotesi, quelle che si sostanziano nell'assunzione di determinate obbligazioni negoziali). Ne è

²⁶ Cfr. la dottrina richiamata nel par. 2 e ss. del cap. 1.

derivata l'idea della perenne ed automatica revisionabilità unilaterale del rapporto.

Di contro, la qualificazione dello *ius variandi* in termini privatistico/negoziali si fonda sul riconoscimento della natura autenticamente contrattuale delle fattispecie pubbliche, rispetto alle quali, pertanto, non si ritengono configurabili fenomeni di implicita disponibilità unilaterale, incompatibili con l'idea stessa di contratto. Tra le principali conseguenze di questo secondo tipo di inquadramento figura, evidentemente, la tipicità dei diritti di modifica, la cui titolarità, in capo al contraente pubblico, non potrà essere riconosciuta se non a fronte di un esplicito conferimento da parte della legge ovvero del regolamento negoziale.

Ciascuno dei profili appena accennati troverà, nel prosieguo della ricerca, una più approfondita trattazione.

Occorre ora evidenziare che rispetto alle modifiche unilateralmente predisposte si pongono problemi che, per lo più, attengono alle dinamiche interne dei rapporti tra i soggetti astretti al vincolo negoziale.

Viceversa, per quanto concerne le modifiche consensualmente apposte in corso di esecuzione dei contratti pubblici, si profilano differenti risvolti problematici.

Essi chiamano in causa non già i rapporti di forza tra i contraenti, ma, piuttosto, il rispetto degli esiti della previa procedura di gara, celebrata secondo parametri potenzialmente interessati dalla rinegoziazione occorsa all'indomani della stipulazione.

3.2 Le cd. modifiche bilaterali.

La seconda tipologia di modifiche da considerare consiste, come si è anticipato, nelle modifiche bilaterali, intese come consensuale riscrittura, in corso di svolgimento del rapporto, di una porzione del contenuto negoziale.

Anche in questo caso, come in quello delle modifiche unilateralmente apposte, si tratta di un tema tutt'altro che trascurato da parte della dottrina civilistica²⁷.

²⁷ Il dibattito riscontrabile nell'ambito della civilistica contemporanea in tema di rinegoziazione verrà analizzato in apertura del secondo capitolo, laddove si tenterà di verificare se le problematiche scandagliate in ambito civilistico

Quest'ultima da tempo si interroga sull'opportunità di introdurre in via legislativa, ovvero di desumere in via interpretativa dal diritto vigente, un principio di rinegoziazione obbligatoria quale strumento di conservazione dell'equilibrio originario tra le prestazioni dedotte nei contratti di durata. Il dibattito coltivato sul fronte privatistico investe, dunque, la (eventuale) doverosità della rinegoziazione, quale applicazione del principio di solidarietà e buona fede al problema della gestione delle sopravvenienze.

Per converso, sul fronte del contratto pubblico, il problema che a monte si pone consiste nell'ammissibilità delle prassi rinegoziative, cui corrispondono – sul piano del rispetto dei principi dell'evidenza pubblica – una serie di luci ed ombre²⁸.

La riscrittura delle condizioni contrattuali, rispetto alle quali si è consumato in sede di gara il confronto concorrenziale tra le offerte, determina, infatti, un non trascurabile pericolo: quello di privare di effettività le norme dettate per lo svolgimento trasparente ed imparziale della procedura di selezione del contraente privato.

A fronte dei rischi appena paventati sussiste, tuttavia, anche un risvolto virtuoso della rinegoziazione, che si esprime nella possibilità di adeguare gli acquisti pubblici all'evolversi delle condizioni di mercato ovvero dei bisogni dell'amministrazione, ad evidente beneficio dell'efficienza degli investimenti coinvolti nella contrattazione.

Ne deriva una situazione piuttosto peculiare.

Da un lato, infatti, la rinegoziazione, rischia di compromettere l'interesse all'imparziale aggiudicazione delle commesse, dall'altro essa manifesta una speculare attitudine ad implementare l'obiettivo dell'utile allocazione delle risorse pubbliche.

In sintesi potrebbe dirsi che la rinegoziazione tendenzialmente deprime (*melius* rischia di deprimere) l'interesse pubblico declinato in chiave pro-concorrenziale, mentre massimizza (*melius* consente talvolta di massimizzare) l'interesse pubblico declinato in chiave contabilistica, ossia

interessino anche le fattispecie rinegoziative poste in essere dai protagonisti dei contratti pubblici.

²⁸ Sul diverso atteggiarsi del problema della rinegoziabilità nei rapporti tra privati e in quelli cui partecipi l'amministrazione, cfr. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione*, in *Foro amm.*, 2003, 147.

inteso come tensione verso l'efficienza economica degli esborsi di pubblico denaro.

E' proprio la dialettica tra queste contrapposte sollecitazioni a rendere ragione del crescente interesse riservato, soprattutto in sede comunitaria, al tema della rinegoziabilità dei contratti pubblici.

A dispetto della mancata positivizzazione di regole puntualmente dedicate al fenomeno in questione, occorre, infatti, registrare il consolidarsi di un corposo orientamento giurisprudenziale, al quale si deve, oltre alla presa d'atto della problematicità insita (anche) nella fase di esecuzione del contratto pubblico, il tentativo di elaborare un adeguato parametro di apprezzamento della (eventuale) elusività della fattispecie rinegoziativa.

Si tratta del cd. parametro dell'"essenzialità" della modifica, il quale, come si vedrà, presenta una duttilità estremamente accentuata, che, se da un lato ne consente l'applicazione ad una varietà eterogenea di fattispecie, dall'altro rischia di perpetuare una situazione di diffusa incertezza.

L'esigenza di regole chiare in tema di ammissibilità delle revisioni post-aggiudicazione ha, peraltro, recentemente indotto il legislatore comunitario a predisporre una norma dedicata alla realtà delle modifiche consensualmente apposte dopo la conclusione della fase di aggiudicazione²⁹.

Nelle proposte di riforma delle direttive 17 e 18 del 2004 (cd. direttive unificate) compare, infatti, un interessante tentativo di regolamentazione del fenomeno in esame, a riprova della matura consapevolezza delle implicazioni anticoncorrenziali che ad esso si accompagnano.

Conviene sin d'ora evidenziare come l'imminente positivizzazione non esaurisca, ma anzi semmai accentui, i dubbi e le incertezze relative al paradigma di apprezzamento degli eventuali risvolti antiggiuridici delle pratiche rinegoziative.

La sensazione, che andrà ovviamente dimostrata in corso di indagine, è che il problema del grado di intangibilità del contenuto negoziale (intesa come non revisionabilità dello stesso) sia intrinsecamente refrattario ad ogni tentativo di positivizzazione, il quale necessariamente si esprime nella formulazione di regole generali ed astratte.

La successiva trattazione sarà, pertanto, ispirata da un approccio alternativo a quello della formulazione di parametri

²⁹ Per questi profili si rinvia ai successivi capp. 2 e 3.

generalizzanti. Il tentativo, in altre parole, sarà quello di rintracciare una serie eterogenea di variabili di cui tener conto nella verifica sulla apponibilità della modifica.

Tra queste figura, ad esempio, la maggiore o minore apertura all'apporto degli offerenti nella determinazione del contenuto negoziale. L'elusività della modifica, infatti, parrebbe destinata a contrassegnare soprattutto le modifiche che interessano le porzioni del contratto oggetto "dell'apporto creativo" dell'offerente, in quanto tali idonee ad orientare in favore di questi l'aggiudicazione della commessa in gara.

E ancora, quale ulteriore indice di apprezzamento della antigiusuridicità della rinegoziazione andrà considerato anche il carattere migliorativo ovvero peggiorativo della modifica, inteso, rispettivamente come attitudine a rafforzare ovvero a deprimere la posizione negoziale dell'aggiudicatario.

Infine, tra i fattori da considerare vi è anche il carattere "preventivato" o meno della modifica, ossia la formulazione negli atti di gara di clausole idonee a manifestare a tutti gli offerenti (ivi compresi quelli meramente potenziali³⁰) la apponibilità di variazioni del contenuto negoziale all'indomani della stipulazione del contratto.

Le riflessioni che seguono si indirizzeranno, pertanto, non già verso la ricerca di un paradigma astratto di rinegoziazione antigiusuridica, ma, piuttosto, nella considerazione dei molteplici indici di tale condizione di antigiusuridicità, intesa come attitudine a compromettere, secondo un metaforico tragitto a ritroso, la concorrenzialità dell'originario affidamento.

4. La struttura della ricerca.

La modificabilità unilaterale, come si è visto, è stata tradizionalmente indagata con maggiore attenzione, sulla base del convincimento per cui nello *ius variandi* pubblico risiedesse

³⁰ Invero, i soggetti potenzialmente lesi dalle iniziative di modifica successive all'aggiudicazione non sono soltanto i concorrenti non aggiudicatari (i cd. *actual bidders*). Come si avrà modo di puntualizzare nel capitolo quarto, più propriamente dedicato ai profili della tutela, occorre prendere in considerazione anche le situazioni soggettive degli operatori che non abbiano potuto partecipare all'originaria procedura di gara (perché, ad esempio, sprovvisti dei necessari requisiti tecnici) e che, al contempo, possano vantare, rispetto alla commessa risultante dalla modifica, qualche apprezzabile *chance* di aggiudicazione (i cd. *perspective bidders*).

il principale riscontro della persistente situazione di supremazia ascrivibile all'amministrazione anche dopo la conclusione della procedure di aggiudicazione.

All'analisi critica di questo filone interpretativo è dedicata la prima parte dell'indagine, la quale si confronterà innanzitutto con il tentativo di fornire una definizione giuridicamente stringente dell'attributo dell'unilateralità, tradizionalmente accostato ad alcuni istituti modificativi tipizzati, come, ad esempio, la revisione dei prezzi.

A tal fine, la riflessione verrà condotta sul crinale del confronto tra diritto privato e diritto applicabile alla contrattazione pubblica, al fine di accertare se il predetto connotato della unilateralità assista egualmente gli omologhi istituti di *ius variandi*, ovvero costituisca una prerogativa esclusiva delle fattispecie di revisionabilità ascrivibili all'amministrazione contraente.

Gli istituti della revisione dei prezzi e delle varianti in corso d'opera - previsti sia nella disciplina civilistica dell'appalto sia in quella dettata per l'omonimo contratto pubblico - verranno perciò confrontati non già al fine di metterne in evidenza le (transitorie) asimmetrie sul fronte della disciplina, ma per verificare se rispetto ad essi la matrice unilaterale della decisione modificativa si atteggi in modo identico, ovvero risenta dell'identità pubblicistica del titolare della decisione medesima.

La risposta che verrà fornita a questo interrogativo costituirà il punto di partenza per esaminare una serie di ulteriori profili, quali, ad esempio, il carattere tassativo o meno delle situazioni attive di modificabilità ascrivibili al contraente pubblico.

Sul punto, ovviamente, occorrerà confrontarsi con l'autorevole tradizione di ascendenza francese che, sulla scorta di una più ampia lettura pubblicistica della nozione di contratto pubblico, propugna l'idea dell'implicita e costante mutabilità unilaterale dello stesso da parte dell'amministrazione.

Queste suggestioni, tuttora circolanti anche al di fuori del contesto transalpino, verranno esaminate alla luce di una serie di spunti di diritto sostanziale e processuale che parrebbero smentirne le premesse, prima fra tutte quella della sopravvivenza, in capo all'amministrazione, di situazioni di autentico potere anche all'indomani della stipulazione.

Per quanto, invece, attiene la rinegoziazione - ossia la modificabilità del contratto per effetto del comune accordo tra

le parti – l’analisi dovrà essere condotta con riguardo alle delicate interazioni della stessa con la duplice accezione dell’interesse pubblico coinvolta nella contrattazione: quella pro-concorrenziale (orientata all’imparziale aggiudicazione delle commesse) e quella contabilistica (indirizzata a perseguire l’economicità delle scelte negoziali compiute dal contraente pubblico).

La dialettica i due approcci appena richiamati è stata ampiamente esaminata sotto un profilo metagiuridico: gli studi sulla contrattualistica pubblica condotti dalla recente dottrina americana³¹ hanno, infatti, esaminato la rinegoziazione come fenomeno in cui si esprimono con la massima evidenza le contrapposte ispirazioni “ideologiche” che animano la disciplina dei pubblici affidamenti. Ne è derivata una letteratura che accorda, o viceversa nega, il proprio favore ai fenomeni rinegoziativi in base alla priorità assegnata dal singolo autore ad una delle due accezioni di interesse pubblico di cui si è detto: quella contabilistica e quella pro-concorrenziale.

Si tratta di spunti di notevole interesse ed attualità. La presente indagine, tuttavia, si propone di esaminare la rinegoziazione sotto un diverso profilo, che ne metta in luce soprattutto la compatibilità con i principi e le regole vigenti nell’odierno panorama della legislazione in tema di pubblici affidamenti.

A dispetto dell’apparente disinteresse del diritto positivo per il tema in esame sembra, infatti, possibile rintracciare, nel sistema complessivamente considerato, una serie di significativi spunti utili a ricostruire un regime minimo di rinegoziabilità, idoneo a garantire l’utile gestione delle sopravvenienze in corso di esecuzione del contratto, senza compromettere l’ispirazione pro-concorrenziale della disciplina sui pubblici affidamenti.

La seconda parte dell’indagine sarà, dunque, dedicata a verificare la sussistenza di un modello, non positivizzato né, presumibilmente, positivizzabile, di rinegoziazione “legittima”³², ossia non contrastante con i principi che animano le regole dell’evidenza pubblica, primo fra tutti quello che

³¹ Si rinvia al successivo cap. 2.

³² L’aggettivazione tra virgolette è evidentemente utilizzata in senso atecnico. Come si avrà modo di verificare, infatti, uno dei problemi più delicati connessi al fenomeno oggetto di studio è quello relativo all’individuazione delle categorie di validità/invalidità predicabili rispetto alle fattispecie rinegoziative che si palesino elusive dei principi di gara. Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel successivo cap. 4, parr. 2, 3 e 4.

garantisce agli operatori economici l'imparziale assegnazione delle commesse.

Accanto al tema dei limiti della rinegoziazione "virtuosa", cioè concretizzabile senza pregiudizio per i valori dell'evidenza pubblica, occorrerà approfondire anche il risvolto "procedimentale" della rinegoziazione medesima.

Se quest'ultima, infatti, rischia astrattamente di compromettere le pretese (*melius* gli interessi legittimi) degli offerenti all'imparziale celebrazione della procedura di affidamento, è necessario interrogarsi sulla necessità che le iniziative di rinegoziazione si concretizzino secondo percorsi procedurali caratterizzati da un adeguato livello di pubblicità.

Ciò al fine di consentire che le pratiche di rinegoziazione elusiva trapelino anche "all'esterno" del contratto, e possano, dunque, essere adeguatamente censurate da coloro che se ne assumano lesi.

Sul punto l'ordinamento, ancora una volta, non fornisce spunti particolarmente perspicui: ne è la riprova l'esiguità della giurisprudenza dedicata alla rinegoziazione "elusiva", la quale, per l'appunto, solitamente non giunge a conoscenza di quanti possano ritenersi pregiudicati, in senso giuridicamente rilevante, dalle modifiche apposte dopo la conclusione della procedura concorsuale.

Su questo fronte, infine, verranno svolte una serie di considerazioni *de jure condendo*, le quali potranno giovare delle esperienze, più avanzate, riscontrabili presso alcuni ordinamenti stranieri.

Il tutto allo scopo di tratteggiare quella che auspicabilmente potrebbe costituire una disciplina adeguata del fenomeno in esame, la quale, anziché sclerotizzarne l'identità (formulando precisi limiti di contenuto alle modifiche pattuibili dopo l'aggiudicazione) si concentri sulla predisposizione di regole idonee a far "emergere dall'oblio", ossia al di fuori della dimensione meramente endocontrattuale, le condotte rinegoziative che sviliscano il significato ultimo della previa celebrazione della procedura di affidamento.