amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)
Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2026

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Appunti su autonomia contrattuale, rinegoziazione dei contratti pubblici, risultato

di Fiorenzo Liguori

(Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. Autonomia contrattuale e diritto comune per lo svolgimento delle funzioni amministrative. – 2. La qualificazione pubblicistica delle procedure di scelta del contraente. - 3. I limiti all'autonomia contrattuale. La funzionalizzazione. - 4. L'art 8 del codice dei contratti pubblici e il divieto di prestazioni gratuite. - 5. Deviazioni dalla disciplina di diritto comune. Evidenza pubblica e clausole esorbitanti. – 6. La rinegoziazione come espressione del principio del risultato. - 7. Dalla sovrapposizione dei principi all'affermazione del principio realizzativo. – 8. Logica del risultato, manutenzione del contratto e diritto alla rinegoziazione. – 9. Il versante rimediale: cenni su giurisdizione e terzi. 10.- Per concludere.

Abstract

The contractual autonomy recognized for public administrations allows them to enter into any contract, even gratuitous ones, subject to the prohibitions expressly provided for by the code or by law. Along with general legal capacity, which entails the use of all the instruments provided by the legal system to pursue institutional purposes, public administrations also possess the capacity to act; but this is a functionalized capacity to act, that is, linked to the tasks each public administration is called upon to perform, and the performance of which includes both authoritative powers and other powers under common law, including contracts.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

1. Autonomia contrattuale e diritto comune per lo svolgimento delle funzioni amministrative.

L' autonomia contrattuale riconosciuta alle amministrazioni pubbliche consente loro di concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice o dalle disposizioni di legge.

Insieme alla capacità giuridica generale, che comporta l' utilizzabilità di tutti gli strumenti che l'ordinamento contempla per il perseguimento dei fini istituzionali, le pubbliche amministrazioni sono dotate anche di capacità di agire; ma è una capacità di agire funzionalizzata, legata cioè ai compiti cui ciascuna pubblica amministrazione è chiamata ad adempiere ed il cui svolgimento ricomprende sia le esplicazioni autoritative, sia le esplicazioni diverse, di diritto comune, tra cui il contratto.

L'art. 8 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.36 del 2023) enuncia i principi ora richiamati e si collega a un'altra norma di principio, molto discussa all'epoca della sua approvazione ma poi piuttosto trascurata, e ritenuta non molto rilevante se dalla prospettiva culturale ci si sposta a considerare anche gli effetti pratici: l'art. 1, comma 1 *bis*, aggiunto nel 2005, della legge 241 del 90, una delle poche leggi fondamentali del diritto amministrativo contemporaneo, che contiene una sorta di statuto dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e cittadini e nella quale trova spazio anche una disposizione di principio sul rapporto tra diritto privato e diritto pubblico, secondo la quale la pubblica amministrazione, nell'adozione degli atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.

Posto che nell'armamentario giuridico delle pubbliche amministrazioni sono presenti sia strumenti di diritto speciale che strumenti di diritto comune, e che dunque diritto speciale e diritto amministrativo convivono, il principio dettato dall'art. 1 comma 1 *bis* mira a fornire le coordinate per stabilire quando si può (ovvero si deve) attingere al diritto comune; e chiarisce, o almeno così è parso, che tutte le volte in cui l'obiettivo o il fine pubblico si può perseguire con strumenti di diritto comune, dovrebbe prescegliersi questa strada, meno invasiva e più efficace. Il diritto speciale, in questa visione, è sì una risorsa essenziale, ma aggiuntiva, alla quale ricorrere nella logica della sussidiarietà, e perciò solo quando gli strumenti di diritto comune non sono in grado di far conseguire il risultato.

La norma però fa riferimento ad una possibile eccezione quando aggiunge "salvo che la legge disponga diversamente" (in merito all'utilizzo del diritto privato per l'adozione degli atti non autoritativi): anche se le amministrazioni sono in grado di conseguire il loro fine con gli strumenti di diritto comune, una legge può nondimeno disporre diversamente, qualificando in termini pubblicistici l'azione amministrativa.

2. La qualificazione pubblicistica delle procedure di scelta del contraente.

Non sembrano frapporsi ostacoli ad una scelta legislativa di questo tipo, che risulta

ISSN 2036-7821

in effetti praticata proprio con la disciplina dell'evidenza pubblica. Neppure nel diritto europeo, nel caso dei contratti pubblici, si possono rintracciare indicazioni in senso opposto, anzi si coglie un'attenzione alla tutela preventiva dei soggetti che aspirano ad aggiudicarsi una determinata commessa, che in effetti trova la sua espressione più efficace proprio nella strutturazione delle fasi della trattativa in atti amministrativi, con quel che ne discende in termini di garanzie per i c.d. terzi.

Il bando, sul piano strutturale, equivale ad un'offerta al pubblico, che è uno strumento di diritto civile, ed anche le fasi successive altro non sono, nella sostanza, che trattative dello stesso tipo di quelle che si svolgono tra privati. Nel nostro ordinamento nazionale, nondimeno, ogni passaggio procedimentale assume la veste dell'atto amministrativo: soluzione massimamente garantistica perché la formalizzazione di ogni singolo atto consente agli interessati e ai controinteressati di far valere le proprie ragioni rispetto ai singoli passaggi del procedimento, se lesivi: si possono così impugnare i bandi, si può ricorrere contro le esclusioni e le ammissioni, si può chiedere la tutela specifica, laddove la tutela privatistica si esaurisce sul piano risarcitorio.

Il diritto amministrativo è un diritto di garanzia perché dà tutela a tutti i soggetti coinvolti in una funzione amministrativa, non solo alle parti contrattuali. Vi sono atti che non sono amministrativi, per così dire, per natura, ma che sono qualificati tali per una scelta politica in direzione dell'accrescimento delle garanzie rispetto a quelle assicurate dal diritto privato: una scelta che la disposizione di principio (art. 1, comma 1 *bis*) autorizza. Epperò è sufficientemente chiaro che in questo modo il principio di (relativa) fungibilità tra diritto comune e diritto speciale risulta potenzialmente neutralizzato nel momento stesso in cui viene enunciato.

3. I limiti all'autonomia contrattuale. La funzionalizzazione.

L'autonomia contrattuale si esprime in tre direzioni: libertà di contrarre, di scegliere la controparte, di pattuire le condizioni contrattuali.

La libertà di contrarre del privato include l'autodeterminazione dei fini; che sono invece etero-imposti dalla legge: l'attività amministrativa, recita l'art. 1 della l. 241 del 1990, persegue i fini determinati dalla legge.

Non si tratta dunque di autonomia privata piena ma di capacità di agire anche con gli strumenti di diritto privato unicamente per finalità determinate dalla legge.

Il d.lgs. 175/2016, che ha riformato e riorganizzato la materia delle società pubbliche, è un esempio emblematico quando, all'art. 4, comma 1, stabilisce che "Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società".

A conclusione di un percorso che aveva visto le imprese pubbliche produrre di tutto,

ISSN 2036-7821

si è pervenuti, dunque, al divieto ora rammentato, dal quale si evince che il ricorso allo strumento societario è ammissibile solo in vista del perseguimento di finalità istituzionali, e solo se vi sono elementi per poterlo considerare la soluzione che meglio garantisce il conseguimento degli obiettivi.

4. L'art 8 del codice dei contratti pubblici e il divieto di prestazioni gratuite.

L'art. 8 del Codice dei contratti pubblici, dopo aver enunciato il principio di autonomia contrattuale della pubblica amministrazione, fissa anche il divieto di prestazioni di opera intellettuale a titolo gratuito.

Il primo comma, con una scelta pressoché obbligata, riconosce alla pubblica amministrazione una capacità negoziale generale, pur funzionalizzata alla cura di interessi pubblici. L'ordinamento ammette l'ingresso di norme e principi privatistici nell'ambito dell'attività amministrativa: è, per l'appunto, il caso dell'attività contrattuale delle amministrazioni, alla quale il Codice civile si applica in via diretta, in assenza di norme speciali derogatorie. Del resto, i principi di diritto comune applicabili all'attività amministrativa discendono anche dagli ordinamenti sovranazionali: così è, in particolare, per i principi di buona fede e correttezza affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue.

Ha, invece, portata eccezionale, il divieto di prestazioni di opera intellettuale a titolo gratuito, positivizzato *ex novo* e sancito in modo inequivocabile dalla *rubrica legis*. Il comma 2, ponendo, di fatto, un argine invalicabile all'autonomia contrattuale pubblica, attua il criterio direttivo di cui alla lettera L, art. 2 della legge delega n. 78/2022 sul divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione. Il divieto è stato inteso in senso letterale e, pertanto, riferito esclusivamente alle prestazioni d'opera intellettuale di cui agli art. 2229 del Codice civile, per le quali opera la regola dell'equo compenso ex 2233 c.c. Per il resto, invece, vige la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la pubblica amministrazione. non aventi ad oggetto prestazioni intellettuali. Una generalizzata esclusione del contratto gratuito sarebbe, del resto, di dubbia compatibilità costituzionale e si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione (cfr. la sentenza della Corte di Giustizia UE n. 367 del 2020) che ha affermato che sono contratti a titolo oneroso ai sensi della disciplina degli appalti europei anche quelli privi di corrispettivo di carattere puramente finanziario).Va ricordata, al riguardo, anche la sentenza del Consiglio di Stato, di poco precedente al Codice, la n. 7422/2021, nella quale si afferma che "nessuna disposizione vieta di regalare le proprie energie lavorative"; ma anche che "qualora lo si voglia fare lo si deve fare attraverso una procedura competitiva", in quanto la collaborazione con il MEF (oggetto del bando contestato in quel giudizio) è dal giudice ritenuta di per sé una remunerazione.

5. Deviazioni dalla disciplina di diritto comune. Evidenza pubblica e clausole

ISSN 2036-7821

esorbitanti.

L'art. 8 ribadisce il discrimine tra provvedimenti amministrativi, improntati al principio di stretta tipicità, e contratti della p.a., in ordine ai quali enuncia l'opposto principio dell'atipicità, salvi gli espressi divieti come quello dettato per i contratti derivati stipulati da Regioni ed Enti locali.

Viene in evidenza, al riguardo, la previsione di cui all'art. 11 c.c. a mente della quale "le province e i comuni nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico".

L'affermazione del principio di autonomia contrattuale è ora specificata da una norma che indica come tassative le ipotesi di limitazione della capacità di agire, richiedendo una previsione legislativa in tal senso.

Il primo limite è che l'attività deve essere finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico specifico, compito attribuito dalla legge.

Il secondo limite impedisce di rivolgersi liberamente al mercato, e contempla come necessaria un'attività procedimentalizzata, circondata da molteplici garanzie.

Non si tratta perciò di autonomia, ma di discrezionalità: la struttura della contrattazione pubblica è bifasica: una fase amministrativa, per individuare il contraente, e l'altra, successiva alla stipulazione del contratto, esecutiva.

La prima fase è di diritto pubblico, scandita da tutta una serie di atti, che sono spesso immediatamente impugnabili davanti al giudice amministrativo, mediante i quali l'amministrazione spende il proprio potere discrezionale in via unilaterale.

La costruzione è a doppio grado, con una disciplina differente, dettata per l'una e per l'altra fase, come si evince ora anche dalla lettura dell'art. 12 del Codice vigente: "alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241", mentre "alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del Codice civile.".

La linea di demarcazione è, dunque, la stipulazione del contratto, ma la differenziazione non è poi così netta perché in realtà anche l'esecuzione del contratto è, per così dire, contaminata dalla logica della funzionalizzazione o comunque condizionata dall'utilizzo di risorse pubbliche.

Vengono in evidenza le previsioni legislative di "clausole esorbitanti". È il caso dell'art. 121, in tema di sospensione dell'esecuzione del contratto, concepita come un potere, riconosciuto a una sola parte contrattuale, con evidenti elementi di discrezionalità

Anche la prescrizione in tema di recesso (art. 123), istituto di diritto privato, è sbilanciata, posto che contempla la libertà di recesso per una sola delle due parti, a tutela dell'interesse pubblico.

L'art. 122, poi, prevede che le stazioni appaltanti possono sciogliere il contratto di appalto senza limiti di tempo: un potere che sembra potersi ricondurre nell'ambito dell'autotutela, l'espressione più forte della specialità del diritto amministrativo.

La risoluzione per inadempimento sembra dunque una ipotesi di attività autoritativa, ancorché non autenticamente discrezionale, considerato che non vi sono spazi di reale autodeterminazione, ma solo l'accertamento della ricorrenza di una delle ipotesi tassativamente previste.

La funzionalizzazione dell'autonomia privata delle pubbliche amministrazioni nell'ordinamento nazionale si manifesta anzitutto sul versante relativo alla scelta del contraente, che in altri paesi è considerata di diritto comune mentre in Italia è disciplinata come un'attività procedimentalizzata e si esprime con atti e provvedimenti amministrativi.

La funzionalizzazione si riverbera però anche nella fase a valle: non è del tutto vero che dopo l'aggiudicazione si ricada totalmente nell'area del diritto privato "paritario", perché nella successiva fase di esecuzione vigono le cd. "clausole esorbitanti", che riconoscono al committente pubblico una posizione di privilegio.

Anche nella fase dell'esecuzione del contratto sono riconosciute prerogative speciali alla pubblica amministrazione, specifici poteri di intervento unilaterale riconducibili alla logica autotutela. L'esercizio di tali poteri può incidere, anche con effetto risolutivo, sul rapporto obbligatorio costituito con il contratto.

Pure in diritto privato si danno, per vero, situazioni sbilanciate, come nel caso dei diritti potestativi stragiudiziali, in forza dei quali si può incidere sulla sfera di un altro soggetto senza il suo consenso e senza ricorrere preventivamente al giudice, ma si tratta di eccezioni.

Che si tratti di poteri tradizionali o – come ha ritenuto qualche recente pronuncia in tema di recesso – di diritti potestativi, quel che è certo è che l'autonomia è condizionata anche nella fase esecutiva, perché il perseguimento dell'interesse pubblico è pur sempre la ragione dell'azione della p.a. e, per essere efficace, richiede capacità speciali di decisione unilaterale.

6. La rinegoziazione come espressione del principio del risultato.

Sul versante dell'esecuzione assume un particolare rilievo l'enunciazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e la disciplina della cosiddetta rinegoziazione (art.9 del Codice dei contratti pubblici).

La disposizione di principio è molto più innovativa rispetto all'art. 8 e si può leggere come la più significativa espressione del principio del risultato (Cerulli Irelli). La previsione in tema di riequilibrio, che sovverte la disciplina di diritto comune, appare come quella in cui il principio realizzativo finale ispira nella maniera più diretta la stessa disciplina codicistica, laddove in altri ambiti la concretizzazione del principio è fondamentalmente rimessa all'azione delle amministrazioni.

Nella fase della formazione, il principio del risultato si traduce, in definitiva, nella aggiudicazione del contratto al miglior offerente, sotto il profilo della bontà dell'offerta in termini economici e tecnici, da parte di un operatore economico che

ISSN 2036-7821

presenti i requisiti richiesti, che non sia colpito da cause di esclusione, nel rispetto della concorrenza tra operatori economici, etc... Si tratta, dunque, di giungere, nel tempo più rapido e nel modo più corretto, alla stipulazione del contratto.
Nella fase della esecuzione, il risultato da raggiungere non è una "utilità giuridica", ma un risultato economico, un fatto (Cerulli Irelli): realizzare l'opera nel tempo previsto e nel modo tecnicamente perfetto, prestare il servizio a sua volta nei tempi e con le modalità previste. Se, nella fase di aggiudicazione, il risultato è principalmente nelle mani della stazione appaltante, nella fase esecutiva è affidato essenzialmente all'azione dell'operatore economico, il quale, per potere operare correttamente e in maniera tale da raggiungere il risultato (il compimento dell'opera, l'espletamento del servizio), ha necessità che l'equilibrio economico del contratto sia mantenuto nel corso dell'esecuzione. Nella fase dell'esecuzione è, dunque, coerente con la vigenza del principio del risultato, la previsione di strumenti idonei ad assicurare nei limiti consentiti, "la vitalità dell'impresa che il risultato deve produrre" (Cerulli Irelli).

7. Dalla sovrapposizione dei principi all'affermazione del principio realizzativo.

Nel Codice del 2023 l'affermazione del principio del risultato, insieme con i principi della fiducia e dell'accesso al mercato, ha, nelle intenzioni del legislatore, il compito di orientare l'interpretazione e l'applicazione dell'intero Codice, oltre a trovare sviluppo in disposizioni di dettaglio. Va da sé che non sempre sarà possibile conciliare i tre principi, che potranno entrare in conflitto tra loro: per queste evenienze il legislatore indica che debba prevalere il principio del risultato, anche se dovesse essere conseguito con il sacrificio di qualche regola di carattere formale.
La direzione da seguire è indicata, ma ciò non significa che gli altri principi possano essere sacrificati senza limiti. Come sempre accade nell'esercizio del potere discrezionale, vi è da compiere un bilanciamento, che però il Codice orienta decisamente nella direzione della scelta che meglio si accorda con il conseguimento del risultato (Napolitano).
È proprio questa la funzione della codificazione dei principi, dell'indicazione della triade risultato-fiducia-accesso al mercato e della priorità all'interno di questa attribuita al risultato: dettare criteri chiari e non contraddittori per l'esercizio del potere discrezionale (ri)attribuito alle stazioni appaltanti.
La scelta discrezionale, secondo la visione tuttora prevalentemente professata, è frutto della comparazione-ponderazione degli interessi in gioco. Tra questi va individuato l'interesse primario, quello cioè per la cui specifica soddisfazione il potere è attribuito, ma le vicende amministrative sono complesse e di norma contraddistinte anche dalla presenza di interessi secondari, che rilevano giuridicamente anch'essi, segnatamente nel senso che il loro sacrificio, se necessario per soddisfare l'interesse primario, deve essere contenuto al livello minimo indispensabile.

ISSN 2036-7821

Il fatto è che in questa materia si è sofferto di una significativa incertezza nella comprensione di quale sia l'interesse primario da soddisfare, anche per effetto dei frequenti cambiamenti di rotta proprio su questo profilo essenziale e preliminare.
La legislazione contabilistica nazionale di circa un secolo fa, nell'ambito della quale erano disciplinati i contratti pubblici, mirava alla tutela dell'erario. Quella europea a promuovere la concorrenza e, nel nostro Paese, si è registrata la tendenza a massimizzare le indicazioni europee: la concorrenza è stata così percepita come un valore assoluto.
Poi però l'UE ha preso ad interessarsi anche ad altri aspetti, come la protezione dell'ambiente, la sostenibilità, come nel caso degli appalti verdi, pensati per conciliare l'interesse alla realizzazione dell'opera (o alla fornitura o al servizio) con l'interesse alla tutela dell'ambiente.
Sul piano nazionale, inoltre, le istanze della trasparenza e della prevenzione dei fenomeni corruttivi si sono progressivamente imposte fino a diventare prioritarie, con scelte che talvolta, come rilevato dalle Corti europee, hanno anche comportato il sacrificio della concorrenza.
Interessi diversi si sono dunque sovrapposti, entrando pure tra loro in conflitto, senza che ne fosse con chiarezza indicato l'ordine gerarchico. Il Codice del 2023 vorrebbe superare queste incertezze e fornire indicazioni chiare per orientare l'interprete, che si possono così riassumere:
a. L'interesse primario è individuato nella soddisfazione del committente: conseguire il bene in tempi celeri, garantendo l'equilibrio tra costi e benefici.
b. Gli altri interessi, connessi a finalità di utilità sociale, come la protezione dell'ambiente e la sostenibilità, non possono mai assurgere a scopi principali dell'amministrazione per contratti: si tratta di finalità che non compaiono nei tre principi fondamentali e neppure in quelli ulteriori.
c. La stessa concorrenza non è un fine, ma un mezzo per conseguire il risultato, come definito dall'art.1, co.1.
d. La trasparenza non è più un principio sovraordinato a tutti gli altri: è sì indicata tra i principi, ma si aggiunge che si tratta di uno strumento per conseguire semplicità e celerità.
Il rilievo espressamente attribuito al risultato esplicita, in verità, un carattere essenziale della funzione amministrativa, che non deve certo servire a costruire meccanismi astratti perfettamente legittimi ma incapaci di portare a realizzazioni tempestive ed efficaci. La sovrapposizione di finalità e interessi diversi prodottasi nel tempo ha, nondimeno, fatto avvertire l'esigenza di un chiarimento esplicito in punto di gerarchia tra le diverse istanze, attribuendo il primato al risultato: si tratta di una consapevole operazione politica, il cui obiettivo è sostituire il sospetto con la fiducia da riconoscere all'amministrazione che opera in funzione realizzativa di opere e di servizi.

Le conseguenze, tuttavia, sul versante delle procedure di aggiudicazione, non possono essere particolarmente incisive.

Vi può essere, e le nuove norme vanno in questa direzione, un poco di elasticità in più in tema di soccorso istruttorio, di offerte anomale, e soprattutto di affidamenti diretti. Quanto a questi ultimi, si è ormai fatta largo l'idea, fin qui guardata con sospetto, che non sempre il miglior modo di procedere in vista del risultato coincide con l'indizione di una gara formalizzata, né con l'esclusione di tutti i concorrenti per vizi formali. Con riguardo a profili diversi da quelli ora menzionati non vi è, invece, molto da innovare nel nome del risultato; e si ha l'impressione che si tenda per lo più a ricondurre al risultato soluzioni alle quali si potrebbe pervenire anche senza ricorrere a questo "nuovo" principio-slogan.

Può valere come esempio una decisione del Consiglio di Stato, molto valorizzata nel tentativo di comprendere l'esatta portata del principio, la n. 2866/2024.

Si legge in questa decisione che "il risultato concorre a integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo, facendo transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che finora si pensavano attenessero al merito e fossero come tali insindacabili". Nella specie, il risultato atteso dall'operazione amministrativa è individuato, desumendolo dalla legge di gara, dalla fornitura in opera perfettamente funzionante delle apparecchiature di cui si richiede la fornitura. Il Consiglio di Stato conferma l'accoglimento del ricorso di una concorrente che aveva impugnato l'aggiudicazione ad altro concorrente del contratto per la fornitura e l'installazione di sistemi di anestesia e relativo materiale di consumo. La gara prevedeva la fornitura di cestelli di calce sodata monouso o riutilizzabile. L'aggiudicatario li aveva forniti del secondo tipo, ma per il loro funzionamento sarebbe stata necessaria la fornitura a parte di un materiale (calce sodata). Prima il TAR, poi il Consiglio di Stato, hanno accolto il ricorso ritenendo che un'offerta siffatta andasse esclusa perché richiedeva tempi e costi supplementari per il funzionamento delle attrezzature, non consentendo di cogliere il risultato costituito da una fornitura in opera perfettamente funzionante.

Viene però da chiedersi se per arrivare ad una tale ineccepibile conclusione sia davvero necessario evocare il principio del risultato. E se occorra una così puntuale esegesi della legge di gara per assodare che ci si rivolge al mercato per comprare qualcosa che funzioni subito bene, senza costi aggiuntivi.

L'immanenza dell'interesse alla realizzazione tempestiva, economica ed efficace è già nell'art. 97 della Costituzione e nel principio di proporzionalità, per non dire nel senso comune delle cose (concetto troppo vago e male utilizzato in epoche infauste per essere disinvoltamente evocato). Ma certo ci sono tanti modi di dire, anche più aulici o più moderni, per esprimere il concetto intuitivo che occorre fare presto e bene. Il risultato è uno di questi, ma la sua proclamazione come principio-guida non

può incidere più di tanto nella fase dell'aggiudicazione.
In realtà, a ben vedere, è proprio perché il principio non è nuovo che si può considerare ammissibile la sua codificazione e la sua esplicazione nell'art. 9, pur in assenza di una specifica previsione nella legge delega (nonché nella direttiva europea) che, in effetti, non contiene alcuna delega a dettare qualsivoglia principio (Cerulli Irelli).

8. Logica del risultato, manutenzione del contratto e diritto alla rinegoziazione.
Il terreno dove può meglio esprimersi la logica del risultato è invece quello dell'esecuzione, che è anche il più effettivamente problematico, quello dove i tempi si dilatano maggiormente.
Con riguardo alla fase esecutiva del contratto la rinegoziazione è il principale strumento innovativo pensato per conseguire il risultato.
Le disposizioni del Codice civile in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta risultano in effetti sovvertite: siamo di fronte ad una nuova ed ulteriore deviazione, assai significativa, dalla disciplina di diritto comune.
Mentre l'art. 1467 c.c. prevede, in applicazione della clausola *rebus sic stantibus,* come regola generale, la risoluzione del contratto al sopraggiungere di un mutamento della situazione di fatto che renda la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa (fatta salva la eventuale richiesta della parte conto la quale la risoluzione è domandata di modificare equamente le condizioni del contratto), il nuovo codice dei contratti pubblici eleva invece a principio generale il *favor* per la conservazione del rapporto e per il completamento della realizzazione in atto, riconoscendo il diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali, il cui disequilibrio sia determinato dal sopraggiungere di circostanze straordinarie e imprevedibili (nei limiti, però, della provvista finanziaria disponibile).
Va detto, peraltro, che l'istituto della rinegoziazione ha da qualche tempo trovato cittadinanza anche nei rapporti tra soggetti privati in sede di contrattazione internazionale: i principi *Unidroit* prevedono infatti espressamente la rinegoziazione dei contratti, mai recepita nel Codice civile. E del resto è ben viva in dottrina quella linea che fa rientrare la rinegoziazione nell'ambito del più generale principio di buona fede e nella ispirazione solidaristica dell'ordinamento costituzionale.
Così come va ricordato che proprio per l'appalto privato, all'art. 1664, comma 2, è contemplata- con riferimento ai soli fenomeni naturali- una qualche forma di rinegoziazione mediante il riconoscimento del diritto dell'appaltatore ad un "equo compenso" (Comba) . Si tratta tuttavia di una disciplina che, ancora una volta in ragione del principio di specialità delle regole sui contratti pubblici, non è ritenuta applicabile agli appalti pubblici (parere ANAC 13.9.2022 e giurisprudenza ivi citata).
A parte, dunque, la specifica e limitata previsione di cui al citato secondo comma dell'art.1664, nessuna norma positiva del vigente ordinamento prevede il diritto alla

rinegoziazione in capo al contraente che ha subito gli effetti dell'alterazione dell'equilibrio originario. Vi sono solo principi di elaborazione dottrinale, con qualche minimo seguito nella giurisprudenza di merito .

È perciò certamente innovativa la disciplina contenuta nel nuovo codice dei contratti che adotta tale soluzione, auspicando per di più l'inserimento di clausole di rinegoziazione nei contratti da stipulare.

In diritto privato l'esito normale, salvo eccezioni, è la risoluzione; in diritto pubblico, invece, l'ipotesi normale è ora il riadattamento del rapporto, tutte le volte in cui sia finanziariamente possibile, e senza intaccare la *par condicio*.

L'art. 9 si esprime in termini di diritto alla rinegoziazione ed il rinvio agli artt. 60 e 120 rivela la volontà del legislatore di delineare un rapporto contrattuale basato sul riconoscimento di un tale diritto in presenza di presupposti da accertare in termini oggettivi.

L'art. 60 ora prevede l'obbligo- non più la facoltà, come nel codice del 2016- di inserire clausole di revisione prezzi che si attivano al verificarsi di "particolari condizioni di natura oggettiva", mentre l'art. 120 ammette le modifiche del contratto, a prescindere dal loro valore economico, senza necessità di avviare nuove procedure di aggiudicazione in presenza di "clausole chiare, precise e inequivocabili" nei documenti di gara, oltre che nei casi di sopravvenienze non prevedibili. Ed il comma 4 dell'art. 9 prevede che "le stazioni appaltanti favoriscono l'inserimento nel contratto delle clausole di rinegoziazione".

L'utilizzo di clausole generali come il "disequilibrio" e le "circostanze straordinarie ed imprevedibili" potrebbe in verità dare adito a letture che ravvisino margini di apprezzamento discrezionale in capo all'amministrazione, con la conseguente qualificazione della posizione del contraente privato in termini di interesse legittimo, benché la rinegoziazione sia definita come un diritto dall'art.9.

Il Codice appare tuttavia chiaramente orientato a richiedere la specificazione di questi concetti, con un integrale esaurimento della discrezionalità amministrativa in sede di predisposizione delle regole di gara, sia per le condizioni oggettive che determinano la revisione prezzi che per le altre ipotesi che legittimano le modifiche e che o sono dettagliate dall'art.120 o vanno previste in "clausole chiare, precise e inequivocabili".

La regola è, dunque, che la rinegoziazione trovi il suo ancoraggio in clausole previste dal contratto stesso, come espressamente si richiede per la revisione prezzi e nella lett. a) dell'art. 120. In questo modo la rinegoziazione viene introdotta con modalità idonee a tutelare la *par condicio*, posto che della previsione di una tale clausola e dei suoi contenuti tutti i partecipanti sono edotti dalla lettura dei documenti di gara.

Il principio del riequilibrio contrattuale è così rivolto non solo ad orientare l'esercizio in concreto della accresciuta discrezionalità delle stazioni appaltanti, ma anche, e forse soprattutto, a richiedere ad esse, coerentemente con quanto prescrive la

direttiva 24 del 2014 al considerando 11, di esaurire ogni profilo discrezionale in fase di elaborazione unilaterale delle regole del rapporto, in modo da assicurare all'operatore privato certezze in ordine ai fatti costitutivi del "diritto alla rinegoziazione".
Pure questa previsione richiede dunque un impegno supplementare delle stazioni appaltanti. E c'è il rischio che, anche per questo motivo, rimanga lettera morta, attingendo nella prassi al rimedio della rinuncia preventiva, espressamente contemplato dall'art. 9 (Vinti).
Rileva, nondimeno, il dato che quello che si concepiva come un interesse legittimo del privato al riequilibrio del sinallagma è dal Codice del 2023 inquadrato come una vera e propria pretesa all'adempimento delle clausole contrattuali che devono disciplinare in dettaglio le sopravvenienze. La pretesa dell'appaltatore dovrebbe, nel nuovo sistema, maturare in maniera automatica al verificarsi delle condizioni oggettive previste dalla norma, assumendo, dunque, la consistenza di un vero e proprio diritto soggettivo.

9. Il versante rimediale: cenni su giurisdizione e terzi.

L'art. 120 prevede anche il procedimento da seguire per far valere il diritto alla rinegoziazione e consente alla parte privata di agire in giudizio attribuendo al giudice un potere di eteronormazione. La parte che si ritiene danneggiata dal disequilibrio non ha, dunque, diritto soltanto a una risposta, anche negativa e da impugnare, ma può chiedere direttamente al giudice l'adeguamento del sinallagma.
La decisione del giudice dovrà valutare sia la sussistenza dei presupposti della rinegoziazione (circostanze sopravvenute e imprevedibili tali da turbare profondamente l'equilibrio contrattuale; onerosità eccedente la normale alea) sia l'accettabilità per l'altra parte delle nuove condizioni offerte, che dovranno essere eque e tali da consentire il rispetto dell'equilibrio originario del contratto .
Il procedimento dovrà svolgersi secondo il seguente schema: la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo (e non giustifica di per sé la sospensione dell'esecuzione del contratto); il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi; poi, nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originale, salva la responsabilità per violazione dell'obbligo di rinegoziazione.
È dunque essenziale il ruolo del RUP, competente a formulare la proposta entro il termine di tre mesi, nell'ambito di trattative che dovranno essere naturalmente contraddistinte dalla correttezza e dalla buona fede. Del resto, lo sbocco non è più, come un tempo, semplicemente l'impugnazione della risposta negativa oppure del silenzio della pubblica amministrazione davanti al giudice amministrativo. Ora è invece prevista la proponibilità diretta dell'azione di rinegoziazione davanti al

ISSN 2036-7821

giudice, che non può che essere il giudice ordinario, al quale è attribuito il compito di etero-regolamentare il rapporto, integrando la originaria disciplina contrattuale alla luce degli elementi emersi nel procedimento e nel processo.
Un potere, questo, che suscita qualche perplessità in una visione pura della giurisdizione, che non tollererebbe queste intromissioni. La scelta del Codice è nondimeno chiara: il giudice ha il potere di stabilire quale è la rinegoziazione equa.
Vi è, peraltro, qualche nodo da sciogliere: l'art. 9 fa riferimento sia alla revisione prezzi che alle modifiche dei contratti in corso di esecuzione, ma per la revisione prezzi è teoricamente ancora in vigore la norma che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva al riguardo. Si potrebbe opinare che questa previsione della giurisdizione esclusiva sulla revisione prezzi attragga presso il giudice amministrativo anche le questioni in tema di rinegoziazione.
In realtà si tratta di questioni di diritto delle quali va investito il giudice ordinario, anche se è facile prevedere che si aprirà una discussione e ci sarà da risolvere qualche equivoco già sorto nel solco dei barocchismi che, specialmente in materia di giurisdizione, si continuano a coltivare. È vero che la rinegoziazione non può intaccare la *par condicio*; ed è vero anche che la posizione dei terzi, essenziale nella logica multipolare della funzione amministrativa, è meglio tutelata dalla giurisdizione amministrativa; ma non è questa la soluzione in questo caso prescelta: se vi saranno deviazioni dalle regole del rapporto occorrerà rivolgersi al giudice ordinario per ottenere tutela, anche inibitoria, oltre che risarcitoria.
Questa è l'ossatura dell'articolo 9, e quelle indicate le conseguenze più importanti che la nuova disciplina può produrre. Nella norma, come detto, non c'è soltanto, come per tutti i principi enunciati, il riconoscimento in capo alle pubbliche amministrazioni di un potere decisionale, ma anche l'affidamento alle singole pubbliche amministrazioni del compito di risolvere la tematica della rinegoziazione inserendo "a monte" pattuizioni chiare, per modo che poi, quando si dovessero verificare le circostanze in esse contemplate, vi sia spazio solamente per un'attività applicativa. Nel momento in cui si riconosce, come per tutti gli altri principi, un potere discrezionale, si richiede anche che venga speso in via preventiva, affinché poi, nell'ambito del rapporto contrattuale, tutto possa essere ricondotto alla logica dell'adempimento di specifiche pattuizioni.
Il rischio è che queste innovazioni, proprio perché realmente significative e in grado di far emergere, assai più che nella fase di aggiudicazione, la logica del risultato, vengano "rifiutate" dalle singole pubbliche amministrazioni, cui è riconosciuta pur sempre la possibilità di inserire clausole automatiche di rinuncia preventiva.

10. Per concludere.

La disposizione in tema di riequilibrio contrattuale si può, dunque, ritenere come la più autenticamente significativa applicazione del principio del risultato; un principio

che, quando riferito all'ambito delle procedure di aggiudicazione, ha prodotto elaborazioni essenzialmente sul piano teorico e definitorio, ma modeste ricadute concrete.

È sempre consigliabile un atteggiamento cauto di fronte a questi fenomeni. Ricordo che nel 1990, quando entrò in vigore la legge 241/90 la norma più innovativa era da molti individuata nell'articolo 11 in tema di accordi sostitutivi del provvedimento: una norma che ribaltava il dogma della non negoziabilità del potere amministrativo. Furono versati fiumi di inchiostro, si distrussero e si crearono intere biblioteche giuridiche, epperò gli accordi restano un modello eminentemente astratto, mentre si continua a preferire "l'ombrello protettivo" che il provvedimento amministrativo dovrebbe garantire. L'idea della trattativa sulla funzione amministrativa è ancora vista come foriera di pericoli e di rischi, anche se c'è una legge che dal 1990 la canonizza e la addita finanche come soluzione da preferire.

Anche per il risultato, almeno fin qui, molta letteratura e pochi fatti concreti.

La giurisprudenza, invocando il risultato, perviene, come detto, a soluzioni che si sarebbero potute praticare anche senza richiamare un tale principio. Nell'ambito dell'esecuzione, invece, la logica del risultato potrebbe rivelarsi in grado di produrre cambiamenti concreti poiché di fronte all'alternativa tra demolizione e manutenzione del contratto esprime una opzione forte nel secondo senso, almeno fino al limite massimo della violazione del principio di *par condicio*.

Ma è tutta da verificare la presa sulla realtà di una così significativa innovazione.

Riferimenti giurisprudenziali essenziali:

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2866/2024;
Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 7422/2021;
CGUE, 10 settembre 2020, C-3672019;

Riferimenti bibliografici essenziali:

E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. Giur. Edil.*, n. 4/2022.
V. Cerulli Irelli, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2024.
M.E. Comba, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattale*, in *Giur. it.*, n. 8-9/2023.
G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir. econ.*, n. 1/2024.
F. Fracchia, Il principio di risultato, in F. Cusano, (a cura di), Scritti in onore di Paolo Urbani, Milano, 2025.
A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, E.S., 2012.
F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.
P.G. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, n. 2/2005.
P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023.
S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema di codice dei contratti pubblici*, in Diritto e società, 2022.
A. Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione degli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1993.
S. Vinti, *L'implosione del riequilibrio contrattuale*, in *Federalismi.it*, n. 8/2025.
L.Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999.
F. Liguori, P. La Selva, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in CERIDAP, n. 3/2023.
M. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, n. 9/2024.