



La revisione prezzi nei contratti pubblici: evoluzione dell'istituto e le novità alla luce del decreto correttivo (D.Lgs. 209/2024)

di Vito Pagliarulo*

26Marzo 2025

Abstract: E' importante, quando si parla di «revisione dei prezzi» (ovvero, in termini sinonimici, di «adeguamento prezzi»), non trascurare la valenza semantica dell'espressione.

Assumendo che le scelte lessicali del Legislatore non possano mai dirsi casuali o grossolane, occorre notare che il lemma «revisione», a differenza di quanto non accada per la locuzione «rinegoziazione», rimanda all'idea di un'attività di mero aggiornamento, che non attinge a livelli profondi del proprio oggetto, né presuppone l'insorgenza di circostanze dirompenti che ne impongano l'avvio. Essa, piuttosto, richiama l'immagine di un agire diretto ad attuare interventi, anche di entità minima, volti ad apportare piccoli aggiustamenti finalizzati ad aggiornare l'oggetto dell'intervento stesso, adeguandolo – appunto – a variazioni che, anche in ragione del fattore tempo e di circostanze del tutto endemiche e pronosticabili, possano essere intervenute e delle quali occorra tenere conto.

It is important, when discussing «price revision» (or, in synonymous terms, «price adjustment»), not to overlook the semantic significance of the expression.

Assuming that the lexical choices of the Legislature can never be said to be casual or coarse, it should be noted that the lemma «revision,» unlike the locution «renegotiation,» refers to the idea of an activity of mere updating, which does not tap into deep levels of its object, nor does it presuppose the occurrence of disruptive circumstances that would compel its initiation. Rather, it conjures up the image of an action directed at implementing interventions, even of minimal magnitude, aimed at making small adjustments aimed at updating the object of the intervention itself, adjusting it - precisely - to changes that, also because of the time factor and entirely endemic and predictable circumstances, may have occurred and need to be taken into account.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Evoluzione normativa e giurisprudenziale. - 3. La revisione prezzi nel Codice del 2016. 4. La revisione prezzi nella normativa emergenziale. 5. La revisione prezzi nel nuovo codice dei contratti pubblici.

* Avvocato esperto in materia di contratti pubblici, attualmente in forze all'agenzia regionale per il diritto allo studio universitario della Regione Puglia con funzioni, fra le altre, di Responsabile Unico del Procedimento e Direttore dell'esecuzione in appalti di rilevanza comunitaria. Già docente in materie giuridiche per corsi di formazione presso enti pubblici e operatori privati, nonché membro di Organismi di Vigilanza costituiti ex D.Lgs. 231/01 e Data Protection Officer giusto GDPR – regolamento 2016/679.



1. Introduzione

Il Diritto è un fenomeno umano e come tale è soggetto nella sua produzione, ma ancor più nella sua interpretazione ed applicazione, a risentire della mutevole evoluzione degli interessi che, di volta in volta, s'affermano nella comunità presso cui esso deve applicarsi. Come sul letto di Procuste, la Legge si adagia sulle necessità ed i bisogni prevalenti della collettività che l'ha espressa, covando l'ineludibile destino di subire, a fasi alterne, nette recisioni di parti essenziali, ora l'una ora l'altra, a seconda della tendenza del momento e dell'insorgenza di nuove esigenze.

La disciplina dell'istituto revisionale nei contratti pubblici d'appalto, oggetto della presente trattazione, sotto questo profilo esprime un esempio emblematico della valenza bivalente della norma giuridica, la quale per un verso tende a regolare e perseguire fattispecie ed interessi immediati ed in essa direttamente espressi, mentre, per altro, assume la funzione di perseguire e realizzare, solitamente intessendosi con altre norme in alveo applicativo analogo, obiettivi mediati più ampi e generalizzati.

Questi ultimi, in particolare, tendono a prevalere sui primi, di talché l'effettivo perseguimento degli stessi, impone di modellare, spesso previa reinterpretazione radicale, l'attuazione della regola, anche se ciò sovente significa deviare anche sensibilmente dal senso desumibile dal tenore letterale della stessa¹.

Sotto questo profilo, la contrattualistica pubblica costituisce materia in cui, probabilmente più che in ogni altra, il fenomeno in questione tende a manifestarsi con maggiore chiarezza. Ciò evidentemente, in forza della diffusa e condivisibile convinzione secondo cui l'attività contrattuale della P.A. è pur sempre attività d'interesse pubblico (quand'anche svolta in regime privatistico).

L'interesse pubblico, al cui perseguimento deve essere diretta l'attività negoziale della pubblica amministrazione, tende ad influenzare inevitabilmente, nelle sue variabili declinazioni, le dinamiche del rapporto contrattuale intrattenuto con il privato il quale appare sempre essere soggetto alla tensione di forze che, sovente, paiono spingere in direzioni opposte: da un lato garantire il miglior perseguimento dell'interesse preminente della collettività tramite l'ottimale impiego di risorse pubbliche, dall'altro assicurare il rispetto dei principi di concorrenza e del mercato².

¹ A ben vedere l'assunto costituisce un precipitato della teoria kelseniana dell'interpretazione secondo cui «Se adottiamo un punto di vista statico, se cioè consideriamo l'ordinamento giuridico soltanto nella sua forma o in stato di riposo, allora noi scorgiamo soltanto le norme dalle quali vengono determinati gli atti giuridici. Se, d'altro canto, adottiamo un punto di vista dinamico, se consideriamo il processo attraverso il quale viene creato ed eseguito l'ordinamento giuridico, allora noi vediamo soltanto gli atti che creano e quelli che eseguono il diritto»; Hans Kelsen, «Teoria generale del diritto e dello Stato».

² In tal senso, tra gli altri, S. POLIDORI, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza, in Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. DI RAIMO, V. RICCIUTO, Napoli, 2006, 295 ss., spec. 299 s.; V. RICCIUTO, in V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Diviene così più agevole comprendere ed accettare che un medesimo istituto venga, anche a distanza di pochissimi anni, trattato e risolto in termini e con modalità diametralmente opposte; diviene finanche comprensibile il fenomeno per cui un medesimo testo normativo possa andar soggetto ad interpretazione ed applicazione evolutiva e dagli esiti non uniformi³.

Si vedrà, trattando dell'istituto della revisione prezzi e della sua dinamica nell'arco degli ultimi decenni, come esso, evidentemente rivolto, nell'immediato, a mantenere entro limiti di tollerabilità l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni contrattuali, è stato applicato negli anni con modalità e termini alterni a seconda che il fine ultimo prevalente fosse ravvisato in quello di assicurare la continuità del rapporto contrattuale e la conseguente conclusione con buon esito dello stesso, ovvero se l'obiettivo mediato prevalente fosse considerato invece quello di realizzare e perseguire il massimo grado di risparmio di risorse e taglio della spesa pubblica⁴.

2. Evoluzione normativa e giurisprudenziale

Senza volersi spingere troppo addietro nel tempo⁵, si può constatare come già nel 1993 la trama legislativa intessuta in materia di contratti pubblici manifestasse un particolare interesse per l'istituto in parola.

Ci si riferisce, nello specifico all'art 6, c.4, della Legge n. 537/1993 ed all'art. art. 44, 4 comma della L. n. 724/94.

Grazie, inoltre, ai copiosi interventi del G.A., è stato possibile arricchire il dettato normativo di puntualizzazioni e chiarimenti, i quali hanno fortemente contribuito a delineare la portata dell'istituto che, in estrema sintesi, assumeva le seguenti connotazioni:

PERLINGIERI, Napoli, 2009, spec. 120 ss.; M. TIBERI, *La tutela del terzo nei contratti ad evidenza pubblica. Analisi sulla pregiudizialità-dipendenza*, Napoli, 2010, 11 ss.

³ Sempre nel solco della teoria kelseniana dell'interpretazione «è falsa « la teoria comune dell'interpretazione (che) vuol far credere che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre e soltanto un'unica decisione esatta e che l'esattezza della decisione dal punto di vista del diritto positivo sia fondata sulla legge stessa ». Su questa convinzione, inoltre, si basa il «mito» della certezza del diritto. Kelsen invece stabilisce la necessaria indeterminatezza della norma da applicare come essenziale alla sua struttura, e quindi la creatività della scelta operata dall'interprete. In questo la teoria pura s'incontra con la teoria del diritto libero. Tuttavia, tale creatività non è assoluta, perché è sempre circoscritta dallo schema della norma», F. VIOLA, H. Kelsen e l'interpretazione delle norme, estratto dal volume *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, edizioni CELUP s.r.l. – Palermo, p. 81 ss.

⁴ Sul rapporto intercorrente fra il piano "ermeneutico" e quello "sostanziale" applicativo, M. PENNASILICO, *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato* in rivista *I Contratti*, Anno XXII, 2/2014.

⁵ Già nel decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 6 dicembre 1947, n. 1501, intitolato "Nuove disposizioni per la revisione dei prezzi contrattuali degli appalti di opere pubbliche" l'istituto in questione risultava espressamente disciplinato e che poi la disciplina è stata ripresa e rivista con Legge 19 febbraio 1970, n. 76 rubricata "Norme per la revisione dei prezzi degli appalti di opere pubbliche".



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

- la revisione si applicava a qualunque contratto d'appalto pubblico⁶;
- la revisione doveva essere applicata anche quando il contratto non la prevedesse espressamente – c.d. efficacia eterointegrativa dell'istituto revisionale⁷;
- la revisione si applicava anche quando il contratto la negasse espressamente⁸;
- alla revisione prezzi inerente agli appalti pubblici non si applicava l'alea del 10% prevista dall'art. 1664 c.c., cosicché la revisione interessava l'intero importo dell'incremento dei prezzi, anche se tale aumento fosse stato inferiore al 10%⁹.
- L'interesse perseguito tramite il ricorso all'istituto in parola era duplice e di pari dignità, ravvisabile, per un verso, nella necessità di tutelare l'esigenza dell'amministrazione di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisse aumenti incontrollati nel corso del tempo (talora frutto di illecite collusioni), mentre, per altro verso, nella necessità di aggiornare, nell'interesse dell'appaltatore, il prezzo contrattuale al mutamento del costo della vita ove lo stesso avesse superato, nel tempo necessario all'esecuzione del contratto, un certo limite di tollerabilità¹⁰.

Appare evidente come la Giurisprudenza fosse, in prima battuta, indirizzata a riconoscere che l'applicabilità dell'istituto della revisione prezzi ad una determinata fattispecie discendesse direttamente dalla legge che la realizzava mediante il meccanismo della cosiddetta "inserzione automatica" della norma imperativa, ai sensi degli artt.1419, comma 2, c.c. e 1339 c.c.¹¹

Con l'entrata in vigore del Codice «De Lise» (D.Lgs 163/2006), il Legislatore manifestò l'intento di confermare l'istituto in parola tanto da riservargli espressa menzione all'art. 115.

La disposizione, nella prima versione del c.d. «Codice Appalti», riproduceva in termini pressoché pedissequi la previsione di cui all'art. 6, c.4, L. 537/1993 e all'art. 44, 4 comma della L. n. 724/94.

Nella sostanza, pertanto, l'istituto in parola confermò tutte le caratteristiche già riconosciutegli dalla previgente normativa e dalla giurisprudenza già formatasi in materia. Anche la dottrina prevalente formatasi sul punto, tendeva a riconoscere nell'istituto in parola uno strumento di fondamentale rilievo la cui peculiare finalità era da ravvisarsi

⁶ ex multis Cons. St. sez.V 9/6/2008 n. 2786, TAR Sardegna sez.I 28/7/2008 n. 1571

⁷ ex multis Cons. St. sez.V 7/9/2004 n. 5844; Cons. St. sez.V 6/9/2007 n. 4679

⁸ ex multis Cons. St. sez.V 6/9/2007 n. 4679

⁹ ex multis Cons. St. sez.V 8/5/2002 n. 2461; Cons. St., Sezione V, 19 febbraio 2003, n. 916.

¹⁰ ex multis Cons. St. sez.VI 19/6/2009 n. 4065

¹¹ ex multis TAR Puglia Bari sez.I 13/10/2004 n. 4446; Cons. St., sez.V 13/3/2006 n. 1295



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

nella necessità di neutralizzare l'incidenza che la variazione dei prezzi di mercato avrebbe inevitabilmente prodotta su sinallagma contrattuale¹².

E' tuttavia interessante notare come le posizioni testè menzionate siano state poi affiancate, ed in seguito sopravanzate, da una corrente ermeneutica del tutto intesa a condividere la convinzione per cui l'applicazione dell'istituto revisionale non dovesse avvenire in termini automatici ma che, piuttosto, richiedesse una specifica attività istruttoria da parte dei dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi, la quale fosse diretta a verificare, tanto sotto il profilo normativo, quanto sotto quello economico, la sussistenza dei presupposti per riconoscere il diritto all'applicazione dell'istituto stesso¹³.

Anche in linea con i precetti sovranazionali in materia di concorrenza¹⁴, dunque, si assistette – soprattutto a partire dal 2010 - ad una serie di interventi interpretativi che, benché in una cornice normativa non proprio favorevole, potessero limitare i meccanismi di revisione dei prezzi negli appalti pubblici per evitarne i potenziali effetti elusivi rispetto a quanto stabilito durante la gara pubblica.

Accanto alle specifiche caratteristiche dell'istituto già declinate in vigenza dell'art. 6, c.4, L. 537/1993 e dell'art. 44, 4 comma della L. n. 724/94, la giurisprudenza ritenne dunque opportuno fissarne delle altre:

- la clausola di revisione dei prezzi nei contratti ad esecuzione continuata e periodica non assumeva la funzione di eliminare completamente l'alea tipica di un contratto di durata¹⁵;
- ogni variazione del prezzo non poteva comportare la revisione, in ogni caso, in via automatica, di quanto contrattualmente stabilito, tenuto conto del vincolo di invarianza finanziaria cui deve ottemperare l'Amministrazione¹⁶;
- la revisione dei prezzi presupponeva sempre un'attività di accertamento istruttorio prima di essere autorizzata, costituendo infatti una deroga rispetto all'ordinaria applicazione del contratto;
- lo scopo principale dell'istituto era quello di tutelare l'interesse pubblico ad acquisire prestazioni di servizi qualitativamente adeguati e, solo in via indiretta, l'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio

¹² E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, in Codice dei contratti pubblici operativo a cura di A. CACCIARI, Milano, 2002.

¹³ ex multis Cons. St., sez. III, 06.08.2018 n. 4827

¹⁴ art. 72 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; Corte di Giustizia 19 giugno 2008, C454/06, 17 settembre 2016, C-549/14, 19 aprile 2018, causa C-152/17

¹⁵ ex multis Cons. St. Sez. V, 17 febbraio 2010 n. 935

¹⁶ ex multis Cons. St., Sez. III, 25/03/2019, n. 1980



contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verificavano durante l'arco del rapporto¹⁷.

Si nota, soprattutto da quest'ultima precisazione, come la volontà espressa in quel momento storico fosse del tutto intesa a delineare un istituto il quale non dovesse essere derubricato alla stregua di una mera clausola di indicizzazione, ma che mantenesse una funzione di tutela e perseguimento – in via prioritaria – dell'interesse pubblico e solo in via mediata di quello dell'appaltatore privato¹⁸.

In questo contesto, non può stupire che, malgrado la norma di riferimento non presentasse alcun accenno in merito, il Giudice Amministrativo sia persino giunto ad affermare che al fine di attuare l'adeguamento dei prezzi fosse necessaria la ricorrenza di circostanze eccezionali e imprevedibili, la cui esistenza non potesse essere ricondotta ad aumenti del costo di fattori della produzione prevedibili – anche dal punto di vista della loro consistenza valoriale – nell'ambito del normale andamento dei mercati relativi, dovendo invece a tal fine farsi riferimento ad eventi, appunto, eccezionali ed imprevedibili, tali da alterare significativamente le originarie previsioni contrattuali¹⁹.

3. La revisione prezzi nel Codice del 2016

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016, ad ogni modo, la disciplina dell'istituto in parola è stata, *de iure condito*, adeguata all'indirizzo ermeneutico da ultimo affermato, in attuazione di quell'anomalo fenomeno – invero non così raro – per cui è sovente il Legislatore ad allinearsi all'Interprete e non viceversa, sebbene in tal senso non possa negarsi la spinta decisiva impartita dal disfavore rispetto all'istituto in parola manifestatosi anche a livello sovranazionale.

Si suol dire che quello del 2016 abbia rappresentato il «codice dell'anticorruzione», ciò sicuramente per il contributo fornito dall'ANAC nella sua stesura e per gli ampi poteri che all'Autorità venivano riconosciuti tanto in sede di regolazione (soft regulation) quanto in sede decisoria, resta tuttavia forte l'impressione che la menzionata definizione sia stata meritata anche per il particolare approccio impartito al rapporto pubblico-privato.

¹⁷ ex multis Cons. St., Sez. III, Sentenza n. 4362 del 19-07-2011; conforme Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275; id., 24 gennaio 2013 n. 465

¹⁸ Sul punto si segnala M. GIAVAZZI, *La revisione dei prezzi al tempo delle emergenze*, in CERIDAP, fascicolo 3/2022, secondo cui «È questa una visione unilaterale del contratto (inadeguata a rappresentare un rapporto che è in realtà paritario), che pone al centro (e anzi valuta esclusivamente) l'interesse pubblico: a ricevere una prestazione qualitativamente adeguata e a evitare un incremento incontrollato della spesa pubblica. In questa prospettiva, solo indirettamente (di riflesso) trova dunque tutela l'interesse del privato alla conservazione dell'equilibrio delle prestazioni corrispettive su cui si salda il sinallagma negoziale. Quanto non è certo soddisfacente in uno Stato di diritto, che evidentemente non consente di subordinare i diritti del privato agli interessi pubblici, com'era nella desueta figura dell'interesse occasionalmente protetto».

¹⁹ cfr. in tal senso T.A.R. Napoli, Sez. I, n. 2306/2014; T.A.R. Milano, Sez. I, n. 435/2021



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La lettura della norma, nel suo complesso, lascia chiaramente intendere come la stessa fosse evidentemente intesa a realizzare, sotto il profilo economico, obiettivi diretti a preservare gli interessi della PA, in questo delineando una disciplina attenta a porre puntuali presidi preventivi rispetto a possibili abusi a danno dell'Amministrazione senza, di contro, contemplare istituti che, ove effettivamente necessario, potessero fungere da contrappeso per contemperare le citate esigenze di tutela del contraente pubblico con le parimenti meritevoli esigenze di tutela del privato.

Si potrebbe essere indotti a ritenere che il mancato richiamo nel precedente codice al principio di equilibrio sia ascrivibile alla volontà di evitare la ridondanza determinata dal fatto che questi, quale valore immanente nel nostro ordinamento, non richiedesse un'espressa previsione.

Tale tesi, tuttavia, non può convincere.

In primo luogo, difatti, ove così fosse, sarebbe stato legittimo attendersi dal Legislatore del 2016, se non l'espressa riaffermazione del principio, quantomeno l'emanazione di una disciplina degli istituti idonea a potervi dare concreta attuazione in una logica di pari dignità fra le posizioni dei contraenti; ciò, come meglio si vedrà di seguito, non è accaduto.

In secondo luogo, poi, è lo stesso tenore del nuovo codice del 2023 a smentire tale lettura. Allorché lo abbia ritenuto necessario, difatti, il Legislatore ha avuto cura di esprimere e positivizzare il principio in questione, addirittura ponendolo fra quelli che costituiscono i canoni fondamentali che reggono l'intero impianto normativo in materia di appalti pubblici (*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).

Le precedenti considerazioni corroborano l'idea per cui nel codice del 2016 sia stata operata una scelta chiara e consapevole.

Non bisogna dimenticare che i lavori di elaborazione e l'emanazione stessa del codice del 2016 si collocano in un periodo di fervore da "spending review", ossia in un periodo storico connotato dalla particolare attenzione riversata sulla razionalizzazione della spesa pubblica e dalla crociata contro "gli sprechi della pubblica amministrazione".

In seguito all'emergenza finanziaria del 2011-2012, difatti, il processo di analisi della spesa ha subito un vertiginoso impulso con l'emanazione di alcuni decreti mirati al risanamento dei conti pubblici.

A titolo puramente esemplificativo, una forte accelerazione del programma di revisione della spesa, in ragione delle straordinarie condizioni di necessità e urgenza del momento, è alla base dell'istituzione (con il decreto legge n. 52 del 2012) di un Comitato interministeriale con compiti di indirizzo e coordinamento in materia di spending review e, successivamente, della nomina di un Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa (decreto legge n. 69/2013). Il decreto legge dettava una serie



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di norme sostanziali riguardanti il miglioramento della qualità delle procedure di acquisto centralizzato di beni e servizi, incrementandone significativamente l'utilizzo²⁰.

Come rilevato da autorevole dottrina, l'istituto della centrale di committenza, come quello, collegato, dei contratti quadro, rispondeva ad esigenze di semplificazione della gestione degli appalti e di risparmio di spesa attraverso la realizzazione di economie di scala.²¹

Venne introdotto l'obbligo, da parte di tutte le pubbliche amministrazioni, di rispettare i parametri prezzo-qualità dei bandi Consip per le procedure di acquisto di beni e servizi comparabili, nonché la pubblicazione da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture dei dati sugli acquisti delle pubbliche amministrazioni e la trasmissione degli stessi al Ministero dell'economia e delle finanze e alla Consip²².

Il clima entro il quale si è evoluta la gestazione del codice del 2016, ad ogni modo, ha trovato la sua massima espressione nel disposto dell'art. 9 ter d.l. 78/15, conv. in L. n. 125/15.

Tale norma, difatti, imponeva agli enti del servizio sanitario nazionale di proporre ai fornitori di beni e servizi una rinegoziazione dei contratti in essere, con l'obiettivo di conseguire una riduzione su base annua del 5 per cento del valore complessivo dei contratti in essere. La medesima norma, inoltre, stabiliva che, in caso di mancato accordo con i fornitori in merito alla suddetta rimozione, gli enti del Servizio sanitario nazionale avrebbero maturato il diritto di recedere dal contratto, in deroga all'articolo 1671 del codice civile, senza alcun onere a carico degli stessi, fatta salva la facoltà del fornitore di recedere dal contratto entro trenta giorni dalla comunicazione della manifestazione di volontà di operare la riduzione.

²⁰ Sul punto, S. FANTINI, *Le novità della spending review*, in *Urbanistica e appalti* 11/2012, evidenzia come «La norma in commento dispone che, dalla data della sua entrata in vigore, «i contratti stipulati in violazione dell'art. 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione di Consip s.p.a. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa». L'aspetto significativo dal punto di vista ermeneutico, che consente di evincere l'obbligo di acquisto di beni e servizi mediante Consip, è dato dalla espressa comminatoria della sanzione della nullità del contratto altrimenti concluso, non presente nella previsione, cui, pure, viene fatto rinvio, dell'art. 26, comma 3, della L. 23 dicembre 1999, n. 488, testo base che disciplina la possibilità, per le Amministrazioni pubbliche, di ricorrere alle convenzioni stipulate dalla Consip».

²¹ R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in *Trattato sui contratti pubblici, I, I principi generali, I contratti esclusi, I soggetti*, diretto da Sandulli, De Nictolis, Garofoli, Milano, 2008, 618.

²² Si segnala inoltre che nell'ordinamento sono presenti numerose norme in materia di contenimento della spesa per consumi intermedi, rivolte a enti ed organismi pubblici, che prevedono specifiche limitazioni per varie tipologie di spesa, come ad esempio in materia di spese di personale, spese per organi collegiali, per incarichi di studio e consulenza, per relazioni pubbliche e rappresentanza, per missioni, per attività di formazione, per autovetture, per gli acquisti di beni e servizi, ecc. Tali norme derivano da vari decreti-legge contenenti disposizioni di spending review, tra i quali si ricordano il D.L. n. 78/2010, il D.L. n. 95/2012, il D.L. n. 101/2013, il D.L. n. 66/2014, il D.L. n. 90/2014, nonché dalle leggi di stabilità e di bilancio.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Come evidente, quindi, all'alba del Codice del 2016, l'interesse prioritario verso cui la produzione normativa convergeva in senso uniforme era quello di 'razionalizzazione della spesa' e 'risanamento dei conti pubblici', al cui perseguimento, come visto, veniva tranquillamente sacrificato, non solo il principio di equilibrio, ma anche ogni finalità manutentiva del rapporto, essendo addirittura stato legittimato il ricorso a misure demolitorie del contratto in essere in caso di mancato accordo sullo sconto da praticare. La lettura del D.Lgs. 50/2016, specialmente sotto il profilo di nostro interesse, non può prescindere dalla consapevolezza che la produzione normativa che vi ha dato vita è stata fortemente influenzata – come, d'altronde, è naturale attendersi – da canoni e interessi al tempo ritenuti prevalenti, il cui precipitato principale risiedeva nell'impedire, o quantomeno ridurre radicalmente, qualunque possibilità di variazione dei termini contrattuali che, in corso di esecuzione, potesse condurre ad un incremento di costi ed all'incertezza delle spese che sarebbero gravati in capo alla P.A.; ciò, con ogni probabilità, anche nel tentativo di erigere nuovi e – nelle intenzioni - invalicabili presidi atti a scongiurare fenomeni di natura corruttiva.

La revisione dei prezzi, nel codice del 2016, ha perso quindi il rango di istituto meritevole d'esser disciplinato in articoli specifici ed è invece confluito, in forma di mero e fuggevole inciso, nel testo dell'art. 106 rubricato «Modifica di contratti durante il periodo di efficacia».

Il D.lgs. 50/2016, peraltro, ha rimosso ogni obbligatorietà di inserzione della clausola revisionale nei contratti di durata ed anzi ha inteso limitare in termini stringenti la possibilità di far ricorso all'istituto in parola.

A differenza di quanto non fosse previsto nella previgente normativa, l'inserzione di clausole revisionali nel contratto, cessò di essere un obbligo e divenne una mera facoltà rimessa alla piena discrezionalità della stazione appaltante, la quale, nel caso, avrebbe dovuto prevederlo in clausole chiare precise ed inequivocabili della legge di gara.

L'inadeguatezza della normativa così declinata, tuttavia, si è resa tragicamente evidente all'insorgere di circostanze sperequative di eccezionale portata.

Solamente in ragione della crisi pandemica e della forte impennata dei costi dell'energia e delle materie prime per la guerra in Ucraina, difatti, l'istituto revisionale è stato reintrodotta con numerose norme speciali, le quali hanno operato esplicitamente in deroga al dettato normativo del Codice degli Appalti del 2016 e ciò, con ancora maggiore chiarezza, evidenzia le criticità e le disarmonie provocate da quest'ultimo nel sistema dei contratti pubblici²³.

Il lavacro lustrale alle fonti dell'anticorruzione e del sacro principio della massima concorrenza a cui il codice degli appalti è stato sottoposto nel 2016 si è spinto sino al

²³ Sulle conseguenze prodotte dagli eventi emergenziali sui rapporti negoziali commutativi, E. DAMIANI, *L'impatto della pandemia e della guerra sul diritto dei contratti*, in Jus Civile, Fascicolo 1 – 2023;



punto di assumere connotati fideistici e fondamentalisti. Ciò ha condotto il Legislatore nazionale, piuttosto che ad adattarne la disciplina, a tranciare in radice l'operatività di istituti equilibratori, necessari e connaturati ad ogni dinamica contrattuale, per il solo senso di diffidenza generalmente affermatosi fra giurisprudenza ed ambienti sovranazionali nel contesto storico di riferimento.

Ne è derivata, in fase emergenziale, la necessità di abbandonarsi ad una grave forma di bulimia legislativa da cui è scaturito un coacervo di leggi-provvedimento che hanno cercato di risolvere *ex post* situazioni di squilibrio negoziale che in vero si erano già verificate.

4. La revisione prezzi nella normativa emergenziale

L'approccio all'istituto revisionale del corrispettivo negli appalti pubblici ha senz'altro risentito del grave impatto prodotto dai noti eventi emergenziali.

La pandemia da COVID-19 ed il conflitto bellico russo-ucraino si sono rivelati banchi di prova dinanzi ai quali lo *ius conditio* s'è scoperto del tutto inadeguato ed anzi, sotto molti profili, addirittura deleterio, poiché il rigore e le restrizioni positivizzate dal Legislatore del 2016, hanno rischiato di gravare il tessuto economico di un carico esiziale, al punto da richiedere, fra il 2020 ed il 2023, reiterati interventi nomofilattici e normativi i quali giungessero a mitigarne e correggerne termini e modalità di applicazione²⁴.

Si rammenti che il fenomeno pandemico in Italia ha iniziato a manifestare il proprio impatto, imponendo restrizioni ed estreme misure preventive, a decorrere dal mese di marzo 2020; già nel mese di luglio dello stesso anno, a distanza di soli 5 mesi, si è reso necessario un intervento interpretativo e di indirizzo da parte degli Ermellini.

Con la relazione tematica n. 56 del 8 luglio 2020, difatti, la Suprema Corte ha tentato di dare riscontro alle invocazioni che da più parti del tessuto imprenditoriale italiano si elevavano al fine di rappresentare una condizione di estrema difficoltà e l'impossibilità di farvi fronte tramite il ricorso agli strumenti normativi disponibili.

Il canone espresso dai Giudici della Cassazione, nella citata relazione, è chiaro ed è diretto ad affermare che il rimedio demolitorio non può essere l'unico attuabile ove l'equilibrio contrattuale venga infranto; è necessario, al contrario, profondere ogni possibile sforzo, prima di giungere all'infrazione del rapporto, per ristabilire il corretto sinallagma fra le

²⁴ In dottrina si è avuto modo di affermare che «*La pandemia che ha impestato l'economia del mondo potrebbe implicare un approccio meno fideistico o assolutistico al principio di vincolatività del contratto di cui all'art. 1372 c.c.. La regola pacta sunt servanda va bilanciata con l'altro principio del rebus sic stantibus allorché accadimenti successivi al perfezionamento del negozio e impensabili in quel frangente abbiano snaturato l'assetto del rapporto, modificandone l'equilibrio*», S. LEUZZI, *Covid-19 e contratti sinallagmatici: criticità e rimedi*, in *Inexecutivis*, approfondimenti luglio 2020.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

prestazioni e ripristinare l'equilibrio contrattuale, riconducendolo entro limiti di sostenibilità²⁵.

Non v'è chi non possa ravvisare nei concetti espressi dagli Ermellini fondate ragioni di natura logica, prima ancora che giuridica, e non v'è chi non possa condividere, alla luce dei valori di cui il nostro sistema giuridico suole ammantarsi, le argomentazioni addotte dall'Interprete; eppure il fatto stesso che questo intervento si sia reso necessario, fornisce l'esatta cifra della totale inadeguatezza delle leggi vigenti e, come l'urlo del fanciullo all'indirizzo del re nudo, disvela agli occhi di tutti le gravi mancanze da cui la disciplina dei contratti – pubblici e privati – risulta trapunta; lacune che, tollerabili o mascherabili in condizioni di ordinaria amministrazione, son causa di tracollo, se non rimosse, allo spirare d'un vento impreveduto.

L'intervento della Cassazione, tuttavia, per quanto pregevole sotto il profilo accademico, rischiava di rimanere un mero atto d'indirizzo vacuo e sterile benché meritorio, se non fosse stato seguito da interventi normativi idonei a positivizzare rimedi concreti ed immediatamente attuabili, i quali prescindessero da lunghi e spesso estenuanti confronti con la P.A. e non lasciassero margini di discrezionalità in capo a quest'ultima.

Sotto questo profilo assume sicura rilevanza il profluvio di norme emergenziali che, ad intervalli pressoché regolari, sono intervenute a puntellare la disciplina dei contratti pubblici (per lo più in forma di decreto legge).

In quest'ottica, merita d'essere menzionato l'art. 29 del d.l. n. 4/2022 (c.d. decreto Sostegni-Ter), che – con riferimento ai contratti banditi dal 27/1/2022 sino al 31/12/2023 – reintroduceva (temporaneamente, sino al 31/12/2023, e per tutti gli appalti di lavori,

²⁵ Riferendosi al disposto dell'art. 1467 c.c. gli Ermellini non esitano a dichiarare «*in uno con l'utilizzabilità del rimedio, il virus globale accende i riflettori sulla sua manchevolezza, legata alla sua propensione demolitoria e non conservativa del contratto. Il rimedio è volto a rimuovere il vincolo, non a riequilibrare il sinallagma. Pertanto, finisce per fare terra bruciata delle relazioni d'impresa come di quelle fra privati cittadini, in quanto conduce alla definitiva risoluzione del rapporto, non alla transitoria riduzione dei corrispettivi, che l'art. 1467 c.c. alla lettera non contempla. Soltanto la parte favorita dallo sbilanciamento, può infatti evitare la risoluzione del negozio, offrendo di modificare equamente le condizioni di esso (art. 1467, comma 3, c.c.). A farle da specchio è la parte che patisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ma che può solo agire in giudizio per sciogliere il vincolo e solo purché non abbia già eseguito la propria prestazione. La parte fragile non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni contrattuali, né può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle concordate. Ora, nel contesto dei contratti commerciali, che sono ancillari all'esercizio dell'impresa e ne supportano la continuità, a fronte della sopravvenienza l'obiettivo precipuo del contraente sfavorito non è lo smantellamento del rapporto, ma la sua messa in sicurezza sul crinale di un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni. L'emergenza non si tampona demolendo il contratto. Più che la liberazione del debitore-imprenditore dall'obbligazione, cruciali appaiono l'attenuazione o il ridimensionamento del contenuto di questa, ove il suo adempimento sia ostacolato o reso sfibrante dalle misure di contenimento su approvvigionamenti, circolazione di merci, organizzazione aziendale, vieppiù ove si consideri che dette misure sono turbinosamente adottate a vari livelli (nazionale, regionale, comunale) nell'ottica di contrastare il dilagare del contagio».*



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

servizi e forniture) l'obbligatorietà delle clausole di revisione prezzi, come già in precedenza prevista dal c.d. Codice de Lise (art. 115 del d.lgs. n. 163/2006).

Vi è stata poi una dettagliata disciplina destinata ai soli appalti di lavori.

Solo relativamente a questi ultimi, difatti, la medesima norma prevedeva che (in deroga a quanto stabilito dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016) fossero attribuite compensazioni alle imprese se le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione avessero superato il 5% del prezzo rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, sulla base delle rilevazioni dei prezzi effettuate semestralmente dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (MIMS). La compensazione sarebbe stata limitata all'80% dell'aumento dei prezzi in eccedenza alla percentuale di invarianza del 5%.

E' evidente come la norma in discussione, assai analitica, non lasciasse margine alcuno a valutazioni discrezionali.

In presenza dei presupposti oggettivi nella stessa indicati, il contraente leso avrebbe potuto vantare un diritto pieno alla compensazione e quindi al ripristino dell'equilibrio contrattuale, senza necessità di negoziazione e senza alea di rifiuto da parte dell'Amministrazione²⁶.

Nel medesimo solco tracciato dalla disciplina derogatoria testé richiamata, si è poi posta l'ulteriore produzione normativa resasi necessaria a seguito dello scoppio del conflitto bellico.

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

L'art. 26 del d.l. n. 50/2022 (c.d. Decreto Aiuti) ha infine previsto di applicare i prezziari aggiornati ai contratti già stipulati, anche in deroga a specifiche clausole contrattuali e, al contempo, disposto l'abrogazione dello speciale sistema compensativo previsto dall'art.

²⁶ Merita di essere ricordato che la limitazione della disciplina ai soli lavori costituì oggetto di fondate obiezioni. Anche l'ANAC con un suo comunicato del 22/2/2022 aveva chiesto (ma la sua sollecitazione non è stata accolta nella legge di conversione) «*che la compensazione dei prezzi avvenga non soltanto per i lavori pubblici, ma anche per servizi e forniture [ciò in quanto] L'obiettivo dell'Autorità è quello di stabilire meccanismi che consentano di riguadagnare un equilibrio contrattuale, adeguando un aumento dei valori degli appalti per tenere conto dei costi reali. Se non lo si fa o le gare vanno deserte, o partecipa solo chi poi chiederà varianti con aumento dei prezzi, oppure la prestazione non viene adempiuta. In questo momento non dobbiamo guardare al risparmio immediato, ma riconoscere che bisogna avere clausole di adeguamento dei prezzi che tengano conto dei costi reali, indicizzando i valori inseriti nel bando di gara. Altrimenti rischiamo di vanificare lo sforzo del PNRR perché le gare di appalto andranno deserte, o favoriranno i "furbetti" che punteranno subito dopo l'aggiudicazione a varianti per l'aumento dei prezzi. Molto meglio stabilire dei meccanismi trasparenti e sicuri di indicizzazione, così da favorire un'autentica libera concorrenza e apertura al mercato plurale, e serietà in chi si aggiudica l'appalto. Risulta quindi imprescindibile l'individuazione normativa della percentuale di scostamento, oltre che delle modalità operative e dei limiti della compensazione*».



25 del d.l. n. 17/2022 (che pure avrebbe dovuto operare solo per il primo semestre del 2022).

La rapida rassegna testé esposta rende evidente, in primo luogo, con quale affanno il Legislatore abbia tentato di risolvere *ex post* situazioni di squilibrio negoziale che si erano già verificate e rispetto alle quali, come già più volte ribadito, l'ordinamento risultava del tutto inadeguato.

Emerge, inoltre, come ogni intervento di urgenza sia stato diretto a porre misure manutentive, concrete ed effettive, le quali, comunque in deroga al dettato normativo del Codice Appalti vigente, potessero realmente assicurare la conservazione dell'equilibrio contrattuale tramite strumenti revisionali del corrispettivo²⁷.

La richiamata produzione normativa, benché caratterizzata da temporaneità ed a volte da scarsa coerenza complessiva, oltre che per le ricadute favorevoli prodotte in fase di piena crisi, ha assunto importanza per aver costituito la gemma da cui poi è germogliata la disciplina, consacrata nel d.Lgs. 36/2023, che, sotto il profilo di interesse, appare di certo più equilibrata e coerente con i generali principi del nostro ordinamento.

5. La revisione prezzi nel nuovo codice dei contratti pubblici

L'intervento normativo risoltosi con l'approvazione del nuovo Codice del 2023, fortunatamente, ha posto un freno al fenomeno precedentemente esposto.

L'istituto della revisione prezzi, nella nuova declinazione del codice, è tornato a distinguersi dalle altre forme di modifica contrattuale, tant'è che, mentre queste ultime vengono disciplinate all'art. 120 del D.Lgs. 36/2023, l'istituto revisionale trova dimora autonoma nell'art. 60.

La nuova normativa, per quanto si dirà di seguito, rappresenta ben più che un mero ritorno al passato; essa, in effetti, rappresenta un'importante innovazione anche rispetto alla disciplina del «Codice de Lise».

²⁷ E' agevole comprendere la ragione per cui tutti gli interventi normativi di perequazione susseguitisi in fase emergenziale si siano risolti nella previsione di istituti revisionali del corrispettivo. Intervenire sul fattore economico per conseguire il riequilibrio contrattuale, difatti, risulta ovviamente più agevole rispetto quanto sarebbe dover intervenire sull'assetto dei lavori o dei servizi. Il tentativo di prevedere norme che pongano parametri oggettivi e generalizzati in modifica delle modalità, condizioni, specifiche o entità delle prestazioni dovute dall'appaltatore potrebbe con ogni probabilità risolversi in un'impresa di Sisifo poiché la specificità che connota ogni singola commessa, rende di fatto impossibile dettate criteri di revisione che possano valere ed essere applicabili a tutte le fattispecie interessate. Per tale motivo, quando si fa riferimento alla rinegoziazione perequativa del contratto, solitamente ci si riferisce alla variazione della prestazione economica della Committente e non invece alle prestazioni dell'appaltatore, benché in astratto non possa escludersi che l'equilibrio contrattuale possa essere raggiunto anche intervenendo a modificare le condizioni e l'entità di queste ultime.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Per quel che attiene ai presupposti legittimanti, giova evidenziare come il Legislatore abbia avuto cura di precisare che la revisione vada attivata «al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva» e purché resti inalterata «la natura generale del contratto». Il mancato richiamo ai caratteri della imprevedibilità e della eccezionalità degli eventi sperequativi²⁸, lascia intendere che la legittimazione del ricorso all'istituto risieda non nella natura della causa destabilizzante, quanto piuttosto esclusivamente nell'entità dell'effetto da essa prodotto. In tal senso, non può essere considerato casuale che, già nella declinazione originaria del comma 2 art. 60 del Codice e poi anche nella versione modificata in ragione del correttivo di cui al D.Lgs. 209/29024, il Legislatore abbia inteso esplicitare in termini puntuali la soglia di rilevanza dell'effetto sperequativo da cui possa discendere l'adeguamento dei prezzi.

Si può, quindi, sostenere che anche sopravvenienze del tutto prevedibili ed addirittura connaturate alle dinamiche di mercato (quali le dinamiche inflattive dei prezzi ovvero il rinnovo di CCNL) possano innescare la clausola revisionale, purché le stesse provochino un effettivo intacco sull'equilibrio negoziale.

Il meccanismo revisionale così delineato, apparentemente semplice, ha posto tuttavia alcune questioni interpretative.

Innanzitutto, difatti, ci si è chiesti a quale valore in concreto si debba far riferimento per verificare il superamento delle soglie di variazione poste dal Codice per attivare l'adeguamento.

Il comma 2 dell'art. 60, sia nella sua originaria stesura, sia nella versione modificata a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 209/2024, sul punto rinvia al valore «dell'importo complessivo» del «costo dell'opera, della fornitura o del servizio».

Nonostante l'espressione lasci qualche margine di ambiguità, ogni dubbio in merito deve intendersi ormai superato in ragione della chiara indicazione fornita all'art. 3 del nuovo allegato II.2-bis «Modalità di applicazione delle clausole di revisione dei prezzi»,

²⁸ Sul punto è interessante notare che la stessa legge delega 21 giugno 2022, n. 78, all'art. 1, c. 2, lett. g), prevedeva che l'istituto revisionale dovesse essere attivabile «*al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta*». Coerentemente al disposto della delega, peraltro, anche la relazione di accompagnamento alla proposta redatta dalla Commissione incaricata confermava di aver fedelmente «*previsto, sempre al comma 2, che all'origine delle variazioni dei prezzi che renderanno in concreto attivabile il meccanismo della revisione siano 'particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta'*». Particolarmente delicato e complesso è stato, dunque, conciliare l'opzione di indicizzazione con la caratteristica dell'imprevedibilità delle variazioni: per garantire la coerenza del nuovo sistema si è così concentrata l'attenzione sia sul profilo temporale della valutazione dell'imprevedibilità («*imprevedibili al momento della formulazione dell'offerta*») sia sul dato quantitativo di essa («*variazioni imprevedibili nel quantum*»). Nella versione definitiva approvata dal Governo, tuttavia, ogni riferimento alla imprevedibilità delle condizioni legittimanti è del tutto scomparso. Ciò indica chiaramente che il Legislatore abbia voluto consapevolmente rimuovere detto requisito e conferma che esso non è assolutamente essenziale ai fini della applicazione dell'istituto revisionale.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

introdotto dal correttivo, ove è espressamente chiarito che debba farsi riferimento all'«importo del contratto quale risultante dal provvedimento di aggiudicazione».

Con la definitiva approvazione del correttivo di cui al D.Lgs. 209/2024, inoltre, è stata del tutto fugata ogni residua incertezza in ordine alla questione se, una volta superate le soglie del 3% o del 5%, l'incremento debba essere calcolato per l'intera variazione o solo per la parte eccedente.

Fortunatamente, come detto, sul punto il correttivo al codice, all'art. 23, nell'espone le modifiche all'articolo 60 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, prescrive espressamente che l'entità della modifica al corrispettivo contrattuale, pari al 90% per i lavori ed al 80% per le forniture e servizi, debba essere calcolato sulla parte della variazione registrata eccedente le soglie di cui al comma 2.

Tale disposizione, peraltro, trova puntuale conferma all'art. 3, c.3, del nuovo allegato II.2-bis dedicato proprio alla disciplina delle «Modalità applicative delle clausole di revisione prezzi».

Appare evidente, quindi, che, posta la soglia di variazione, il Legislatore abbia voluto individuare in essa il valore dell'alea contrattuale ordinaria che deve integralmente e necessariamente restare a carico delle parti. La soluzione appare la più condivisibile, se solo si pensi che, ove fosse stata accolta la formula che prevedeva il calcolo sull'intero valore della variazione, ciò di fatto avrebbe eliso ogni addebito di alea a carico dell'appaltatore (poiché il margine del 3% o del 5% sarebbe stato di fatto superato), con ciò incidendo sulla corretta allocazione del rischio di impresa.

Si può, quindi, definitivamente concludere sul punto che il calcolo della percentuale di adeguamento prezzi sia da operare sul solo margine di eccedenza e non sul valore dell'intera variazione.

Il connotato che, tuttavia, caratterizza più di ogni altro l'attuale disciplina della revisione prezzi, qualificandola come un'importante evoluzione rispetto a tutte le precedenti esperienze normative in materia, ivi incluso il «codice De Lise», è di certo lo spiccato carattere di automatismo infuso alla dinamica dell'istituto in questione.

Sul punto si può ravvisare piena coerenza, sin dalla legge delega e poi nella relazione di accompagnamento alla proposta di decreto (sino, come si vedrà, al correttivo di cui al D.Lgs. 209/2024), nell'improntare l'istituto in parola ad un modello di indicizzazione al fine di rendere più rapida e «sicura» l'applicazione della revisione.

Tale connotato, forse, nella stesura attuale del c. 2 dell'art. 60 emerge con minor forza di quanto non fosse stato esposto nei documenti precedentemente citati e ciò potrebbe indurre a concludere che, esattamente come già fatto dal Legislatore del 2006, anche quello del 2023 abbia voluto vincolare le Amministrazioni alla sola previsione di clausole revisionali, non anche alla effettiva attuazione dell'istituto, rispetto alla quale sarebbe da



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

riconoscere ancora oggi, come già in passato, un margine di discrezionalità in capo alla Committente.

Tale conclusione è tuttavia oramai palesemente smentita dal dettato del D.Lgs. 209/2024. Dalla lettura del comma 1 dell'art. 3 dell'allegato II.2 – bis annesso al decreto correttivo, emerge l'intendimento del Legislatore di chiarire che è specifico dovere delle Stazioni Appaltanti quello di monitorare l'andamento degli indici di riferimento.

Ne deriva che, non soltanto la mancata applicazione dell'istituto revisionale, ma anche il solo mancato rilevamento degli indici potrebbe dar corso a responsabilità della Amministrazione nei confronti dell'appaltatore.

Tale previsione trova coerente contrappunto nel successivo comma 2, allorché il Legislatore esprime la volontà di rendere l'istituto revisionale ad attivazione automatica da parte dell'Amministrazione - «anche in assenza di istanza di parte».

Non può sfuggire la portata innovativa e dirompente della norma. Essa esprime appieno l'intento di rendere la revisione uno strumento di indicizzazione automatica che l'Amministrazione deve attuare in piena autonomia.

Mai, in precedenza, malgrado il lungo trascorso normativo dell'istituto in questione, esso era stato definito in termini così perentori e aderenti a quelli di un vero e proprio diritto potestativo.

L'adeguamento dei prezzi diviene così, il frutto di una mera operazione matematica del tutto scevra da profili di incertezza, soggezione o arbitrarietà, da attuarsi in automatico, senza alcun margine di discrezionalità né alcuna necessità di confronto o condivisione.

Andrebbe totalmente rivisto, in quest'ottica, l'assioma relativo al riparto di giurisdizione in merito all'istituto in parola. Le dinamiche di attuazione dello stesso, oggi, privano l'Amministrazione di qualsivoglia potere autoritativo tecnico-discrezionale nei confronti del privato contraente; di talché la posizione di quest'ultimo si atteggia sin da subito in guisa di diritto soggettivo e non più quale interesse legittimo sino all'adozione di un espresso provvedimento attributivo da parte della Amministrazione, come invece ritenuto in passato e come sostenuto dai fautori del doppio canale di giurisdizione²⁹.

Se ne potrebbe agevolmente dedurre che unico competente a conoscere di controversie vertenti sulla clausola revisionale, attenendo le stesse a posizione di puro diritto soggettivo, dovrebbe essere riconosciuto il solo Giudice Ordinario, con buona pace – e, probabilmente, con profondo sollievo – del Giudice Amministrativo³⁰.

²⁹ In tal senso, un'embrionale presa di coscienza può essere ravvisata ex multis in TAR LAZIO di Roma - sez. II S - SENTENZA 17 febbraio 2023 N. 2827; TAR Campania Napoli sez. II 21 maggio 2024 n. 3281, Cass. civ. sez. un., ord. n. n. 35952 del 2021; Cons. St., sez. III, n. 7291 del 2023.

³⁰ Necessita dar conto sul punto della corrente contraria la quale ritiene, invece, che l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale che dialoga con l'interesse legittimo dell'appaltatore colpito dalla sopravvenienza e per tale via insiste nel riconoscere che le controversie in materia ricadano nella giurisdizione del Giudice Amministrativo. G. F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in Urb. app., 5, 2023



Come tale interpretazione possa conciliarsi con la riserva di giurisdizione dettata dall'art. 133, c.1, lett. e, n. 2 del D.Lgs. n. 104 del 2010, è agevolmente comprensibile facendo riferimento alla più recente giurisprudenza in forza della quale «nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformità alla previsione di cui al D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), sussiste nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla P.A. committente, attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione, mentre, nella contraria ipotesi in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria».

In presenza di una clausola revisione che, ai sensi dell'art. 60, c.1, D.Lgs. 36/2023, sia idonea – di per sé stessa ovvero per rinvio alla dettagliata normativa posta in materia - a definire puntualmente l'*an* ed il *quantum* del compenso revisionale, quindi, ogni controversia relativa a quest'ultimo non darebbe adito a giurisdizione del G.A., ma ricadrebbe senz'altro in quella del G.O.³¹

6. Conclusioni

È così che, sino al 2010 circa, si è assistito, relativamente all'istituto in parola, ad un'interpretazione della norma che ne agevolava un'applicazione ampia e spesso fin troppo agevole che, nel perseguire l'interesse manutentivo del rapporto, finiva, inevitabilmente, per sacrificare quello di certezza e prevedibilità della spesa.

³¹ Merita qui di essere richiamato il recentissimo intervento del Cons. St. secondo cui, invece, il dibattito sul riparto di giurisdizione andrebbe sempre risolto a favore del G.A. ai sensi dell'art. dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2 del d.lgs. n. 104 del 2010, poiché sarebbe da accantonare il criterio classico di ripartizione fondato sulla sussistenza o meno di poteri autoritativi in capo alla P.A. (« ai fini dell'individuazione dell'ambito della giurisdizione esclusiva in materia è ininfluyente, come detto, la posizione giuridica soggettiva del contraente dell'amministrazione (cfr., da ultimo, Cons. St., V, 2 febbraio 2024, n. 1069), quindi la verifica della sussistenza o meno di poteri autoritativi dell'amministrazione committente nella conduzione dell'istruttoria» Cons. St., Sez. V, 22/01/2025, n. 489). Merita, parimenti, di essere evidenziato come tale posizione, malgrado lo strutturato sforzo argomentativo operato dai Giudici di Palazzo Spada, risulti oggettivamente inconciliabile con l'arresto netto con cui gli Ermellini, a Sezioni Unite, hanno ripetutamente puntualizzato che, in tema di riparto di giurisdizione *in subiecta materia*, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia configurabile quando la revisione è richiesta azionando la pretesa *ex lege*, mentre costituisce chiara eccezione a tale regola il diritto alla revisione del prezzo che «sia puntualmente disciplinato nel contratto sia nell'*an* che nel *quantum*, poiché in tale ipotesi la domanda trae fondamento in via esclusiva nel rapporto di tipo paritetico scaturente dal regolamento pattizio tra le parti e non nel diverso e sovraordinato potere dell'amministrazione di riconoscere la revisione del corrispettivo contrattuale» (così Cass. S.U. 12 ottobre 2020, n. 21990; Cass. S.U. 22 novembre 2021, n. 35952; Cass. S.U., 8 febbraio 2022, n. 3935)



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Nel periodo successivo, invece, si è affermata – gradualmente ma inesorabilmente – una linea interpretativa che, pur in assenza di modifiche del tenore testuale della norma, ne promuoveva un'applicazione restrittiva volta a salvaguardare il prevalente interesse di certezza e prevedibilità della spesa pubblica, quand'anche ne fosse derivato il sacrificio dell'interesse manutentivo.

Quest'ultima tendenza – peraltro nella sua versione più integralista - ha trovato poi conforto ed anzi essa stessa si è sostanzialmente tradotta in legge, allorché ha di fatto trovato dimora esplicita nel d.lgs. 50/2016.

L'effetto più immediato della novella è stato quello di neutralizzare l'effetto omeostatico che autorevole dottrina attribuisce alle clausole generali (concetti giuridici indeterminati)³² ed al cui novero è certamente riconducibile, tanto nella sua originaria declinazione, quanto in quella attualmente in vigore, il tenore delle clausole revisionali invocate dal Legislatore in materia di appalti pubblici.

L'approccio rigoristico ha tuttavia disvelato la propria inadeguatezza in breve tempo all'insorgere di eventi che, connotati da straordinaria eccezionalità, hanno imposto di cercare rimedi immediati volti a salvaguardare proprio quelle necessità manutentive del rapporto le quali di fatto erano state sostanzialmente relegate, nel codice del 2016, all'ambito della collateralità ed eventualità.

Vi sono quindi tutte le ragioni per potersi chiedere quale sarebbe stata oggi, nell'ambito dei contratti pubblici, la disciplina della revisione e dell'adeguamento prezzi se non fossero intervenuti accadimenti dirompenti quali l'emergenza pandemica e l'evento bellico russo-ucraino, cui in effetti si deve gran parte del merito per la netta inversione di marcia che, in materia, si è avuto modo di registrare a partire dal 2020 e da ultimo nell'emanazione del D.Lgs. 36/2023 e del correttivo di cui al D.Lgs. 209/2024.

Attualmente, grazie ai citati eventi, godiamo di una normativa che è tornata a focalizzare la propria attenzione sull'esigenza di preservare l'equilibrio contrattuale delle commesse pubbliche e a fornire agli operatori strumenti adeguati – benché perfettibili – per far fronte ad evenienze sperequative.

Quanto possa durare l'attuale assetto normativo?

Chi può dirlo; di certo sappiamo che esso non durerà per sempre e, presto o tardi, verrà nuovamente reinterpretato e poi rivisto, nel continuo e ciclico tentativo di soddisfare bisogni e necessità del momento.

Il percorso e le logiche testé evidenziate, ad ogni modo, non devono stupire, tutt'altro; come già evidenziato nell'introduzione del presente studio, difatti, il Diritto è strumento dell'Uomo ed è naturale che esso si adatti, quand'anche con mutamenti netti e repentini,

³² S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in Riv. crit. dir. priv., 1, 1987, pp. 709ss. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 121.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

alle variabili esigenze del suo creatore; se così non fosse, l'Uomo ne sarebbe schiavo e tale evenienza, come trascorse esperienze ci insegnano, condurrebbe a derive tutt'altro che auspicabili.