

Modifiche del contratto e conservazione dell'equilibrio economico

Perché la scelta di questo tema?

È un tema complesso, che ha interessato il dibattito giurisprudenziale sia in vigore del d.lgs. 50/2016, sia a seguito della entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023. Si tratta, inoltre, di un tema su cui incidono fonti normative e giurisprudenziali sovranazionali e che ricerca un costante compromesso tra esigenze diverse: da un lato, la possibilità di apportare modifiche considerando la risoluzione del contratto, con tutte le conseguenze che comporta anche in termini di incremento dei costi per l'amministrazione e dilatazione dei tempi, una *extrema ratio*; dall'altra, la necessità di tutelare i principi dell'evidenza pubblica.

È un tema che pone un interrogativo di fondo.

La fase di esecuzione di un contratto può conoscere diversi avvenimenti che incidono sul profilo oggettivo o soggettivo del rapporto, avvenimenti che devono essere fronteggiati, anche attraverso una modifica del contratto, al fine di garantire il raggiungimento del risultato senza incidere sulla concorrenza e sul principio di parità di trattamento e senza che la suddetta modifica possa determinare un significativo squilibrio economico.

Ci si chiede, pertanto, quando una modifica è tale da bilanciare entrambe le esigenze sottese alla disciplina dei contratti pubblici.

La norma che disciplina le modifiche contrattuali è l'art. 120 che riprende il testo dell'art. 72 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

Nello specifico, analizzando brevemente la disciplina recata dalla suddetta norma, il primo comma dell'art. 120 prevede le modifiche definite dalla dottrina "non snaturanti" la struttura del contratto o dell'accordo quadro.

La lettera a) riguarda le ipotesi in cui le modifiche siano state espressamente previste nei documenti di gara iniziali.

La lettera b) riguarda la sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, purché ricorrano entrambe le condizioni descritte, ovvero ove un cambiamento del contraente

- 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici;
- 2) comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi.

Vorrei evidenziare brevemente due aspetti.

Il primo è che rispetto alla previgente disciplina che esemplificava i motivi tecnici 8rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti

esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale) la nuova formulazione lascia un margine di interpretazione più ampio.

La modifica non è irrilevante se letta nell'ambito del nuovo impianto codicistico e alla luce dei principi generali, tra cui il principio del risultato e il favor per la conservazione del rapporto contrattuale che permea anche l'art. 9 del Codice di cui parleremo successivamente.

Il secondo aspetto, collegato al primo, è che se da un lato vi è maggiore discrezionalità da parte della stazione appaltante nell'accertamento dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione, dall'altro occorre che la stazione appaltante dia adeguata motivazione in ordine al ricorso alla variazione contrattuale prevista dalla norma.

Tale motivazione non può limitarsi a fare un generico richiamo a **sopravvenute esigenze**; non può limitarsi ad indicare eventuali vantaggi di natura tecnica o economica derivanti dall'utilizzo dell'istituto dei lavori/servizi/ forniture supplementari, ma, in primo luogo, dovrà evidenziare la necessità di tali lavori supplementari; in secondo luogo dovrà specificare gli effettivi problemi o difficoltà cui si addiverrebbe ove si ricorresse ad una nuova procedura di affidamento, seguendo le regole concorrenziali e di evidenza pubblica.

Sul punto vi è anche un parere ANAC, il parere n. 34 del 09.09.2025, che richiama la giurisprudenza formatasi in relazione al vecchio codice, ma che è ancora attuale e secondo la quale (leggo testualmente) “il ricorso alla variazione contrattuale in esame, non può derivare da mere ragioni di opportunità per la stazione appaltante, quanto piuttosto dall'effettiva necessità di affidare le opere supplementari all'appaltatore iniziale, in quanto opere “funzionalmente connesse a quella originaria, che la integrino in quanto necessarie (per ragioni sopravvenute) ad assicurare quest'ultima”.

Quindi, possibilità di derogare alle regole dell'evidenza pubblica, ma motivazione circostanziata.

In ogni caso, l'art. 120 stabilisce che il contratto possa essere modificato per la necessità di lavori supplementari solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale.

La lettera c), modificata dal cd. Decreto Correttivo (d.lgs. 209/2024), prevede le modifiche ammesse per le varianti in corso d'opera, ovvero quelle modifiche resesi necessarie in corso di esecuzione dell'appalto per effetto di circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante.

Con il Correttivo, in particolare, sono state definite in maniera più dettagliata, anche recependo la giurisprudenza amministrativa, le circostanze imprevedibili:

- 1) le esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
- 2) gli eventi naturali straordinari e imprevedibili e i casi di forza maggiore che incidono sui beni oggetto dell'intervento;
- 3) i rinvenimenti, imprevisi o non prevedibili con la dovuta diligenza nella fase di progettazione;

4) le difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non prevedibili dalle parti in base alle conoscenze tecnico-scientifiche consolidate al momento della progettazione.

Si richiama anche il Considerando 109 della Direttiva 2014/24/UE, in forza del quale “Le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo. In questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto. Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. Tuttavia, ciò non si applica qualora una modifica comporti una variazione della natura generale dell'appalto, ad esempio sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso, oppure comporti un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato”.

L'Anac si è pronunciata spesso sulle varianti determinate da circostanze imprevedibili.

In particolare, ha evidenziato come in alcune ipotesi le perizie di variante non risultassero riconducibili a circostanze sopravvenute e imprevedibili, ma a scelte di riorganizzazione strutturale dovute a disfunzioni organizzative o a necessità di adeguamento progettuale.

Spesso, infatti, le perizie di variante si traducono in un'ampia serie di ottimizzazioni al progetto originario che hanno condotto a modifiche e integrazioni dell'opera originario, presentando profili di sostanzialità che hanno esteso notevolmente l'ambito di applicazione del contratto e modificato l'equilibrio economico dello stesso.

(Comunicato del Presidente ANAC del 16 aprile 2025).

Anche in tali ipotesi, ad ogni modo, l'eventuale aumento di prezzo non deve eccedere il 50% del valore del contratto iniziale.

Proseguendo nell'analisi dell'art. 120 d.lgs. 36/23, la lettera d) elenca le ipotesi di modifiche soggettive. Anche sul tema delle modifiche soggettive, esiste copiosa giurisprudenza, oltre a pareri ANAC.

Senza entrare nel merito di tali pronunce, mi preme soltanto evidenziare la maggiore apertura del nuovo codice, in conformità alla direttiva europea sopra citata (art. 72 della direttiva 24/2014/UE), alla possibilità che l'aggiudicatario subisca modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, senza che sia necessaria una nuova procedura di appalto.

A differenza del precedente art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, che faceva specifico riferimento a ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, l'art. 120

non contiene questa specificazione proprio recependo le indicazioni della giurisprudenza e dell'Autorità secondo cui le ristrutturazioni societarie in linea generale sono comprensive di tutte le operazioni societarie ritenute più idonee per garantire la prosecuzione delle prestazioni contrattuali a regola d'arte, comprese le cessioni e l'affitto di ramo d'azienda, con il limite delle condizioni poste dalla norma, ossia il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara anche in capo al soggetto subentrante e il divieto di modifiche sostanziali.

Ai commi 5, 6 e 7 è stata ridefinita la disciplina delle modifiche sostanziali e non sostanziali.

In particolare, anche con il comma 7 il legislatore ha inteso ampliare la portata delle varianti in corso d'opera guardando sempre al principio del risultato e alla necessità di realizzazione dell'opera pubblica.

Evidenzio che il MIT ha fornito parere (3517 del 03.06.2025) sull'applicabilità delle modifiche apportate all'art. 120 dal Correttivo ai contratti in essere.

Il MIT ha specificato che ai contratti già posti in essere alla data del 31 dicembre 2024 trovano applicazione le regole che hanno governato la fase ad evidenza pubblica di quel contratto. Pertanto, ai contratti in essere alla data di entrata in vigore del D. Lgs. n. 209 del 2024 continuano ad applicarsi le disposizioni dell'art. 120 senza le modifiche apportate dal correttivo.

Una delle maggiori novità della nuova disciplina riguarda la **rinegoziazione del contratto**.

A tal proposito, l'art. 120 richiama l'art. 9 rubricato "Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale".

Tale articolo prevede un diritto alla rinegoziazione in caso di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, tali da alterare l'originario equilibrio del contratto, e stabilisce che le stazioni appaltanti debbano favorire l'inserimento nel contratto delle clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara.

Vi è stato e vi è un fervente dibattito dottrinario in materia.

In primo luogo, i commentatori del nuovo codice hanno fatto un parallelismo con la gestione delle sopravvenienze nel Codice civile e in particolare con l'art. 1467 c.c.

Quest'ultima norma prevede quale rimedio generale in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta la risoluzione del contratto. Ovvero un rimedio demolitorio. Salva l'ipotesi in cui la parte contro la quale è domandata la risoluzione offra di modificare equamente le condizioni del contratto.

Al contrario l'art. 9 prevede, quale rimedio generale, la rinegoziazione del contratto e la riduzione proporzionale del corrispettivo quando la prestazione diventi in parte o temporaneamente inutile o inutilizzabile.

Dunque, mentre nel Codice civile non vi è un obbligo generale legale di rinegoziazione, il nuovo codice dei contratti pubblici lo ha inserito espressamente tra i principi generali,

introducendo un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – che è quello di realizzare in tempi celeri l'opera.

La stessa relazione illustrativa al Codice sottolinea come la tutela meramente demolitoria prevista dal Codice civile sia inadeguata a tutelare l'interesse pubblico che connota i contratti stipulati dalla p.a.

Inoltre, la medesima relazione specifica come la finalità della norma sia quella di circoscrivere la libertà dei contraenti: l'accordo di rinegoziazione non solo deve avere ad oggetto il mero ripristino dell'equilibrio contrattuale originario, ma deve essere volto a non alterarne la sostanza economica, in modo da evitare un'elusione delle regole della procedura ad evidenza pubblica.

Altra parte della dottrina ha fatto una riflessione sul concetto di equilibrio economico del contratto che dunque deve perdurare per l'intero ciclo di vita del contratto e che inevitabilmente lega la fase della esecuzione a quella della stessa programmazione.

Già in fase di programmazione la stazione appaltante deve valutare correttamente i costi e anche gli utili d'impresa attesi; deve definire attentamente i criteri di valutazione delle offerte tecniche e le formule per la valutazione delle offerte economiche. Alla stazione appaltante è poi chiesto uno sforzo ulteriore, quello di considerare non solo le condizioni economiche, normative e tecniche sussistenti al momento dell'avvio della procedura e della stipula del contratto ma anche la loro probabile evoluzione nel corso della vita del rapporto.

Ciò al fine di consentire agli operatori economici di presentare una offerta che sia effettivamente realizzabile e che possa sostenere anche future oscillazioni di mercato.

Dunque, l'assoluta novità del nuovo Codice dei contratti pubblici consiste nell'aver previsto un vero e proprio diritto per la parte svantaggiata dalle circostanze sopravvenute e imprevedibili alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali secondo buona fede.

Naturalmente, se vi è un diritto dell'appaltatore alla rinegoziazione secondo buona fede, nei limiti e alle condizioni previste dalla norma, vi è un corrispondente obbligo della stazione appaltante a rinegoziare.

Pertanto, tra le modifiche consentite dall'art. 120, finora viste, e la rinegoziazione cambia la funzione, perché, in questa seconda ipotesi, la rinegoziazione ha una funzione di riequilibrio contrattuale.

Il tutto, ancora una volta, si ricollega all'art. 1 del Codice e dunque al raggiungimento del risultato.

Criticità evidenziate da alcuni commentatori.

La norma contiene una specificazione: “la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali”.

Di conseguenza, se la parte accetta volontariamente il rischio di variazioni economiche durante l'esecuzione del contratto, il che rappresenta una scelta imprenditoriale, le resterebbe preclusa la rinegoziazione.

Tuttavia, mentre nei contratti di diritto privato, le parti del regolamento negoziale si trovano in una posizione di parità, nei contratti pubblici l'amministrazione è in una posizione di supremazia, in quanto è essa a dettare le regole del gioco.

Con la conseguenza che in alcuni casi l'assunzione volontaria del rischio sarebbe solo formale.

In questi casi, allora, come può essere tutelato l'operatore economico?

In sede interpretativa. Cioè le clausole di rinuncia alla rinegoziazione risulterebbero contrastanti con i principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

Per giurisprudenza unanime, la buona fede rappresenta un limite all'autonomia negoziale che impone alle parti di collaborare ai fini del raggiungimento del risultato, svolgendo una funzione integrativa delle obbligazioni contrattuali.

Tale principio, tra l'altro, è stato espressamente codificato all'art. 5 ma era già presente nel nostro ordinamento, in particolare nella sua accezione di buona fede oggettiva, cioè di regola di condotta che si traduce in un dovere di "comportamento secondo correttezza" ai sensi dell'art. 1175 c.c.

A questo punto, dobbiamo porci due domande:

- 1) Come si realizza, in concreto, il giusto equilibrio tra l'esigenza di adattare il contratto e il rispetto della concorrenza che connota la procedura di evidenza pubblica e anche la fase esecutiva, collegata alla prima? Ricordiamo anche che nel nuovo codice la concorrenza non è più un risultato da perseguire, ma lo strumento attraverso cui realizzare il risultato dell'affidamento al miglior offerente.
- 2) Se il giudice può intervenire sul riequilibrio contrattuale, qualora le parti non pervengano ad un accordo di rinegoziazione, potrebbe anche in una fase iniziale sindacare l'equilibrio originario del contratto?