

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO
3 / 2023

LUGLIO - SETTEMBRE

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

Fiorenzo Liguori e Pasquale La Selva

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-97

Il presente contributo esamina il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nei rapporti di durata tra diritto pubblico e diritto privato, con particolare attenzione ai contratti di appalto e di concessione. Lo scritto, pertanto, si pone l'obiettivo di indagare le questioni relative alle sopravvenienze e alla rinegoziazione dei contratti, esaminando le clausole di revisione prezzi e le modifiche contrattuali previste dal decreto legislativo n.36/2023.

The principle of preservation of contractual balance

This study delves into the concept of maintaining a balanced relationship in long-term contracts between public and private law, specifically in the context of procurement and concession contracts. The main objective of the paper is to explore the challenges related to unforeseen circumstances and contract renegotiation, while analyzing the clauses for price revision and contractual amendments outlined in legislative decree n. 36/2023.

Sommario: 1. Sopravvenienze e rinegoziazione nei rapporti di durata tra diritto pubblico e diritto privato.- 2. Contratti commutativi, alea e alterazione dell'equilibrio originario.- 3. La disciplina delle sopravvenienze e il diritto alla rinegoziazione nei contratti di appalto.- 4. Il trasferimento del rischio nei contratti di concessione.

1. Sopravvenienze e rinegoziazione nei rapporti di durata

tra diritto pubblico e diritto privato^[1]

Nei contratti delle pubbliche amministrazioni che regolano rapporti di durata (anche fisiologicamente lunga, come nel caso delle concessioni) gli incidenti di percorso in fase di esecuzione sono davvero comuni, in molti casi connessi con vicende complesse che è difficile prevedere in sede di aggiudicazione della gara e stipula del contratto: la stabilità del rapporto poggia così su presupposti che difficilmente riescono a reggere alla prova del tempo^[2].

Secondo l'impianto del Codice civile, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica la clausola *rebus sic stantibus*, espressiva del più ampio principio di buona fede^[3], viene declinata in termini risolutivi del contratto al sopraggiungere di un mutamento della situazione di fatto esistente al momento della sua stipulazione, sempre che tale mutamento abbia reso la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa. Solo in via eventuale, la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto^[4].

Il nuovo Codice dei contratti pubblici^[5] eleva invece a principio generale il *favor* per la conservazione del rapporto mediante il riconoscimento del diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali, il cui disequilibrio è determinato dal sopraggiungere di circostanze straordinarie e imprevedibili.

Le dinamiche dei pubblici interessi si ritiene presentino, in effetti, un indice di sopravvenienza tendenzialmente maggiore^[6] rispetto a quello dei rapporti tra privati e la presenza della pubblica amministrazione quale parte di un rapporto contrattuale di durata, in cui vi è un necessario componimento degli interessi pubblici e privati, portano a contemplare come ipotesi normale il riadattamento del rapporto, tutte le volte in cui ciò è possibile senza intaccare altri principi (anzitutto la *par condicio*).

Diversa è dunque la logica che ispira la disciplina in tema di sopravvenienze nel diritto privato dei contratti e nel diritto dei contratti pubblici: nel primo caso, l'esito normale è la risoluzione del contratto *ex art. 1467 c.c.* in ipotesi di eccessiva onerosità; nel diritto dei contratti pubblici, invece, come ora enuncia in via di principio l'art. 9, si tende a favorire la conservazione del rapporto.

Il Consiglio di Stato, delegato dal Governo per l'elaborazione dello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici, aveva, del resto, rilevato l'inadeguatezza di

una soluzione basata sull'integrale trasposizione delle regole civilistiche^[7] nei contratti che intervengono tra amministrazione e privati. Ora l'art. 9 del Codice si esprime in termini di diritto alla rinegoziazione, risolvendo in tale direzione la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili che possono determinare una sostanziale alterazione dell'equilibrio contrattuale; un diritto che si riconosce all'appaltatore ma avendo riguardo anche alle finalità di pubblico interesse nella logica del conseguimento del risultato^[8].

La consapevolezza circa l'inadeguatezza degli effetti sostanzialmente risolutivi apprestati dall'art. 1467 del Codice civile ma anche la necessità di far fronte con strumenti adeguati agli squilibri contrattuali evidenziata dalle recenti crisi^[9] sono dunque alla base della formulazione dell'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che contempla, in via di principio, un rimedio manutentivo del contratto nella logica della rinegoziazione. La codificazione del principio si pone, all'evidenza, l'apprezzabile intento di ridisegnare, in funzione del raggiungimento di un risultato conservativo ed utile, gli effetti delle sopravvenienze nei contratti pubblici. E tuttavia vi sono alcuni nodi da sciogliere.

In linea generale, è lecito esprimere qualche dubbio circa l'efficacia della tecnica legislativa basata sulla legalità debole dei principi nella prospettiva dell'accrescimento dell'efficienza e della celerità dell'azione amministrativa nell'ambito dei rapporti contrattuali. È certamente significativo che il risultato venga enunciato come principio cardine in cui si valorizza, per un verso, l'esercizio di poteri discrezionali e che allo stesso tempo richiede l'instaurazione di un dialogo tra le parti basato sulla fiducia, collaborazione e buona fede. E tuttavia, una tale indicazione potrebbe non essere sufficiente giacché comporta comunque per l'interprete, e dunque in prima battuta per l'amministrazione, la responsabilità di scegliere, nel dubbio, la strada che meglio ne assicuri il conseguimento^[10].

Quanto al principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale in sé considerato, anticipando qualcosa che verrà trattato in maniera più sistematica nei paragrafi successivi, si può cogliere un possibile elemento di criticità nel momento in cui si rende necessario coordinare l'indistinto riconoscimento di una posizione giuridica di diritto soggettivo alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali, con il suo condizionamento al sopravvenire di eventi indicati dalla norma, come le circostanze straordinarie e imprevedibili

estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato: concetti che richiedono specificazioni, non meno dell'alterazione rilevante dell'equilibrio originario del contratto. Una volta decifrata l'esatta portata delle diverse espressioni indeterminate utilizzate dalla norma, bisogna poi comprendere se esista un dovere per le stazioni appaltanti di specificarle in termini chiari ed inequivocabili e se, in mancanza, l'attività interpretativa comporti, in sede di applicazione al caso di specie, una componente creativa ovvero volitiva. Per stabilire se si tratti o meno di un vero e proprio diritto alla rinegoziazione occorre, in altre parole, stabilire necessariamente se tra la pretesa del privato e la sua concreta realizzazione vi sia, nel mezzo, l'esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione e quale sia il suo contenuto.

Il diritto alla rinegoziazione va poi relazionato al suo fine, ossia il riequilibrio. A seconda che strumento contrattuale utilizzato sia l'appalto o la concessione, in dipendenza del diverso peso della componente di rischio presente nell'una e nell'altra ipotesi, cambierà l'oggetto della rinegoziazione e potrebbe cambiare anche la posizione giuridica soggettiva dell'operatore economico che invoca l'attivazione dei rimedi voluti dall'art. 9 del Codice.

2. Contratti commutativi, alea e alterazione dell'equilibrio originario

Il principio contenuto nell'art. 9 del Codice dei contratti pubblici trova applicazione nei contratti di durata, i quali comportano per loro natura l'assunzione volontaria di un rischio provocato da sopravvenienze. Secondo il dettato dell'art. 9, comma 1, le sopravvenienze «*straordinarie e imprevedibili*» che incidono sull'equilibrio del contratto devono essere estranee alla «*normale alea*» che caratterizza i contratti commutativi, tra i quali va annoverato l'appalto pubblico^[11].

Il concetto di "normale alea" non è richiamato dall'art. 9 quale elemento costitutivo della categoria dei contratti aleatori e va invece inteso come una componente ineliminabile tipica dei contratti commutativi.

Secondo una nota impostazione il contratto è aleatorio quando il rapporto fra l'entità del vantaggio e l'entità del rischio al quale le parti contraenti si espongono non è noto, certo e valutabile all'atto della stipula^[12]; secondo altri, il rischio che si

verificherà nel corso degli eventi, sarebbe proprio l'oggetto del contratto aleatorio^[13]; secondo altri ancora, il vantaggio che un singolo contraente può trarre dal contratto aleatorio dipende da elementi estrinseci rispetto al contenuto dello stesso^[14]. Una ulteriore ricostruzione attribuisce al concetto di alea carattere metagiuridico: un rischio di carattere economico senza equivalente^[15], che dunque non dipenderebbe da regole propriamente giuridiche.

Per contratto commutativo si intende invece il contratto nel quale la valutazione del rispettivo sacrificio (o vantaggio) possa farsi, da ciascuna delle parti, all'atto stesso in cui il contratto si perfeziona, in modo tale che ciascuna sappia in anticipo l'entità economica del rischio^[16].

Per "normale alea", alla quale si riferisce l'art. 9 del Codice dei contratti pubblici, si deve intendere dunque, l'area ineliminabile di rischio^[17] economico – tipico dei contratti commutativi – valutato prima della stipula del contratto.

3. La disciplina delle sopravvenienze e il diritto alla rinegoziazione nei contratti di appalto

In tema di eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto a esecuzione continuata o periodica, se si guarda alla struttura complessiva dell'art. 9 del Codice, si può notare un sovertimento delle disposizioni contenute nell'art. 1467 c.c.^[18]; mentre la disciplina privatistica detta la regola generale della risoluzione del contratto, fatta salva la eventuale richiesta di una delle parti di modificarne equamente le condizioni al fine di mantenere in vita il rapporto, l'art. 9 riconosce, invece, il diritto alla rinegoziazione in caso di sopravvenienze e il diritto alla riduzione proporzionale del corrispettivo secondo le regole civilistiche dell'impossibilità parziale allorquando la prestazione diventi inutile o inutilizzabile.

Il rinvio agli artt. 60 e 120 sulla revisione dei prezzi^[19] e sulla modifica del contratto in corso di esecuzione rivela ancor di più la volontà del legislatore di delineare un rapporto bilaterale basato sul riconoscimento del diritto al riequilibrio del contratto in presenza di presupposti da accertare in termini oggettivi. L'art. 60 ora prevede l'obbligo – non più la facoltà – di inserire clausole di revisione prezzi (nella documentazione di gara) 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 monetario, senza necessità di avviare

nuove procedure di aggiudicazione in presenza di «*clausole chiare, precise e inequivocabili*» nei documenti di gara; oltre che in caso di sopravvenienze non prevedibili, elencate dalla disposizione.

Dopo tutto, la disposizione sulle modifiche previste nella documentazione iniziale di gara trae fondamento dal Considerando 111 della Direttiva 2014/24/UE, in cui si prende atto del fatto che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche mediante clausole di revisione o di opzione, senza ricorrere all'esercizio di poteri discrezionali.

Nella disciplina previgente non era presente una tale distinzione tra la disciplina in materia di revisione dei prezzi e la disciplina in materia di modifiche dei contratti: nel d.Lgs. n. 50/2016, l'inserimento di clausole di rinegoziazione e di revisione dei prezzi era facoltativo e la relativa disciplina era raccolta in un'unica disposizione (art. 106, comma 1, lett. *a*), mentre nel Codice di cui al d.Lgs. n. 163/2006, l'art. 115 prevedeva, invece, l'obbligo di inserimento di tali clausole direttamente nel contratto, ma per i soli contratti di servizi o forniture, escludendo, di conseguenza, la possibilità di revisione dei prezzi nei contratti di appalto anche mediante l'applicazione delle regole civilistiche ^[20].

Nella disciplina attuale invece, ad una prima lettura coordinata degli artt. 9, 60 e 120 del Codice dei contratti pubblici ^[21], sembrerebbe riconosciuta una posizione giuridica soggettiva di vero e proprio diritto alla conservazione dell'equilibrio contrattuale. Ma qualche dubbio può comunque sorgere rispetto all'ipotesi in cui l'amministrazione non specifichi ulteriormente rispetto al codice nella sede contrattuale ^[22] le vicende che alterano l'equilibrio del sinallagma: i concetti di "circostanze straordinarie e imprevedibili" e di alterazione rilevante dell'equilibrio originario del contratto hanno, in effetti, l'ampia portata tipica delle clausole generali ^[23]. In questi casi l'amministrazione, secondo una certa lettura ^[24], sarebbe chiamata ad esprimere un giudizio in cui potrebbe ravvisarsi una scelta discrezionale tra soluzioni interpretative alternative tutte parimenti valide. Una tale visione potrebbe in particolare trovare spazio con riguardo a quelle ipotesi di modifica del contratto delineate dall'art. 120 e diverse dalla revisione prezzi, le quali raccolgono un ventaglio più ampio di sopravvenienze.

Il disequilibrio cui si riferisce il principio ha, in effetti, una connotazione anche giuridica, atteso che attiene al rapporto sinallagmatico complessivamente considerato. È vero, infatti, che il disequilibrio è determinato da fattori

metagiuridici come la straordinaria fluttuazione economica, con riguardo ai quali l'attività richiesta è di accertamento o al più di valutazione di fatti^[25], ma la valutazione della sua rilevanza può non esaurirsi nei termini di un apprezzamento puramente tecnico-economico, bensì implicare anche una valutazione sulla sproporzione tra le rispettive prestazioni stabilite nel contratto secondo un comune canone di apprezzamento. Un compito che il giudice è comunemente chiamato a svolgere ma che in questo caso sarebbe rimesso – e sta qui la particolare complessità del profilo – alla pubblica amministrazione^[26].

Il Codice sembra, comunque, orientato a richiedere la specificazione di questi concetti, con un integrale esaurimento della discrezionalità amministrativa^[27] in sede di predisposizione delle regole di gara, sia per le «*condizioni oggettive*» che determinano la revisione dei prezzi (art. 60) che per le altre ipotesi che legittimano le modifiche (art. 120) e che sono dettagliate dall'art. 120 o vanno «*previste in clausole chiare, precise e inequivocabili*»; per modo che, quello che si concepiva come un interesse legittimo del privato al riequilibrio del sinallagma del contratto, è ora inquadrato come una vera e propria pretesa all'adempimento della clausola contrattuale. Un diritto soggettivo^[28], così lo qualifica l'art. 9 con una scelta lessicale che appare coerente con il contenuto effettivo della posizione giuridica se si considera che sia l'*an* che il *quantum* della pretesa vanno compiutamente disciplinati *ex ante*.

Le stazioni appaltanti, nell'applicare le nuove disposizioni in materia di revisione dei prezzi e di rinegoziazione del contratto, dovranno dunque anzitutto completare i precetti legislativi con riferimento al rapporto specifico, e poi applicarli mediante atti che non dovrebbero presentare contenuti discrezionali, poiché ogni valutazione di tale natura deve essere svolta in sede di fissazione unilaterale delle regole del rapporto^[29].

Il principio del riequilibrio contrattuale, per come è formulato dall'art.9, è rivolto non solo - come lo sono gli altri principi dettati dal Codice - ad orientare l'esercizio in concreto della accresciuta discrezionalità delle stazioni appaltanti, ma anche e soprattutto a richiedere ad esse, coerentemente con quanto la Direttiva 2014/24/UE prescrive al considerando 111, 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".

In un tale quadro l'appaltatore è titolare di una pretesa all'adempimento di una prestazione già puntualmente descritta nel contratto e dunque l'eventuale giudizio avrà ad oggetto l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo^[30].

È, perciò, la stessa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di revisione del prezzo^[31] nonché, in generale, per le questioni attinenti la rinegoziazione del sinallagma in presenza di una disciplina legale e contrattuale completa delle sopravvenienze, ad apparire oggi di problematica giustificazione: in ipotesi di richiesta di revisione o di rinegoziazione disciplinata in clausole chiare e precise si fa luogo all'accertamento di un diritto, e la sua mancata attuazione (così come l'eventuale mancato riscontro alla richiesta di revisione) integra una condotta dell'amministrazione di inadempimento contrattuale. Del resto, l'impianto del nuovo art. 120 del Codice dei contratti pubblici non riconosce più al soggetto istante soltanto un diritto ad ottenere una risposta, ma anche (al comma 8) il potere di agire direttamente in giudizio per ottenere l'applicazione delle clausole del contratto e il conseguente adeguamento del sinallagma all'equilibrio originario con evidenti risvolti obbligatori, comprese le conseguenze in ordine alla responsabilità dell'amministrazione per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione^[32].

La giurisdizione esclusiva non dovrebbe comportare, è noto, una speciale riserva in capo al giudice amministrativo, bensì limitarsi ad attribuire la possibilità per quest'ultimo di conoscere questioni che investono anche i diritti soggettivi dei privati, sempre che sia presente un esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione^[33]. Se questo potere non c'è – e, nel sistema delineato in via di principio dall'art. 9, non sembra possa esservi – la giurisdizione amministrativa ancorché esclusiva, non avrebbe, a rigore, ragion d'essere. La lettura proposta non pare nemmeno collidere con il dettato di cui all'art. 133, comma 1), lett. e), n. 2), ove per la sussistenza della giurisdizione esclusiva non si chiede solo l'esistenza di una clausola di revisione del prezzo (la cui giurisdizione apparterebbe, altrimenti, al giudice ordinario), ma anche l'esistenza del «*relativo provvedimento applicativo*»: da una tale disposizione si può desumere infatti la necessità di una manifestazione del potere da parte della pubblica amministrazione, che non vi sarà nell'ipotesi in cui la clausola sia, come il codice richiede, di per sé, precisa e direttamente applicabile.

4. Il trasferimento del rischio nei contratti di concessione

Se per i contratti di appalto la formulazione del principio di riequilibrio contrattuale di cui all'art. 9 del Codice opera un espresso rinvio alle disposizioni sulla revisione dei prezzi e sulla modifica dei contratti in corso di esecuzione, altrettanto non accade per i contratti di concessione, per i quali vige una disciplina specifica sia per le modifiche del contratto durante il periodo di efficacia, sia per la loro revisione.

Stante il mancato rinvio dell'art. 9, comma 5, alle disposizioni sulla modifica dei contratti durante il periodo di efficacia (art. 189) e alla revisione dei contratti di concessione (art. 192) – le cui formulazioni semantiche, peraltro, non sono dissimili dalle disposizioni analoghe in materia di appalti – si potrebbe ritenere che i concessionari non siano titolari *ex lege* di un diritto soggettivo alla rinegoziazione delle condizioni del contratto.

La ragione di una tale scelta del legislatore potrebbe rinvenirsi nella consapevolezza della peculiare rilevanza pubblicistica della fase di esecuzione del contratto di concessione, che vede la permanenza di poteri autoritativi in capo alla pubblica amministrazione concedente.

Nondimeno, anche nel caso dei contratti di concessione possono sopraggiungere sopravvenienze che incidono sull'equilibrio del rapporto di lunga durata, ma ad essere oggetto di rinegoziazione non è più – almeno nella maggioranza dei casi – l'equilibrio del sinallagma contrattuale, bensì l'equilibrio economico-finanziario, rispetto al quale assume un ruolo centrale l'allocazione del rischio operativo^[34].

Prima di procedere all'analisi delle disposizioni del nuovo Codice in materia di sopravvenienze nei contratti di concessione sembra opportuno chiarire preliminarmente il concetto di “rischio operativo” e di “trasferimento” del rischio in capo al concessionario. Il chiarimento è utile sia per comprendere come (e soprattutto perché) si passi dal riequilibrio delle condizioni del contratto nei contratti di appalto al riequilibrio delle condizioni economico-finanziarie nei contratti di concessione, sia per comprendere il valore del “rischio operativo” nelle concessioni, che assume un ruolo differente rispetto al “rischio di mercato” cui l'art. 9 del Codice genericamente si riferisce.

Mentre nel Codice non è presente una definizione di “rischio di mercato”, per il concetto di “rischio operativo” emergono, invece, differenze sostanziali tra le

previsioni della Direttiva 2014/23/UE e le disposizioni di diritto interno, che si rinvergono essenzialmente nella diversa struttura economica dell'operazione: mentre nella Direttiva il rischio – che costituisce «*la caratteristica principale di una concessione*»^[35] – rappresenta il diritto di gestire un lavoro o un servizio nell'incertezza circa la possibilità di recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti, nel nuovo Codice, anche se la definizione resta invariata, all'assunzione del rischio è stata aggiunta e fa da contraltare, invece, la sostenibilità e bancabilità degli investimenti^[36], al fine di tutelare l'assetto degli interessi dedotto nel contratto – ivi compreso l'interesse pubblico – mediante la garanzia della conservazione dell'equilibrio economico-finanziario.

Nella disciplina europea, pertanto, il rischio viene interamente allocato in capo all'operatore economico, mentre nella disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici la serietà dell'operazione diventa un problema non solo del concessionario, che dovrà recuperare i propri investimenti, ma anche dell'amministrazione concedente la quale, in fase di selezione del miglior contraente, pure si farà carico di valutarne la fattibilità. Il legislatore in sede di recepimento ha inteso, mediante tale precisazione, mitigare quel rischio del concessionario, spostando il fondamento dell'istituto sull'equilibrio economico-finanziario affinché possa garantirsi la continuità del servizio nel tempo^[37].

Rapportando così l'elemento del rischio alle categorie contrattuali come precedentemente individuate, si può notare come questo compaia nei contratti di concessione al nuovo art. 177 del Codice nella forma di un rischio sia sul lato della domanda che sul lato dell'offerta al quale il concessionario si espone in condizioni operative normali, mentre il concetto di rischio non emerge né nella definizione di contratto di appalto^[38], né nelle disposizioni di cui agli artt. 60 (sulla revisione dei prezzi) e 120 (sulla modifica degli appalti in corso di esecuzione).

L'elemento del rischio, essendo «*rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione*»^[39], costituisce, dunque, il *proprium* di tale modello, a differenza che per l'appalto.

La distinzione tra rischio operativo e rischio di mercato risulta così delineata: mentre il primo è elemento fondante delle concessioni, il secondo integra quell'area ineliminabile di rischio che caratterizza i contratti commutativi. Mantenendo l'invariante delle sopravvenienze nei rapporti di lunga durata, bisogna pertanto distinguere il rischio operativo, che ha connotazione puramente

economico-finanziaria ed assume valore nei soli contratti di concessione, dal più generale rischio di mercato che può incidere, invece, anche sui contratti di appalto.

Il concessionario, come ridetto, assume un rischio diverso ed ulteriore rispetto a quello che è chiamato a sopportare l'appaltatore^[40]. In considerazione di ciò, e tenendo conto che nei contratti di concessione sono presenti poteri di natura pubblicistica anche in fase di esecuzione della commessa, la posizione giuridica soggettiva del concessionario rispetto alla rinegoziazione parrebbe presentare caratteristiche di più agevole assimilabilità all'interesse legittimo che al diritto soggettivo. E tuttavia sembra possibile, a determinate condizioni, riconoscere in capo al concessionario una posizione di diritto soggettivo: ciò accadrà quando l'amministrazione non esercita in concreto poteri di natura discrezionale, perché ogni spazio autenticamente discrezionale si è esaurito dopo l'inserimento della clausola nel contratto. Il verificarsi di una tale ipotesi è favorito dall'art. 189 del Codice sulla modifica dei contratti di concessione durante il loro periodo di efficacia in cui, similmente a quanto previsto nell'art. 120 sulla modifica dei contratti di appalto in corso di esecuzione, è presente una elencazione dei casi nei quali è possibile modificare le concessioni senza una nuova procedura di aggiudicazione. Del resto, la dizione «*diritto alla rinegoziazione*» utilizzata dal codice accomuna appalti e concessioni.

Valgono, dunque, le medesime considerazioni esposte nei paragrafi precedenti: in tutti quei casi nei quali vi siano all'interno del contratto «*clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi*» è da riconoscere al concessionario una posizione giuridica di diritto soggettivo, posto che il concedente è chiamato unicamente ad accertare la sussistenza di condizioni oggettive che comportano la modifica del contratto.

Nel caso in cui le clausole del contratto non siano chiare possono comunque trovare diretta applicazione le disposizioni dell'art.189 del Codice sulla modifica dei contratti di concessione, mediante una attività interpretativa che, tenendo conto della concreta dinamica delle sopravvenienze, può portare alla rinegoziazione del rapporto^[41].

L'art. 192 del Codice ammette, inoltre, la revisione del contratto di concessione al verificarsi di sopravvenienze che incidono in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione. Per quanto il risultato finale che l'art. 192

si pone sia la revisione del contratto, nel caso delle concessioni oggetto di rinegoziazione non è più l'equilibrio contrattuale (inteso quale equilibrio del sinallagma) di cui all'art. 9, bensì l'equilibrio economico finanziario della commessa.

L'art. 177, comma 5, del Codice chiarisce che l'equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio.

La definizione di equilibrio economico-finanziario è costruita intorno a quella di rischio operativo, ed entrambe sono volte alla ricerca della continua stabilità del rapporto, come pure emerge dal dettato dell'art. 192 che contiene una chiara indicazione di favore alla conservazione del rapporto contrattuale.

La revisione dell'equilibrio economico-finanziario interviene, però, solo al verificarsi di eventi oggettivamente straordinari, non prevedibili al momento della stipula del contratto, che esulano dagli eventi riconducibili nell'area del normale rischio che il concessionario si è assunto e che non sono scaturiti dalla condotta di quest'ultimo. È possibile procedere alla revisione, dunque, solo all'esito dell'accertamento e seguente valutazione dell'esistenza di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, mediante un'operazione di accertamento delle circostanze che hanno determinato il disequilibrio^[42]. L'equilibrio economico-finanziario rappresenta un concetto metagiuridico, rispetto al quale l'amministrazione è chiamata a compiere una valutazione sulla sua portata e sui suoi effetti, ma la sua definizione non è in sé espressione di un potere autenticamente discrezionale. L'attività che l'amministrazione compie dopo aver interpretato un concetto metagiuridico consiste, in effetti, nell'accertare la circostanza che ha determinato il disequilibrio dal punto di vista economico-finanziario, e dunque si sostanzia nell'applicazione di regole tecniche elaborate nelle scienze economiche.

Va comunque separata - in termini concettuali e di trattamento giuridico - la fase cognitiva del fatto dalla successiva fase valutativa (non del fatto in sé dal quale è originato il disequilibrio, ma) dell'interesse pubblico, nell'ambito della quale l'amministrazione dovrà pur sempre scegliere la soluzione più ragionevole tra il disporre la revisione del contratto e garantire la continuità del pubblico servizio, oppure non provvedere alla revisione per ragioni di risparmio di spesa^[43] e avviare

una nuova gara per l'individuazione di un nuovo concessionario. All'accertamento-valutazione del fatto (caratterizzato da un grado di elevata tecnicità) segue la valutazione della migliore scelta volta alla tutela dell'interesse pubblico: la presenza di una componente di scelta di natura discrezionale, mentre non consente di considerare indistintamente (e richiede di trattare diversamente anche in un eventuale giudizio) la fase che attiene alla cognizione del fatto e il successivo esercizio della discrezionalità, appare incompatibile con la configurazione di un obbligo di revisione delle condizioni economico-finanziarie della concessione e, correlativamente, di un diritto pieno in tal senso del concessionario.

L'art. 192 del Codice ha dunque disciplinato uno strumento mediante il quale si attribuisce al concedente il potere, con evidenti risvolti doverosi, di procedere, su richiesta del concessionario o anche d'ufficio, alla revisione del contenuto del contratto al fine ristabilire le originarie condizioni dell'equilibrio economico-finanziario, modificato da fatti imprevedibili. L'impianto normativo non prevede, in questo caso, un obbligo in capo all'amministrazione di concludere un accordo, ma unicamente un obbligo in capo alle parti di instaurare, nell'ottica della buona fede^[44] e della leale collaborazione, delle trattative per addivenire alla formazione di un accordo; l'amministrazione dovrà valutare, in relazione all'interesse pubblico da perseguire e in contraddittorio con il concessionario, se accordare o meno le misure di revisione richieste^[45], assumendo scelte ispirate a nuovi principi di un Codice che pare comunque compiere un ulteriore passo in avanti verso una graduale diminuzione delle distanze, almeno in termini di garanzie e tutele, tra interesse legittimo e diritto soggettivo^[46].

1. I paragrafi 1 e 3 sono stati redatti da F. Liguori, mentre i paragrafi 2 e 4 da P. La Selva.
2. E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. Giur. Edil.*, 4, 2022, p. 289.
3. Che da qualche tempo è divenuta regola di condotta generale dell'azione amministrativa con l'introduzione del comma 2-bis all'art. 1 della l. n. 241/1990, ed ora dell'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici. Sul concetto di buona fede in dottrina si veda F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica*

- storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Cedam, Padova, 2003, pp. 471-480; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005. Tra i civilisti, in tema di obblighi di negoziazione e buona fede si veda F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Gius. civ.*, 3, 2014, pp. 825-865.
4. In altri ordinamenti, anche nei rapporti tra privati, la buona fede viene declinata in direzione della necessità di una rinegoziazione. Cfr. C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 166.
 5. D.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della l. n. 78/2022, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici).
 6. F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1, 1993, p. 36, il quale osserva che «la dinamica degli interessi pubblici presenta un indice di sopravvenienza tendenzialmente maggiore, che non la dinamica dei rapporti fra privati, mentre l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico sopravvenuto esclude che possano essere posti quei limiti all'applicazione della clausola *rebus sic stantibus* che i codici, compreso quello italiano, pongono a tutela dell'opposto principio della stabilità dei rapporti fra privati».
 7. Nella "Relazione agli articoli e agli allegati" dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici elaborato dal Consiglio di Stato si legge, a p. 24, che le finalità di pubblico interesse presenti nei contratti pubblici escludono la «possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche» e rendono necessario «il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela gli operatori economici». Anche nel recente studio di F. Goisis, P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. Amm.*, 1, 2023, spec. p. 99, si prende atto dell'inadeguatezza dello strumento della caducazione del contratto ex art. 1467 c.c.. In tema, con riferimento specifico agli accordi ex art. 11 si rinvia alle notazioni di A. Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 1993, pp. 298-334, e in particolare p. 323 e ss. sulla necessità di esperire la strada della rinegoziazione prima di procedere, ove questa fallisca, alla risoluzione unilaterale.
 8. In tema cfr. M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 49-78, spec. p. 76.
 9. Come la pandemia da Covid-19, la recente guerra in Ucraina e la conseguente crisi economica e sociale. Sul punto si veda A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2023, p. 146.
 10. Sembra infatti che un'amministrazione impaurita e anche tecnicamente poco attrezzata continuerà ad avere, malgrado l'introduzione dei nuovi principi, difficoltà a decidere presto e bene quando le regole da seguire in concreto non siano sufficientemente delineate.
 11. Si veda E. Boscolo, *Stabilità e adattamento*, cit., p. 291.

12. F. Messineo, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 922.
13. A. Boselli, *Le obbligazioni fondamentali nel contratto aleatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 596 e ss.
14. G. Osti, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, pp. 495 e ss.
15. A. Pino, *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. dir. civ.*, 1960; F. Messineo, voce *Contratto*, cit., pp. 923-924.
16. Si richiama ancora una volta F. Messineo, voce *Contratto*, cit., p. 925.
17. Tra i civilisti parlano di rischio proprio di qualsiasi contratto commutativo M. Zaccheo, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo*, 1, 2021, pp. 1-22; E. Gabrielli, *Alea e teoria del contratto. Una visione italiana*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2020, pp. 167-180.
18. Ritengono direttamente applicabile la disciplina sulla rinegoziazione di cui all'art. 1467 c.c. ai contratti della pubblica amministrazione F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Dir. econ.*, 3, 2020, pp. 13-34; G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2018, p. 623.
19. La relativa disciplina nell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione, un tempo ispirata a principi significativamente difformi in senso favorevole alle imprese rispetto alle previsioni nell'art. 1664, comma 2, c.c. secondo il quale il rischio, almeno per quanto riguarda gli effetti dell'inflazione, deve essere sopportato dall'appaltatore (in tema cfr. M. Zoppolato, A. Comparoni, *Revisione dei prezzi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 67 e ss.) è stata peraltro più volte rimaneggiata anche a causa dell'uso distorto che se ne faceva. L'art. 133, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 ha, in particolare, previsto il sistema del c.d. "prezzo chiuso" per la revisione dei prezzi nei soli contratti di lavori. Secondo tale meccanismo i prezzi al netto del ribasso d'asta dovevano essere aumentati di una data percentuale stabilita ogni anno con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti qualora la differenza tra il tasso di inflazione reale e quello programmato nell'anno precedente fosse stato superiore al due per cento. La regola del prezzo chiuso non è stata riproposta nel d.lgs. n. 50/2016, ove si è invece previsto un meccanismo facoltativo di revisione dei prezzi per i lavori, per i servizi e per le forniture. In presenza di apposite clausole di revisione dei prezzi, la modifica si produce secondo le variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti, senza alterare la natura del contratto. Cfr. A. Cianflone, V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 1969 e ss. Nella disciplina attuale, la revisione dei prezzi di cui all'art. 60 è diretta espressione dell'art. 9; anche l'art. 120 sulle modifiche dei contratti in corso di esecuzione è espressione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, ma a differenza di quanto disposto dalla precedente codificazione (art. 106 d.lgs. n. 50/2016) la revisione dei prezzi è oggetto di una disposizione a parte (art. 60) e non è più ricompresa nell'ambito della disposizione che abbraccia le diverse fattispecie specifiche tipiche che legittimano la modifica del contratto in corso di esecuzione senza ricorrere a una nuova gara.
20. L'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006 così recitava: «*Tutti i contratti ad esecuzione periodica o*

continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5», mentre l'art. 133, comma 2 del medesimo decreto prevedeva categoricamente che «per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti non si può procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'articolo 1664 del codice civile».

21. L'art. 9, comma 4, del Codice dei contratti pubblici prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento del contratto di clausole di rinegoziazione. L'art. 60, comma 1, dispone invece che «nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi», mentre l'art. 120 del Codice prevede l'inserimento di clausole chiare e precise per quanto attiene la revisione prezzi e per le modifiche al contratto in corso di esecuzione (comma 1, lett. a), mentre per il resto della casistica riportata nella disposizione potrebbe anche permanere, in alcuni casi, la facoltà dell'amministrazione di valutare i casi in cui sia possibile consentire una modifica successiva al contratto.
22. Una tale eventualità pare peraltro collidere con l'impostazione seguita dal Codice sia nella parte in cui qualifica come diritto la pretesa alla rinegoziazione, sia nella parte in cui richiede che ogni revisione sia il frutto di clausole chiare, precise e inequivocabili. In tema F. Goisis, P. Pantalone, *La revisione dei prezzi*, cit. 409.
23. Per alcuni studi recenti sulle formulazioni indeterminate delle norme si può rinviare a M. Clarich, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Edizioni ETS, Pisa, 2021 e S. Perongini, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento*, in *P.A. Pers. e Amm.*, 1, 2018, pp. 59-70.
24. Ad esempio, M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ.*, 2, 2022, p. 82, ravvisa la presenza di poteri pubblicistici anche nella revisione dei prezzi.
25. Sulle valutazioni tecniche e sul loro carattere tendenzialmente non riservato la letteratura è vastissima. In tema, anche per gli essenziali riferimenti, si può vedere F. Liguori, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»*, in *Nomos*, 1, 2022.
26. «Nel diritto amministrativo, la sussunzione del fatto concreto nella clausola generale posta a livello di fattispecie normativa è operata in prima battuta da un soggetto (la pubblica amministrazione) che è di norma esterna ai rapporti interpretati regolati da clausole generali e rispetto al quale il giudice opera per così dire in seconda battuta. Questo introduce un elemento di complessità che spiega le incertezze in dottrina e le oscillazioni giurisprudenziali». Così M. Clarich, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 41.
27. Di esaurimento del “potere di supremazia dell'amministrazione” nei vincolanti parametri contrattuali parla, ad esempio, Cons. St., 7 luglio 2022, n. 5651. Una delle caratteristiche del nuovo Codice è peraltro comunemente individuata nell'ampliamento dei poteri discrezionali delle amministrazioni, ma nel caso di cui ci stiamo occupando la preoccupazione legata al rispetto della *par condicio* ha evidentemente consigliato soluzioni

- molto più caute. Sulla necessaria ponderazione tra principi che valorizzano la discrezionalità amministrativa e gli altri principi del Codice si veda M. Ramajoli, *I principi generali*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 45-48, spec. p. 46.
28. F. Goisis, P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici*, cit., p. 109, osservano che dinanzi a clausole contrattuali certe ed univoche non potrà che riconoscersi in capo al privato una posizione di diritto soggettivo alla revisione, sia perché la posizione nasce da un contratto di diritto privato, sia perché la posizione di vantaggio non potrà più essere soggetta all'altrui valutazione discrezionale.
29. Si tratta di una attività di attuazione di principi e di standard valutativi come descritta da A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 381 e ss. Come poi ricorda L. Nivarra, *Clausole generali/standard valutativi nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Europa e dir. priv.*, 4, 2022, p. 752, si può dire che «il compito fondamentale dello standard sia quello dell'adeguamento della norma al fatto». Sulla differenza tra attività interpretativa e attività discrezionale si veda, tra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1984, p. 478, il quale rimarca la differenza tra l'attività amministrativa di attuazione della legge, che è in teoria pienamente conoscibile, e l'attività amministrativa discrezionale che non è in teoria conoscibile nella sua interezza. Più di recente, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 57, ricorda che l'attività interpretativa può essere controllata in maniera completa utilizzando i criteri dell'ermeneutica giuridica e si differenzia dall'attività discrezionale, sindacabile mediante la tecnica dell'eccesso di potere e una valutazione di tipo estrinseco in termini di ragionevolezza. È appena il caso di ricordare che, tuttavia, la distinzione tra attività interpretativa e attività discrezionale non è sempre agevole e che, in diritto amministrativo, la questione è complicata, come già ricordato, dal fatto che le norme indeterminate vengono applicate in prima battuta dall'amministrazione e non dal giudice, come in diritto privato.
30. Cfr. Cass. civ., s.u. 8 febbraio 2022, n. 3935, che rinnova un orientamento già espresso nelle pronunce 12 ottobre 2020, n. 21990, 1° febbraio 2019, n. 3160, e 19 marzo 2009, n. 6595. Le S.U. distinguono i casi in cui la disciplina contrattuale contenga previsioni direttamente applicabili anche sull'*an* rispetto ai casi in cui «l'esercizio di un potere di supremazia in capo all'ente appaltante ... è estrinsecazione di un potere discrezionale che questo pone in essere attraverso l'attività istruttoria postulata dalla norma e che degrada l'esercitata pretesa nella fase procedimentale corrispondente al mero rango di interesse legittimo». Per un confronto con il diverso orientamento del giudice amministrativo, *ex multis* Cons. St., 6 settembre 2022, n. 7756; Id., 22 giugno 2018, n. 3827; T.A.R. Campania-Napoli (sezione I), sentenza del 22 dicembre 2022, n. 8016; T.A.R. Lazio-Roma (sezione III), sentenza del 10 ottobre 2022, n. 12806; Id., n. 8752/2017, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un quadro completo del panorama giurisprudenziale si può rinviare alla ricostruzione di R. Berloco, *Sopravvenienze e appalti*

di lavori pubblici: la revisione dei prezzi tra interesse legittimo e diritto soggettivo, in *Riv. trim. app.*, 1, 2023, pp. 77-106.

31. Sia consentito rinviare a F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, spec. p. 82, in cui già si era espressa qualche perplessità sulla scelta del legislatore di riservare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative all'adeguamento e alla revisione dei prezzi. Le disposizioni, allora, e ancor più adesso, non sembrano configurare (se strettamente osservate da parte dell'amministrazione) alcun potere autoritativo quanto piuttosto delineare un rapporto bilaterale basato sul necessario riconoscimento del diritto in presenza di presupposti da accertare in termini oggettivi.
32. Il riferimento è al già menzionato comma 8 dell'art. 120 del Codice, le cui formulazioni semantiche (tra cui rilevano in particolar modo «*il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'art. 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto*» e «*violazione dell'obbligo di rinegoziazione*») sembrerebbero riconoscere il capo al privato un vero e proprio diritto soggettivo disciplinato in clausole contrattuali, la cui violazione dovrebbe comportare la giurisdizione del giudice ordinario.
33. In tal senso è Cass. civ., s.u. 12 ottobre 2020, n. 21990, in *www.dejure.it*, in cui si osserva che «*la sussistenza di una giurisdizione esclusiva, secondo il solido insegnamento offerto da queste Sezioni Unite quale giudice del riparto, non comporta peraltro che la giurisdizione sia riservata in toto al giudice amministrativo. L'espressione "esclusiva", che dal punto di vista semantico lo attesterebbe, dal punto di vista giuridico invece non può essere intesa in tal senso, in quanto la fonte costituzionale di questa species di giurisdizione conduce ad un significato diverso*». L'assunto si fonda sulla nota sentenza della Corte Cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204 in cui la Corte «*ha indicato quale presupposto della giurisdizione esclusiva la sussistenza e l'esercizio, anche in via indiretta, di un potere dell'ente amministrativo - così qualificabile "pubblica amministrazione-autorità" -, e dunque escludendo che la legittimi soltanto la "materia" scelta dal legislatore*».
34. Sul punto si veda F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, pp. 743-766.
35. Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, considerando n. 18.
36. È la *ratio* dell'art. 182, comma 5, del nuovo Codice, secondo il quale i documenti di gara, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità degli investimenti. Come dispone l'art. 185, comma 5, l'adeguatezza e sostenibilità del piano economico-finanziario dell'operazione dovrà essere successivamente valutata dalla commissione aggiudicatrice.
37. Per ulteriori riflessioni sul tema, e più in generale sulla trasformazione delle concessioni di lavori e di servizi dopo la Direttiva 2014/23/UE si veda G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 3-4, 2018, spec. pp. 517-519.

38. Ossia il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi, come dispone l'art. 2, comma 1, lett. b) dell'Allegato I.1 al Codice dei contratti pubblici. In realtà una definizione di rischio non si rinviene nemmeno nella Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.
39. Art. 177, comma 3, Codice dei contratti pubblici.
40. Sul punto M. Calcagnile, *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, in *Dir. amm.*, 3, 2020, p. 594.
41. Per esigenze di flessibilità dei rapporti di durata, l'art. 189 del Codice consente alle parti di introdurre nel contratto modifiche obiettivamente giustificate, nel rispetto delle condizioni contenute nella norma. Cfr. C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 931. D'altronde, la volontà del legislatore sembra proprio quella di preferire la conservazione del rapporto rispetto alla sua risoluzione mediante la modifica del contratto. Il dato dell'esaurimento della discrezionalità amministrativa nella sede pattizia pare trovare conferma anche nella disciplina in materia di risoluzione e recesso: rispetto al precedente Codice, il nuovo art. 190 distingue chiaramente l'ipotesi della risoluzione (quale esercizio di poteri privatistici) da quella del recesso (quale esercizio, invece, di poteri pubblicistici) dai contratti di concessione. Pur permanendo ancora poteri pubblicistici di recesso dal contratto per motivi di pubblico interesse, l'espunzione del riferimento all'autotutela nell'attuale disciplina in tema di risoluzione dei rapporti concessori sembra avvalorare la posizione, dettata in linea di principio dall'art. 9, di diritto soggettivo della parte svantaggiata da sopravvenienze straordinarie e imprevedibili al riequilibrio del rapporto. Si veda ancora C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 936.
42. E. Boscolo, *Stabilità e adattamento*, cit., p. 293, pur non riconoscendo direttamente una posizione di diritto soggettivo alla revisione della concessione, osserva che la rinegoziazione costituisce l'esito di un percorso esplorativo entro cui le parti sono tenute al rispetto del principio di buona fede. Superata la fase di verifica delle sopravvenienze turbative che egli definisce «attività numerabile», «dovrebbe essere possibile pervenire in termini oggettivi ad una intesa che ripristini l'equilibrio economico finanziario».
43. La garanzia della qualità del servizio pubblico è data solo se la sua gestione avviene in condizioni di economicità. Sul punto G. Caia, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. 1, *Studi introduttivi*, Bononia University Press, Bologna, 2018, p. 343.
44. Quale principio generale che trova applicazione anche nei rapporti contrattuali volti alla ricerca dell'invarianza negoziale, come di recente ricordato da M. Giavazzi, *La revisione dei prezzi al tempo delle emergenze*, in *CERIDAP*, 3, 2022, p. 137. I criteri della condotta di collaborazione e buona fede oggi trovano applicazione anche nel diritto amministrativo, senza con ciò creare un regime ibrido di rapporti tra pubblico e privato, come osserva M.

CERIDAP

Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 61.

45. Cfr. M. Calcagnile, *Durata delle concessioni*, cit., p. 600.

46. L'auspicio di una diminuzione delle distanze tra le posizioni giuridiche di interesse legittimo e diritto soggettivo "per un diritto amministrativo paritario" venne espresso, come noto, da F. Benvenuti, *Per i diritti dei cittadini. Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, pp. 807 e ss., pubblicato anche in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 4, 2018, pp. 1301-1324.