

Convenzioni concessorie e autonomia negoziale

T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 26 aprile 2023, n. 1366 - Pres. Est. Burzichelli - Cooperativa Sociale 21 aprile c. Comune di Taormina

È ammessa la possibilità di stipulare un contratto che abbia un contenuto diverso rispetto alla legge di gara, poiché, una volta conclusa la fase amministrativa preordinata alla scelta del contraente, disciplinata dalle regole dell'evidenza pubblica, il rapporto tra l'appaltatore e l'Amministrazione committente è assoggettato esclusivamente alle condizioni risultanti dal contratto sottoscritto dalle parti.

In questa prospettiva, pertanto, il bando di gara può essere definitivamente superato, per effetto dell'esaurimento della sua funzione, dal successivo accordo, in quanto nei contratti della Pubblica Amministrazione conclusi all'esito di procedimenti ad evidenza pubblica la stipulazione non costituisce una mera riproduzione o ripetizione del negozio già formatosi per effetto dell'aggiudicazione e può quindi introdurre indicazioni integrative, volte a precisare aspetti anche rilevanti del rapporto.

Tuttavia, il contratto non può introdurre modifiche effettivamente sostanziali, tanto nel caso in cui le nuove condizioni siano più favorevoli all'aggiudicatario, quanto nel caso in cui esse risultino più gravose, ma, qualora queste venissero accettate, sarebbero pienamente vincolanti.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228; CGUE, Sez. VIII, 7 settembre 2016, C-549-14; Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2014, n. 21592 e Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 222.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Il T.A.R. (omissis)

Fatto e diritto

La ricorrente ha chiesto: a) dichiararsi l'obbligo del Comune di Taormina di prorogare per un quinquennio la concessione dell'immobile di proprietà comunale denominato "Casa di Riposo Carlo Zuccaro", destinato all'espletamento di servizi socio-assistenziali per le persone, di cui al contratto stipulato in data 25 settembre 2018; b) dichiararsi l'obbligo del Comune di far decorrere il quinquennio iniziale di durata dalla stipula del contratto; c) condannarsi il Comune a disporre la proroga del rapporto per un ulteriore quinquennio dalla scadenza del primo; d) disapplicarsi o annullarsi la nota in data 4 maggio 2022 del Comune di Taormina con cui è stata denegata la proroga del rapporto di concessione per l'ulteriore quinquennio ed è stata preannunciata l'indizione di apposta gara per l'aggiudicazione della concessione; e) condannarsi il Comune a risarcire il danno.

Il Comune ha negato il rinnovo, osservando che: a) una volta conclusa la fase amministrativa preordinata alla scelta del contraente, il rapporto tra l'appaltatore e l'Amministrazione committente è assoggettato esclusivamente alle condizioni risultanti dal contratto sottoscritto dalle parti; b) è al contratto quindi che occorre far riferimento ai fini dell'individuazione degli obblighi dell'appaltatore; c) il contratto escludeva la possibilità di proroga (e, comunque il termine andrebbe computato dalla consegna anticipata del bene e non dalla stipula del contratto).

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) il bando di gara ha stabilito (punto 4.5) che "la

durata della concessione è fissata in cinque anni, con decorrenza dalla data di stipula del contratto, con possibilità di rinnovo per ulteriori cinque anni qualora la normativa vigente al momento del rinnovo lo consenta"; b) la convenzione non contempla la possibilità di proroga, ma il contratto ha forza inferiore rispetto al bando, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza; c) è irrilevante che il contratto sia stato sottoscritto dalla Cooperativa, poiché ciò non lo rende immune dalla nullità scaturente dal contrasto con l'atto autoritativo e con la legge che sancisce la subordinazione del primo al secondo; d) va, poi, disapplicata o annullata la nota in data 4 maggio 2022 e va dichiarata nulla la clausola contrattuale che nega la possibilità di proroga.

Con ordinanza n. 83/2023 in data 13 febbraio 2023 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare della ricorrente, riconoscendo la sussistenza del cosiddetto *fumus boni juris* e osservando che occorre, comunque, approfondire nell'opportuna sede di merito la circostanza che nel caso in esame non veniva in rilievo un contratto di appalto stipulato a seguito di una procedura di affidamento, ma il cosiddetto "contratto" accessivo al provvedimento concessorio, cioè un atto che sembra doversi qualificare quale accordo ex art. 11 della legge n. 241/1990, in quanto tale non interamente parificabile al vero e proprio contratto - di natura squisitamente privatistica - che segue la procedura di affidamento di un appalto.

Con memoria in data 15 marzo 2023 la ricorrente ha osservato, in sintesi, quanto segue: a) l'evoluzione normativa - con particolare riferimento alla disciplina di cui al decreto legislativo n. 50/2016 - ha sostanzialmente

riconosciuto l'identità di natura fra le concessioni e gli appalti; b) alla "concessione" vanno, quindi, applicati i noti principi in ordine al rapporto tra "bando" e "contratto", con conseguente riconoscimento della non modificabilità del primo ad opera del secondo, come risulta dagli artt. 106 e 175 del decreto legislativo n. 50/2016; c) dalle previsioni indicate risulta che possono introdursi modifiche al contratto quando, nel caso di appalto, emergano fatti impreveduti o si contemplino variazioni non sostanziali e, nel caso di concessioni, quando emergano esigenze relative all'interesse esclusivo del concessionario; d) sicché, pur ammettendosi, per assurda ipotesi, l'estensione al "bando" della disciplina che è stata appena contemplata, mancherebbero nella specie le condizioni legittimanti una modifica.

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio osserva quanto segue.

La Suprema Corte (Cassazione Civile, I, 13 ottobre 2014, n. 21592) ha ammesso la possibilità che il contratto stipulato abbia un contenuto diverso rispetto alla legge di gara, affermando che, una volta conclusa la fase amministrativa preordinata alla scelta del contraente, disciplinata dalle regole dell'evidenza pubblica, il rapporto tra l'appaltatore (o il concessionario) e l'Amministrazione committente è assoggettato esclusivamente alle condizioni risultanti dal contratto sottoscritto dalle parti.

In questa prospettiva, pertanto, il bando di gara può essere definitivamente superato, per effetto dell'esaurimento

della sua funzione, dal successivo accordo, in quanto nei contratti della Pubblica Amministrazione conclusi all'esito di procedimenti ad evidenza pubblica la stipulazione non costituisce una mera riproduzione o ripetizione del negozio già formatosi per effetto dell'aggiudicazione e può quindi introdurre indicazioni integrative, volte a precisare aspetti anche rilevanti del rapporto.

Tuttavia, come precisato dalla Suprema Corte, il contratto non può introdurre modifiche effettivamente sostanziali, tanto nel caso in cui le nuove condizioni siano più favorevoli all'aggiudicatario, quanto nel caso in cui esse risultino più gravose.

Ciò per evidenti ragioni: a) il contenuto del contratto non può vanificare la ratio e la finalità della procedura di evidenza pubblica e il suo oggetto non può tramutarsi in qualcosa di sostanzialmente dissimile da quanto ha formato oggetto della procedura selettiva cui i candidati hanno partecipato confidando nella par condicio; b) l'aggiudicatario non può essere costretto ad accollarsi oneri non valutati al momento dell'offerta e che incidano in modo significativo sulla remunerazione del rapporto.

In questo caso l'aggiudicatario ha certamente il diritto di rifiutare le nuove condizioni che l'Amministrazione intende imporre, ma, nel caso in cui tali modifiche siano accettate, e dunque l'aggiudicatario provveda alla sottoscrizione del contratto, questi, come affermato dalla Suprema Corte nella pronuncia che è stata indicata, risulta vincolato alle condizioni risultanti dal contratto stipulato. (*omissis*)

Immodificabilità della convenzione concessoria e primazia della *lex specialis*. Un nuovo canone ermeneutico?

di Federico Muzzati (*)

La pronuncia in commento afferma un rilevante principio, stabilendo che, seppure le previsioni del Bando siano pacificamente da considerarsi quale fonte di regolazione primaria dei rapporti intercorrenti tra gli Operatori economici e l'Amministrazione, le Parti possono addivenire alla stipula di un contratto concessorio avente contenuto "differente".

Invero, è possibile integrare le disposizioni di cui alla *lex specialis*, mentre, per converso, è preclusa l'introduzione di clausole che apportino effetti modificatori sostanziali.

Qualora, però, l'aggiudicatario accetti espressamente le condizioni poste dall'Amministrazione, queste sono da considerarsi pienamente cogenti, e, dunque, a nulla vale invocare l'asserita primazia della legge di gara rispetto al contratto così perfezionatosi.

La questione controversa e la "genesi" dei fatti di causa

Una Società cooperativa titolare di un contratto di concessione, in virtù del quale usufruiva di un immobile di proprietà del Comune di Taormina - per lo

svolgimento della propria attività socioassistenziale - aveva il T.A.R. in epigrafe per vederne riconosciuta la proroga per un ulteriore quinquennio (1), asserendo che questa possibilità fosse espressamente prevista dalla disciplina di gara.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Con conseguente richiesta di risarcimento del danno.

L'Amministrazione respingeva stentoreamente tale istanza, opinando che, una volta conclusosi l'iter pubblicistico di selezione, ci si debba riferire solo ed esclusivamente alla convenzione stipulata tra le Parti per l'individuazione degli obblighi del concedente, e che, pertanto, ciò non fosse possibile, in quanto escluso "claris verbis" dalle previsioni del regolamento negoziale (2).

Di talché, il concessionario insorgeva avverso i provvedimenti di diniego del Comune, basandosi sul costruito argomentativo secondo il quale il contratto sia da ritenersi sostanzialmente immutabile (3), a corollario del fatto che, come affermato dalla giurisprudenza maggioritaria, il bando (4) si ponga, sempre, in posizione gerarchicamente sovraordinata ad ogni altro atto della procedura ad evidenza pubblica (5).

Dunque, due sono gli ordini di questioni che vengono sottoposte al Collegio: in primo luogo, al di là del

"nomen" utilizzato dalla ricorrente, la corretta qualificazione della procedura *de qua* (6), e, successivamente il vaglio del rapporto intercorrente tra la *lex specialis* (7) e il negozio giuridico stipulato a valle dell'iter di pubblicistico di selezione (8).

Però, prima di procedere in tal senso, appare utile alla comprensione della pronuncia *de qua* soffermarsi brevemente (9) sulle differenze esistenti tra l'istituto dell'appalto e quello delle concessioni (10).

Un conciso "excursus" sui tratti differenziali intercorrenti tra appalti e concessioni

Una delle censure formulate da parte ricorrente, prodromica e funzionale a rilevare la primazia della disciplina di gara sulle previsioni negoziali "medio tempore" intervenute, si fonda sulla "equiparazione ontologica" tra contratti d'appalto e convenzioni di concessione (11), derivante da un evidente paralogismo.

(2) Sulla stipulazione e l'esecuzione del contratto, cfr. A. De Michele, *La stipulazione e l'esecuzione del contratto*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei Contratti Pubblici, assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo Codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2019, II ed., 2019, 441-489.

(3) Fatte salve le cause tipicamente e tassativamente previste dagli artt. 106 e 175, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riguardanti, rispettivamente, le modifiche, nonché le varianti contrattuali inerenti ai contratti d'appalto, e alle convenzioni di concessione.

(4) Sul ruolo, la formazione, il contenuto e la natura giuridica del bando e sulla documentazione di gara, cfr. P. Fontantana, *Bandi e Avvisi*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, II ed., 2019, 539-589, ove si afferma - *inter alia* - che: "Con la pubblicazione del bando si apre formalmente il procedimento finalizzato alla scelta della controparte contrattuale della pubblica amministrazione.

Il bando di gara è un atto amministrativo generale, preventivo e preparatorio, a contenuto prescrittivo, la cui predisposizione è di norma curata dal responsabile unico del procedimento. È una dichiarazione di volontà che si rivolge a destinatari identificabili soltanto a posteriori e che fissa le regole che dovranno essere rispettate nel successivo procedimento di scelta del contraente. Costituisce la *lex specialis* di una singola gara insieme al disciplinare e al capitolato speciale, i quali possono soltanto integrare il contenuto del bando e non anche modificarlo, con la conseguenza che l'eventuale contrasto tra il bando e la relativa documentazione complementare va risolta a favore del bando. Il bando di gara, così come il disciplinare e il capitolato speciale, non ha natura normativa. Non innova il diritto vigente ed è privo dei requisiti di generalità e astrattezza. Le regole ivi contenute si impongono al rispetto sia della pubblica amministrazione che le ha poste sia dei soggetti a cui sono dirette. Il bando non contiene tutti gli elementi essenziali del futuro contratto in quanto, solitamente, il prezzo viene definito solo a seguito dell'individuazione dell'offerta migliore".

(5) Sulle "antinomie" tra documenti di gara e circa la prevalenza gerarchica del Bando sul capitolato speciale e il disciplinare e i loro rapporti e funzioni, cfr. - *ex multis* - Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2023, n. 7113, ove si enuncia quanto segue: "Ognuno dei predetti atti (bando, disciplinare e capitolato) ha una propria autonomia e una propria peculiare funzione nell'economia della procedura evidenziale, il primo fissando le regole di gara, il secondo disciplinando in particolare i dettagli procedurali, il terzo (eventualmente) integrando le disposizioni del bando, di norma con

particolare riferimento agli aspetti tecnici anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale.

In somma, all'interno della complessiva documentazione di gara vi è una gerarchia differenziata, che - con specifico riguardo alla risoluzione di concreti contrasti interni tra le varie disposizioni della *lex specialis* - impone di dare la prevalenza alle previsioni del bando, laddove le disposizioni del capitolato (o del disciplinare) possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (tra tante, Cons. Stato, III, 3 marzo 2021, n. 1804; 29 aprile 2015, n. 2186; 11 luglio 2013, n. 3735; V, 24 gennaio 2013, n. 439; 17 ottobre 2012 n. 5297; 23 giugno 2010, n. 3963)".

(6) Che, per utilizzare le parole della sentenza di cui in commento, può essere inquadrata e sussunta in un "cosiddetto 'contratto' accessivo al provvedimento consensorio, cioè un atto che sembra doversi qualificare quale accordo ex art. 11 della legge n. 241/1990, in quanto tale non interamente parificabile al vero e proprio contratto - di natura squisitamente - privatistica - che segue la procedura di affidamento di un appalto".

(7) *Melius*: bando di gara.

(8) Sul punto (analisi degli artt. 59-63, D.Lgs. n. 50/2016), cfr. P. Milazzo, *Le procedure di scelta del contraente*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, II ed., 2019, 461-492 e D. Senzani, *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell'amministrazione*, in F. Mastragostino, (a cura di) *Diritto dei Contratti Pubblici, assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo Codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2019, II ed., 2019, 387-437.

(9) E senza alcuna pretesa di esaustività.

(10) Sui principi e le procedure delle convenzioni di concessione, cfr. - *ex tantis* - A. Botto - S. Castrovinci Zenna, *I principi e le procedure*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, II ed., 2019, 1095-1128, e G. Greco, *Concessioni di lavori e servizi*, in (a cura di) M.A. Sandulli - R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, V, Parte XIII, 4-26.

(11) Per una ricostruzione di ampio respiro (finanche in rapporto alla loro Direttiva d'origine), cfr. G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1, 2015.

Appare meritevole di segnalazione anche, in relazione all'evoluzione storica e alla comparazione tra la disciplina odierna e quella "ante litteram" dell'epoca romanistica (in particolare, nel periodo repubblicano), cfr. P. Lepore, *A proposito del fenomeno delle*

Tale assunto, seppur temperato dall'apposizione dell'avverbio "sostanzialmente" - nella consapevolezza della sua non assoluta veridicità - si rivela essere tecnicamente incorretto, in quanto, come più volte rilevato dalla giurisprudenza (12), erompono svariati - ed evidenti - profili di differenza tra le due figure in commento.

In particolare, il Consiglio di Stato (13) ha avuto modo di rammentare - a più riprese - "che il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall'appalto di servizi proprio per l'assunzione da parte del concessionario del rischio di domanda: mentre l'appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultima grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione". Orbene, dalla *supra* riportata massima, emerge con chiarezza il vero "*proprium*" dei rapporti concessori, ossia l'assunzione del c.d. rischio "operativo" sottostante da parte del concessionario (14), che trae la remunerazione della propria attività direttamente dall'utenza finale a cui si rivolge.

Per converso, come ben noto, tale profilo, non si rinviene nel settore degli appalti pubblici. In conclusione - e in disparte alle considerazioni trasposte in sede di impugnativa dal concessionario ricorrente - si può affermare che, seppur i due istituti presentino molti punti di contatto (15) e significative

assonanze (16), tant'è che spesso tendono ad essere - impropriamente - assimilate (17) "*in toto*" (18), sussistono, finanche, molteplici e marcate differenze; in particolare, in riferimento alla loro regolazione positiva (19), in riguardo al versante della stipulazione contrattuale, dei relativi (ed eventuali) rimedi e conseguenze caducatorie (20), che verranno brevemente cennati nel seguente paragrafo.

Le possibili cause di revisione contrattuale "in itinere": gli artt. 106 e 175, D.Lgs. n. 50/2016

Uno dei principali elementi di criticità correlato e connesso alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, è certamente quello inerente all'istituto della variante, e più in generale, alle modificazioni del regolamento negoziale "*in itinere*" (21).

Di guisa che, alla luce della natura e delle caratteristiche della pronuncia in commento, appare utile descrivere brevemente le principali previsioni normative in materia, per poi raffrontarle, successivamente, con la disciplina di cui al D.Lgs. n. 36/2023 (22), al fine di porre in luce eventuali differenze - e/o novità - degne di sottolineatura (23).

La disposizione di riferimento (24) è quella di cui all'art. 106 (25), D.Lgs. n. 50/2016, ove al comma 1 vengono individuate le cause e le condizioni che permettono la revisione contrattuale, ovvero l'esecuzione di varianti in corso d'opera (26); la norma

concessioni amministrative nell'esperienza romana, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

(12) Cfr. - *ex plurimis* - Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2021, n. 5785.

(13) Cfr. la succitata Sentenza, unitamente a Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2426 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 15 giugno 2022, n. 4059; quest'ultima, riprendendo le precedenti del Consiglio di Stato, ben pone in cristallina evidenza come "L'operatore economico assume il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto della concessione".

(14) Eccezione fatta per i servizi e le c.d. "opere fredde".

(15) In una loro considerazione globale, e, dunque, di ampio respiro ed onnicomprensiva.

(16) Tanto nel diritto vivente, quanto nella Dir. 2014/23/UE e nella successiva trasposizione codicistica.

(17) In un ardito e scorretto rapporto di "*species a genus*", anche grazie alla precedente Direttiva "concessioni", Dir. 2004/23/UE che, sostanzialmente, riduceva al minimo ogni peculiarità differenziale intercorrente tra appalti e concessioni.

(18) Si può dire che, da un punto di vista sostanziale i due istituti siano alquanto affini e - per certi versi - compenetranti, mentre, sussistono marcati tratti differenziali sotto il profilo operativo, morfologico (tant'è che gli appalti pubblici hanno struttura bifasica, mentre le concessioni trifasica), e di conseguenza, per ciò che

concerne la loro regolazione positiva (*melius*: il loro regime normativo).

(19) Specie all'interno del D.Lgs. n. 50/2016, nonostante l'uniformità di trattamento previsto dalle rispettive Direttive Europee.

(20) Su tali punti, cfr. G. Greco, in M.A. Sandulli, R. de Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, V, Parte XIII, 17-25.

(21) Anche perché, spesso, tali varianti, ovvero revisioni contrattuali, non sono sempre fondate o aderenti ai presupposti di fatto e di diritto individuati e codificati dal legislatore. Infatti, da queste circostanze origina un notevole e significativo contenzioso giurisdizionale.

(22) Il nuovo Codice dei contratti pubblici (pubblicato in G.U. il 31 marzo 2023) che, ai sensi dell'art. 229 della legge delega (L. 21 giugno 2022, n. 78) ha acquisito efficacia dal 1° luglio scorso.

(23) Per un'analisi più approfondita sul punto, cfr. A. Napoleone - A. Paiano, *La fase esecutiva dell'appalto nel ciclo di vita del contratto*, in F. Caringella - M. Giustiniani - A. Napoleone (a cura di), *I nuovi contratti pubblici. Analisi ragionata del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023)*, Napoli, 2023, 274 ss.

(24) In relazione ai contratti di appalto.

(25) Si tratta di una previsione certamente innovativa rispetto alla regolazione previgente di cui al D.Lgs. n. 163/2006, che derivano, in parte, dal recepimento delle Dir. 2014/24/UE e Dir. 2014/25/UE (cfr. rispettivamente, art. 72, Dir. 2014/24/UE e art. 89, Dir. 2014/25/UE), nonché da alcune disposizioni della legge delega (L. 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, comma 1, lett. ee).

(26) Il comma 1 dell'art. 106, D.Lgs. n. 50/2016, così recita testualmente: "Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di

passa poi a stilare un completo elenco di ipotesi tassative, che se integrate dalla Stazione appaltante, ovvero dall'Operatore economico, permettono di addivenire alla modifica del regolamento negoziale, o all'esecuzione di varianti alla realizzanda opera.

Orbene, da una lettura complessiva e sistematica della disposizione *ut supra* citata, si può ben comprendere come le varianti in corso d'opera, ovvero le modifiche al regolamento negoziale (27), generalmente parlando, si possano apportare solamente qualora siano chiaramente previste all'interno della documentazione di gara, ovvero derivino da circostanze imprevedute ed imprevedibili (28), quali la sopravvenienza di nuove norme legislative o regolamentari, o provvedimenti di Enti o Autorità preposti alla tutela di interessi rilevanti, con una limitazione di carattere generale: la non alterazione sostanziale e funzionale del contratto pubblico in essere (29).

Ragion per cui, in ogni caso, non è mai possibile far conseguire modificazioni (o varianti) contrattuali che vadano ad incidere sull'oggetto e sulla prestazione dedotte nel negozio giuridico (30), ovvero sulle condizioni fondamentali che ne regolano il suo svolgimento.

Significativo poi, perché si attaglia al caso di specie sotteso alla sentenza e al suo *thema decidendum*, è il disposto di cui al comma 11, che sancisce la possibilità di intervenire sulla durata del rapporto negoziale, solo qualora venga espressamente ed esplicitamente indicata all'interno della *lex specialis*, prevedendo, in ogni caso, la proroga solamente per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente (31).

Infine, in relazione, invece, allo specifico settore delle concessioni, la speculare disposizione di

riferimento è individuata nell'art. 175, D.Lgs. n. 50/2016, che, sostanzialmente, *mutatis mutandis* (32), ricalca le previsioni (33) di cui al succitato e descritto art. 106 per il settore degli appalti pubblici, prevedendo - *in nuce* - che il contenuto della concessione possa essere modificato se ciò è espressamente previsto nei documenti di gara iniziali (34), ovvero ove un cambio di concessionario risultasse incongruente con gli scopi dell'Amministrazione, in quanto tecnicamente ed economicamente impraticabile.

Una rapida ricognizione descrittiva della nuova disciplina di cui al D.Lgs. n. 36/2023

L'art. 120, D.Lgs. n. 36/2023, inserito nella parte VI (dell'esecuzione), e rubricato "Modifica dei contratti in corso di esecuzione", riproduce sostanzialmente il contenuto del precedente art. 106, D.Lgs. n. 50/2016, introducendo, però, alcuni rilevanti profili di novità. La *ratio* ispiratrice dell'intervento legislativo è certamente quella di mantenere l'equilibrio economico-contrattuale, e, al contempo, rafforzare le tutele previste in capo ai soggetti coinvolti nella fase di esecuzione del contratto di appalto, oltre a semplificare (35) e riorganizzare in maniera organica e omogenea la disciplina in materia, anche in forza della copiosa giurisprudenza nazionale ed euronitaria stratificatasi negli anni.

In primis, al fine di dar corso ai suddetti obiettivi, la nuova disposizione intende differenziare, in maniera dettagliata e puntuale (36), le modifiche in corso d'opera da ritenersi "sostanziali", rispetto a quelle "non sostanziali".

Infatti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 120 del nuovo Codice dei contratti pubblici, la modifica è da ritenersi - inequivocabilmente - sostanziale "quando

appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:"

(27) Dopo la sua stipulazione.

(28) Sulle modificazioni contrattuali cfr. A.E. Basilio, *Modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione. Una prospettiva pragmatica*, in questa *Rivista*, 2022, 549 ss. e V. Bontempi, *L'esecuzione del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, 339 ss.

(29) Dunque, non si deve andare ad impattare in alcun modo, significativamente, sull'equilibrio economico del contratto.

(30) Vi è però un problema (in parte risolto dal nuovo Codice dei contratti pubblici): infatti, si afferma che non siano possibili "modificazioni sostanziali", ma mai si chiarifica e perimetra tale inciso.

(31) Al fine di evitare, per l'Amministrazione, di rimanere senza l'esecuzione, da parte dell'Operatore economico, del servizio, ovvero delle lavorazioni, di pubblico interesse per la collettività.

(32) Fatte salve le diversità che sussistono tra gli appalti pubblici e le concessioni, che si è brevemente cercato di illustrare, senza pretesa di esaustività, nel par. 2 del presente contributo.

(33) E, pertanto, valgono (quasi "*in toto*") le considerazioni sopra svolte per il settore degli appalti pubblici.

(34) A prescindere dal valore monetario della modifica; in ogni caso, è preclusa la possibilità di prolungare la durata del rapporto concessorio.

(35) Il meritorio e imperituro impulso ed intento di semplificare un siffatto settore, così nevralgico e storicamente composto da un inestricabile coacervo di regole e procedure da cui è ben complesso districarsi, unitamente alla digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti, permea totalmente l'opera di revisione del sistema da parte del legislatore, ed è ben visibile all'interno del nuovo testo codicistico. Ciò è già ben visibile, con una sorta di innovativo "cambio di paradigma" dalla disposizione di apertura (cfr. art. 1, D.Lgs. n. 36/2023) che introduce il principio del risultato, a cui devono tendere inesorabilmente le Amministrazioni, durante lo svolgimento della loro attività tipica.

(36) Uno dei punti deboli della precedente disciplina che, come si è evidenziato, non recava con chiarezza cosa dovesse intendersi per "modificazioni sostanziali".

altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa" (37).

Dunque, attraverso questa formulazione, si è meglio chiarificata la generica ed onnicomprensiva terminologia utilizzata dalla Dir. 2014/24/UE, e finanche dall'art. 106, D.Lgs. n. 50/2016, stabilendo che una modifica deve considerarsi sostanziale qualora si verifichi una (o più) delle seguenti circostanze:

a) si introducono condizioni che, se fossero state previste nell'iniziale procedura di appalto, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati, ovvero di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, ovvero avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica;

b) si viene a mutare l'equilibrio economico finanziario del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario, in modo non previsto nell'iniziale contratto;

c) si estende in maniera notevole l'ambito di applicazione del sottostante contratto;

d) si rinviene una "novazione soggettiva", in quanto un nuovo contraente va a sostituire quello a cui la Stazione appaltante aveva originariamente aggiudicato l'appalto, salvi i casi espressamente indicati dalla norma.

Di converso, sono concesse, a pieno invero del principio del risultato di cui all'art. 1 (38), le modifiche e le varianti che non comportano aumenti di spesa, e che mantengono la piena funzionalità dell'opera, previa adeguata ed esaustiva motivazione (39). Per quanto concerne, invece, la revisione dei rapporti concessori, l'art. 192 (40),

D.Lgs. n. 36/2023 dispone significative novità rispetto alla previgente disciplina, in ossequio al dettato di cui all'art. 9 (41), rassegnando una normativa di maggior dettaglio sotto plurimi aspetti.

In specie, vengono enucleate in maniera più limpida le cause che possono condurre alla modifica del contratto, *ivi* ricomprendendovi anche il mutamento della normativa, ovvero della regolazione, di riferimento, dotando l'Operatore economico di un importante strumento di tutela avverso il c.d. "rischio regolatorio".

Inoltre, ed in conclusione, appare di utile porre in luce come vengano, finanche, previsti alcuni limiti all'istituto della revisione, con il precipuo scopo di scongiurare il rischio che la modificazione del piano economico finanziario (42) possa comportare, *de facto*, una significativa attenuazione - o, addirittura - l'azzeramento del rischio operativo (43); motivo per cui, in sede di revisione, non è possibile concordare modifiche che alterino la natura intrinseca del rapporto concessorio.

Brevi osservazioni conclusive

La pronuncia in commento si segnala per rappresentare - quasi - una sorta di "*unicum*" sul punto (44), e finanche per la sua notevole portata innovativa (45), "dirompente" e chiarificatrice del correlato dettato normativo sottostante, in quanto pare fornire un canone ermeneutico pragmatico di assoluta novità, da cui potrebbero discendere ripercussioni pratiche di rilevante portata. Infatti, sulla scia e sulla scorta di una precedente pronuncia della Suprema Corte (46), che aveva già affermato la possibilità di modificare il

(37) Sul punto, cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sez., 13 aprile 2010, causa C-91/08, in base alla quale "Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali (...) costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto (...) iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto".

(38) Cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, 287 ss., ove si sottolinea come mediante la previsione del principio del risultato "Si riconosce così il necessario primato della funzione di committenza pubblica, perché le amministrazioni si rivolgono al mercato e stipulano contratti al fine di approvvigionarsi di beni, servizi e opere in tempi rapidi e a condizioni convenienti".

(39) Tali modificazioni vengono ritenute meramente quantitative, ovvero non sostanziali.

(40) Rubricato "Revisione del contratto di concessione".

(41) Ossia il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

(42) Il c.d. "PEF".

(43) Vero e proprio tratto peculiare ed elemento indefettibile connotato alla strutturazione dei contratti di concessione.

(44) Seppur altre sentenze avessero già temperato il generale principio di immodificabilità del contratto (riportate nella sottostante nota e in epigrafe), non si rinvenivano precedenti in termini che giungono a tali conclusioni.

(45) Sulla scia di un filone giurisprudenziale che tempera il generale principio di immodificabilità del contratto già stipulato. Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228; CGUE, Sez. VIII, 7 settembre 2016, C-549-14; Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2014, n. 21592 e Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 222.

(46) Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2014, n. 21592, di cui si riporta la massima d'interesse: "In tema di appalti pubblici successivamente alla aggiudicazione definitiva come deve negarsi all'aggiudicatario la facoltà di chiedere una modificazione delle condizioni previste dal bando, essendo egli vincolato dall'offerta formulata nell'ambito della gara, così deve riconoscersi la legittimità del rifiuto opposto dallo stesso aggiudicatario all'iniziativa dell'amministrazione di introdurre nel contratto nuove condizioni, che comportino una modificazione sostanziale del suo contenuto. Quanto precede, peraltro, non significa che ove abbia accettato le predette modifiche l'aggiudicatario possa poi pretendere di sottrarsi all'applicazione delle nuove condizioni, invocando la efficacia vincolante del verbale di aggiudicazione, in contrasto con il contenuto del contratto nel frattempo stipulato. La sottoscrizione del

rapporto negoziale in essere (47), seppure non espressamente previsto dalla *lex specialis* (48), si afferma l'assoluta primazia del contenuto del negozio giuridico stipulato dalle parti, e la fondamentale importanza della loro autonomia negoziale, rilevando come, in fase di esecuzione, la disciplina di gara abbia già dispiegato - e concluso - i suoi effetti (49).

Pertanto, come accaduto nel caso di specie, qualora l'aggiudicatario abbia accettato le condizioni poste dall'Amministrazione, è solo ed esclusivamente al regolamento negoziale che si dovrà far riferimento per la concreta regolazione del rapporto tra concedente e concessionario, e non anche alla documentazione di gara.

In conclusione, a sommosso avviso dello scrivente, tale approdo appare del tutto coerente con una visione organica, funzionale - e finalisticamente orientata - dell'impianto regolatorio dei contratti pubblici (50), oltre ad andare esente da possibili rilievi critici (51), in quanto (52) pronunciata sulla base e nel pieno rispetto dei principi caposaldi in materia di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (53); inoltre, sussume correttamente e diacronicamente i vari atti che si susseguono durante il corso di una procedura ad evidenza pubblica, dalla fase di selezione del contraente, fino alla fase conclusiva dell'esecuzione (54).

contratto determina - infatti - il passaggio dalla fase amministrativa preordinata alla scelta del contraente, disciplinata dalle regole della evidenza pubblica, a quella privatistica attinente alla esecuzione dell'appalto, sottoposta alle norme di diritto comune, in virtù delle quali il rapporto tra l'appaltatore e l'amministrazione committente resta assoggettato esclusivamente alle condizioni risultanti dal contratto sottoscritto dalle parti, non potendosi attribuire alcuna rilevanza al bando di gara, il cui contenuto deve ritenersi definitivamente superato per effetto dell'esaurimento della sua funzione. Ai fini della individuazione degli obblighi dell'appaltatore occorre - quindi - fare riferimento al contratto e ai documenti a esso allegati".

(47) Valorizzando quanto convenuto e stipulato nel regolamento negoziale dalle parti, in luogo dell'assoluta primazia della documentazione di gara.

(48) Senza apportarvi modifiche sostanziali.

(49) Generalmente parlando.

(50) Oltre che dei principi civilistici di autonomia negoziale delle Parti ex art. 1321 c.c. e di cogenza e forza di legge del contratto da queste stipulato ex art. 1372 c.c.

(51) Tant'è che al momento in cui si scrive non è ancora stata impugnata.

(52) E, *a fortiori*, come più volte enunciato, riprende e "fa proprio" un precedente orientamento della Suprema Corte di cassazione.

(53) Dunque, in piena aderenza, non solo alle norme domestiche, ma finanche a quelle eurounitarie.

(54) Per una compiuta analisi sulla fase dell'esecuzione nelle concessioni pubbliche, cfr. A. Crismani, *Vicende soggettive dell'esecutore*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, IV, Parte X, 154 ss.