

La modificabilità dei contratti in corso

Prof. Avv. Alessandro Botto
Legance Avvocati Associati

- Stato dell'arte alla vigilia dell'entrata in vigore delle nuove direttive:
- Il principio della immodificabilità oggettiva del contratto (dovuto sia al principio “*pacta sunt servanda*” sia all'esigenza di non eludere gli obblighi di selezione dell'offerta con gara) convive con una serie di eccezioni
- A parte il “vizio” nazionale di intervenire *ab extra* sul contratto con norme di legge: da ultimo l'art. 8, comma 8, del d.l. n. 66/2014, non ancora convertito: le pp.aa. sono autorizzate a ridurre gli importi dei contratti in essere relativi all'acquisto di beni/forniture nella misura del 5%; a fronte di ciò il prestatore di beni/servizi può recedere dal contratto

- L'intervento *ab extra* mediante *factum principis* in un assetto contrattuale arreca un grave *vulnus* alla credibilità complessiva del sistema
- Occorrerebbe avere una visione d'insieme dei fenomeni e rinunciare ad intervenire in un'ottica di frantumazione del quadro
- Nell'ambito di una valutazione costi-benefici, siamo sicuri che il presunto risparmio del 5% non venga più che compensato da una sfiducia complessiva nella credibilità del sistema negoziale del Paese?

- Per i lavori, il combinato degli artt. 132, comma 1, del Codice e dell'art. 161, comma 12, del Regolamento (“eredi” dell'art. 344 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. F) dispone che le s.a. possono esercitare lo *jus variandi* solo a determinate condizioni (imprevedibilità e sopravvenienza dell'evento, nuova disciplina normativa ecc.) nei limiti del cosiddetto quinto d'obbligo (ossia del 20% dell'importo contrattuale)
- Entro tale limite il contraente è tenuto ad eseguire; oltre, può recedere. Se accetta, viene a concludersi un nuovo accordo contrattuale

Sono ammesse, poi, le varianti migliorative, dovute sempre ad esigenze sopravvenute ed imprevedibili, che provochino un aumento dell'importo contrattuale non superiore al 5%

- Per i servizi e le forniture è prevista analoga previsione: l'art. 114, comma 2, del Codice richiama l'art. 132 (in materia di lavori) e rinvia al Regolamento che, all'art. 311, consente lo *jus variandi* in casi analoghi a quelli contemplati dal citato art. 132 del Codice, sempre comunque nei limiti del tradizionale quinto d'obbligo, ossia del 20% dell'importo contrattuale*
- *già l'art. 11 del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 disciplinava il limite del quinto d'obbligo per i contratti stipulati con le pp.aa.

- Occorre peraltro registrare un indirizzo giurisprudenziale secondo cui, in alcuni settori (ad esempio la somministrazione dei farmaci mediante sistemi dinamici di acquisizione), può essere anche superato il limite del quinto d'obbligo*
- Ciò in virtù di un ragionamento inespresso, ma sostanzialmente facente leva sulla sostanziale ascrivibilità di tali metodi di acquisto al modello dell'accordo quadro
- * Cfr. Tar Umbria, I, 26 aprile 2013 n. 254

- In sostanza, le esigenze che trovano nel quinto d'obbligo un punto di equilibrio sono, da un lato, il preminente interesse pubblico all'adattamento del contratto alle sopravvenute esigenze (specialmente nei contratti a prestazione continuata nel tempo), senza che ciò obblighi ad una nuova selezione del contraente e, dall'altro, a non imporre al contraente una eccessiva variazione degli obblighi contrattuali rispetto alla originaria previsione (in ossequio al principio di libertà imprenditoriale)

- Quanto, invece, alle concessioni, l'art. 143, comma 8, del Codice (come modificato dall'art. 19 del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito dalla legge 9 agosto 2013 n. 98) consente la revisione degli accordi contrattuali quando si modifichino i presupposti/condizioni posti a fondamento del piano economico finanziario oppure quando nuove norme stabiliscano diversi meccanismi tariffari
- In questi casi vengono rideterminate le nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni
- In caso di mancata revisione, il concessionario può recedere dal contratto di concessione

- Nel caso delle concessioni, trattandosi di rapporti di lunga o lunghissima durata, fondati sul noto meccanismo dell'investimento di capitale privato, è dunque consentito un margine più ampio di rinegoziazione, che in qualche modo sconta alla radice l'impossibilità di prevedere *ex ante* anche il fisiologico sviluppo del rapporto contrattuale su periodi di 20/30 anni
- Al fine di arginare l'incertezza inevitabile insita in tale ambito il comma 8 bis dell'art. 143 del Codice obbliga a prevedere già nella convenzione i presupposti e le condizioni di base le cui variazioni, non imputabili al concessionario, comportano la revisione del PEF ove determinino una modifica dell'equilibrio del piano stesso.

- L'AVCP, con parere AG 39/2012 del 6 marzo 2013, ha affrontato la questione della rivedibilità del PEF di una importante concessione autostradale
- Dopo aver ricordato che l'elemento differenziale della concessione è la diversa allocazione dei rischi, nel senso che l'imprenditore-concessionario si fa carico dei rischi economici dell'intera operazione, afferma che sono solo due le condizioni che consentono la revisione:
 - 1. le variazioni apportate dalla s.a. mediante modalità di revisione stabilite nello stesso contratto di concessione
 - 2. le variazioni necessarie a seguito di modifiche normative

- Alla luce di tali premesse, l'AVCP ritiene che la “grave congiuntura economica nazionale” dedotta a fondamento della richiesta di revisione non possa rientrare tra le due ipotesi espressamente contemplate dall'art. 143, comma 8, del Codice.
- Sul piano civilistico, poi, ritiene l'AVCP che anche l'ipotesi della eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all'art. 1467 c.c., pare difficilmente invocabile al riguardo; infatti, occorre verificare se si possano ritenere verificati i presupposti per consentire la risoluzione contrattuale, consistenti nel carattere oggettivamente straordinario e sopravvenuto dell'evento, nonché nella sua non imputabilità soggettiva al concessionario secondo un canone di diligenza professionale adeguata

- L'atteggiamento rigido adottato dall'AVCP, se può ben giustificarsi alla luce di una corretta interpretazione giuridico-formale, pone qualche problema alla luce di una più ampia interpretazione di contesto, che tenga conto delle esigenze di sistema nel suo complesso
- Occorre, infatti, tenere conto che è interesse della intera collettività quella di evitare il *default* dell'iniziativa, anche perché questa ipotesi comporta comunque costi notevoli sull'intera collettività (noto il caso della London Underground)

- Di queste esigenze sembra ora farsi carico il legislatore comunitario con le nuove direttive
- Infatti, sia nella direttiva n. 23/2014 (in materia di concessioni) che nella direttiva 24/2014 (appalti nei settori ordinari) ampio spazio è dato alla modifica dei contratti durante il periodo di validità.

In particolare, a parte i lunghi preamboli contenuti nei considerando, gli articoli interessati sono l'art. 43 della direttiva concessioni e l'art. 72 della direttiva sugli appalti nei settori ordinari

- La trattazione dei due testi viene unificata, tenuto conto della sostanziale sovrapposibilità dei due articoli citati
- Ebbene, secondo le nuove direttive questi sono i casi in cui è possibile procedere ad una modifica dei contratti senza una nuova procedura di gara:
 - 1. quando le modifiche sono già previste nei documenti di gara (tipo opzioni)
 - 2. per lavori/servizi/forniture supplementari ove il cambiamento di contraente risulti impraticabile per motivi economici/tecnici e ciò comporti notevoli disagi e un consistente aumento dei costi. Nell'ipotesi in esame, comunque, l'aumento di prezzo non deve eccedere il 50% del valore del contratto iniziale
 - 3. quando si tratti di situazioni sopravvenute imprevedibili secondo la necessaria diligenza, la modifica non alteri la natura generale del contratto e l'aumento di prezzo non superi il 50% del valore iniziale
 - 4. in caso di modifica soggettiva del contraente per vicende relative alla vita dell'impresa (fusioni, acquisizioni ecc.)
 - 5. in caso di modifiche non sostanziali, a prescindere dal loro valore (sono sostanziali quelle che comportano la modifica sostanziale della natura del contratto; in particolare: quando vengono introdotte condizioni che avrebbero consentito la partecipazione di candidati diversi o l'accettazione di una offerta diversa; quando viene modificato l'equilibrio economico del contratto a favore del contraente/concessionario; quando viene esteso notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; nei casi di modifica soggettiva in casi diversi da quelli ammessi)

- Sono poi sempre ammesse le modifiche cosiddette “*de minimis*”:
- quando il valore della modifica è inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria ed è comunque inferiore al 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi/fornitura e per le concessioni (15% per i lavori)
- In ogni caso queste modifiche non devono alterare la natura (complessiva/generale) del contratto
- In caso di più modifiche, si valuta il valore complessivo delle modifiche

- In sostanza codificata la giurisprudenza comunitaria incentrata sul cosiddetto «scope of competition test» (Corte Giust. 29 aprile 2004, C-496/99)

- Quali conclusioni trarre da queste premesse ?
- Rispetto alla situazione normativa oggi vigente si registra un *favor* per la duttilità nell'approccio contrattuale
- Il considerando 107 della direttiva n. 24/2014 è esplicito: non è necessario procedere ad una nuova procedura di gara quando non si apportano modifiche sostanziali al contratto iniziale; ciò si verifica, in particolare, quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale

- L'approccio comunitario è sempre a favore del “taglio sartoriale”: verifica caso per caso
- Forse è una norma-manifesto, ma è difficile codificare qualcosa di più dettagliato. In sede di recepimento, poi, si potrebbe adottare il modello francese (che rinvia alla commissione giudicatrice per verificare l'ammissibilità della variante)

Dovrebbe, comunque, venire meno il limite rigido del “quinto d'obbligo” quale scriminante tra “variante” e “nuovo contratto”

- Inoltre le modifiche (cosiddette) *de minimis* (15% per i lavori e 10% per gli altri) dovrebbero essere sempre ammesse, purché si rimanga sempre al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria
- Alla luce di tali impostazioni avrebbero, ad esempio, potuto essere diverse le conclusioni del parere dell'AVCP

- Da ultimo una notazione problematica di diritto intertemporale
- Le direttive sono state pubblicate sulle GUCE del 28 marzo 2014; sono entrate in vigore venti giorni dopo la pubblicazione, ossia il 17 aprile 2014
- Gli Stati membri hanno due anni di tempo per recepirle (entro il 18 aprile 2016)
- Nella direttiva 23/2014 all'art. 54, comma 2, è previsto che la direttiva medesima non si applichi all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014.
- Al riguardo sorge un dubbio interpretativo: si applica subito ?

AREE DI ATTIVITA'

FUSIONI, ACQUISIZIONI E DIRITTO SOCIETARIO
BANKING
PROJECT FINANCING
DEBT CAPITAL MARKETS
EQUITY CAPITAL MARKETS
FINANCIAL INTERMEDIARIES REGULATION
FONDI DI INVESTIMENTO
CONTENZIOSO E ARBITRATI
RISTRUTTURAZIONI E PROCEDURE CONCORDATARIE,
UE, ANTITRUST E REGOLAMENTAZIONE
DIRITTO DEL LAVORO E DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI
DIRITTO TRIBUTARIO
DIRITTO AMMINISTRATIVO
DIRITTO IMMOBILIARE
DIRITTO DELL'ENERGIA, GAS E RISORSE NATURALI
COMPLIANCE
DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE E DEI TRASPORTI
PROPRIETA' INTELLETTUALE
TMT (TECHNOLOGY, MEDIA, TELECOMMUNICATIONS)
DIRITTO AMBIENTALE

Milano
20123 - Via Dante, 7
T +39 02 89 63 071

Roma
00187 - Via XX settembre, 5
T + 39 06 93 18 271

Londra
EC4N 1TX - 10 - 15 Queen Street
Aldermay House
T +44 (0)20 7074 2211

info@legance.it
www.legance.it

Legance
AVVOCATI ASSOCIATI