

Il principio (di conservazione) dell'equilibrio contrattuale tra risultato e intelligenza artificiale¹

L'*incipit* del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) enuncia i principi generali della disciplina e, tra questi, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

Si tratta di un principio di secondo livello; mentre i principi di primo livello, cioè il principio del risultato, il principio della fiducia e il principio dell'accesso al mercato hanno caratteristiche di massima generalità e astrattezza e costituiscono altresì criteri di interpretazione e di applicazione delle norme del Codice, i principi di secondo livello, invece, hanno carattere più strettamente operativo se non addirittura precettivo, tendendo a sfumare nella regola.

Infatti l'art. 9 del Codice, enunciando il principio di conservazione dell'equilibrio economico del contratto, prevede che la parte pregiudicata da sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea contrattuale, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e in grado di alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, abbia il diritto di ottenere la rinegoziazione delle condizioni contrattuali secondo il criterio della buona fede, nei limiti delle somme a disposizione riportate nel quadro economico dell'affidamento e delle economie derivanti dal ribasso d'asta, al fine di ripristinare l'originario equilibrio contrattuale, risultante dalle condizioni stabilite dal bando e dall'aggiudicazione e senza alterare la sostanza economica del contratto.

La citata disposizione pone sì un principio ma anche una regola che, in presenza di particolari condizioni di squilibrio del rapporto che nasce dal contratto pubblico, attribuisce a una delle parti una situazione giuridica soggettiva volta al ripristino dell'equilibrio, individuandone altresì i criteri e i limiti.

L'art. 9 risponde quindi a precise esigenze di ammodernamento e di internazionalizzazione dei rapporti contrattuali pubblici: ammodernamento, in quanto rende più flessibile il rapporto, consentendone l'adeguamento alle mutate condizioni di mercato, specie nei casi in cui il contratto abbia una più lunga durata (come nel partenariato pubblico-privato) e si inserisca in periodi di particolare incertezza economica (anche legata a situazioni di crisi), favorendo poi la partecipazione alle procedure di affidamento e gli investimenti connessi alla realizzazione di operazioni di maggiore dimensione; internazionalizzazione, in quanto adegua la disciplina dei contratti pubblici alla tendenza, propria del diritto europeo e internazionale, alla flessibilità e alla adattabilità delle condizioni contrattuali, espressa nelle cosiddette clausole di *hardship* contenute nei principi *Unidroit* e nei principi elaborati dalla Commissione Lando, assicurando una maggiore apertura alla prassi contrattuale internazionale e attraendo così una più ampia platea di operatori economici.

¹ Relazione tenuta in occasione del convegno "I principi del nuovo codice dei contratti pubblici alla luce del primo anno di giurisprudenza: innovazione o rivoluzione?" - Salerno 4 giugno 2024.

Non può trascurarsi inoltre che il principio di cui all'art. 9 e la regola ad esso correlata di cui all'art. 120 del Codice ampliano le ipotesi di sindacato sull'equilibrio economico del contratto, ammettendo tale forma straordinaria di controllo anche per i contratti conclusi con la Pubblica Amministrazione, quale specifica categoria di contratti B2B.

Occorre tuttavia osservare che l'art. 9 del d.lgs. n. 36/2023 reca un principio esplicito e un principio implicito.

La conservazione dell'equilibrio contrattuale presuppone infatti l'equilibrio originario del contratto; è possibile la conservazione dell'equilibrio dei contratti già connotati da un originario equilibrio che condiziona e rende concretamente possibile la successiva conservazione.

Di conseguenza, dal principio (esplicito) di conservazione dell'equilibrio contrattuale è possibile ricavare il principio (implicito) dell'equilibrio originario del contratto.

Tale principio costituisce una sorta di *fil rouge* che si dipana attraverso l'intero Codice e, quindi, attraverso l'intero ciclo di vita del contratto, legando la fase di esecuzione a quelle di programmazione, progettazione e affidamento.

Il principio dell'equilibrio contrattuale incide sulla fase di programmazione in quanto anche la scelta del momento più appropriato in cui collocare le attività di affidamento e di esecuzione condiziona l'equilibrio del contratto e la sua conservazione.

Soprattutto in momenti di crisi politico-economica, la rapida evoluzione del mercato di riferimento dell'affidamento e le imprevedibili fluttuazioni dei prezzi dei diversi fattori produttivi (quindi dei diversi costi sopportati dall'impresa) possono avere forti ricadute sull'instaurazione di condizioni di equilibrio contrattuale e sul loro mantenimento.

Non risulta pertanto indifferente, in fase di programmazione, la collocazione temporale delle diverse attività relative al ciclo di vita dell'affidamento, determinandone una maggiore o minore esposizione alle condizioni derivanti dalle oscillazioni economiche, destinate poi a riverberarsi sulle condizioni di bilanciamento delle posizioni delle parti e sulla relativa stabilità.

Allo stesso modo, l'equilibrio statico e dinamico del contratto è condizionato anche dalle scelte effettuate nella fase di progettazione.

In questa fase, infatti, vengono stimati i costi e gli utili d'impresa e determinata la base d'asta, viene scelto il criterio di aggiudicazione e vengono individuati i criteri di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, cosicché l'errore compiuto in questo segmento dell'attività contrattuale può mettere in pericolo o addirittura compromettere l'equilibrio negoziale, la sua conservazione e il suo ripristino, incidendo già a monte sulla possibilità dei concorrenti di formulare offerte non solo "in equilibrio" ma anche in grado di resistere al mutamento delle condizioni di mercato considerate all'atto della loro elaborazione.

È necessario quindi che la Stazione appaltante stimi correttamente i costi delle diverse risorse, umane e materiali, da impiegare nell'esecuzione dell'affidamento e l'utile normalmente atteso dalle imprese del settore, fissando opportunamente la base d'asta; allo stesso modo è essenziale che siano adeguatamente definiti i criteri di valutazione delle offerte tecniche e la formula di valutazione delle offerte economiche; infine devono essere individuate convenienti condizioni contrattuali.

A questo scopo risulta quindi imprescindibile lo svolgimento, da parte della Stazione appaltante, di indagini di mercato volte rilevare le condizioni normative, tecniche ed economiche normalmente praticate dagli operatori del settore e a focalizzare quelle praticabili ovvero quelle suscettibili di adattamento al fine di tener conto delle esigenze del committente pubblico.

È fondamentale poi non solo stimare correttamente i costi e i margini ma anche formulare adeguate previsioni circa la loro possibile evoluzione, soprattutto per i contratti che si collocano in contesti economici di maggiore tensione e per quelli di maggior durata.

Non è sufficiente, alla luce del principio in esame, considerare le condizioni economiche sussistenti al momento dell'avvio della procedura e della stipula del contratto ma è quantomeno opportuno valutare anche la loro probabile evoluzione nel corso della vita del rapporto, apprezzando il contratto in chiave prospettica e ipotizzando il possibile sviluppo delle condizioni del mercato; devono essere fissate, quindi, condizioni non solo di equilibrio astratto, che consentano, staticamente, la formulazione di proposte bilanciate, ma anche di equilibrio concreto, idonee a sollecitare la presentazione di offerte in grado di resistere, dinamicamente, all'eventuale alterazione del quadro economico di riferimento.

La progettazione dell'architettura della gara e del contratto incide fortemente sulla effettività del principio in questione, in particolare sul rispetto della sua parte implicita e sulla applicabilità di quella esplicita.

In quest'ottica risulta essenziale anche la fissazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche e di formule di attribuzione dei punteggi relativi alle offerte economiche che non sollecitino oltre misura la competizione tra i concorrenti, aumentando i costi o riducendo i margini di utile in modo eccessivo.

A tal proposito occorre segnalare che il nuovo d.lgs. n. 36/2023 non supporta le Stazioni appaltanti nella modulazione della formula di valutazione delle offerte economiche, in quanto non reca alcuna indicazione al riguardo.

Si tratta di un profilo non presidiato nell'ambito del nuovo Codice, a differenza di quanto previsto dal d.lgs. n. 163/2006 che forniva indicazioni più generali sui metodi di attribuzione del punteggio e dal d.lgs. n. 50/2016 che, con le linee guida n. 2, illustrava le caratteristiche delle diverse formule utilizzabili e le conseguenze sulla competizione tra i concorrenti.

Si tratta di un vuoto normativo che difficilmente potrà essere colmato dalla giurisprudenza, sempre più aperta verso le diverse formule proposte dalle Stazioni appaltanti, purché rispondano alla logica di base

dell'attribuzione del punteggio maggiore all'operatore a cui fa capo l'offerta migliore e non restituiscano risultati assurdi, illogici o inversi rispetto alla gradazione delle offerte.

Tuttavia, l'utilizzo di una formula lineare, bilineare o non lineare non è indifferente in termini di stimolo alla concorrenza, incidendo così anche sulle condizioni e sui margini di equilibrio e riequilibrio delle proposte e dei successivi contratti.

Infatti l'eccessiva spinta alla concorrenza potrebbe indurre gli operatori economici a proporre prezzi contenuti rispetto ai costi da sostenere e quindi in grado di generare margini di utile esigui, tali da rendere le condizioni economiche del futuro contratto più sensibili alle turbolenze dei mercati.

L'instaurazione e il mantenimento dell'equilibrio contrattuale presuppongono quindi una corretta progettazione, non solo del rapporto contrattuale ma ancor prima della procedura di gara.

Sotto altro profilo, occorre considerare gli strumenti a disposizione degli operatori economici al fine di contestare la non corretta progettazione della procedura e del contratto, qualora idonea a compromettere l'equilibrio del rapporto.

Se il potenziale concorrente può ricorrere alla immediata impugnazione della *lex specialis* qualora rechi, tra le varie ipotesi, disposizioni abnormi o irragionevoli che rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione, condizioni negoziali che rendono il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, formule matematiche del tutto errate, potrebbe tuttavia ipotizzarsi un ampliamento del novero delle clausole immediatamente escludenti, fino a includere anche quelle che incidono sul rapporto negoziale in modo da non garantire l'equilibrio iniziale del contratto o la sua conservazione, secondo la ricostruzione desumibile dall'art. 9 del nuovo d.lgs. n. 36/2023.

Può ipotizzarsi, al riguardo, il caso in cui le condizioni economiche proposte dalla Stazione appaltante si rivelino, alla luce di una ragionevole analisi evolutiva e prospettica, non idonee ad assicurare la formulazione di offerte in grado di resistere alle incertezze dell'andamento del ciclo economico.

A bene vedere però le fattispecie in questione possono considerarsi specificazione di altre già tipizzate dalla giurisprudenza che, da tempo, ammette l'impugnazione degli atti di avvio della procedura di gara qualora impediscano la formulazione di offerte consapevoli o convenienti.

La rimeditazione dell'orientamento sinora seguito dalla giurisprudenza, con l'aggiunta di ulteriori ipotesi di clausole immediatamente escludenti in grado di onerare l'operatore economico dell'immediata impugnazione della disciplina di gara, si scontra tuttavia con l'elevato grado di incertezza che una simile analisi comporta e che potrebbe essere però ridotto alla luce degli strumenti di analisi offerti dalla scienza economica, non diversamente da altre fattispecie ordinariamente incluse tra quelle soggette all'immediata reazione degli operatori economici (insufficienza della base d'asta, fissazione di condizioni tecniche o economiche non praticabili, insufficienza delle informazioni fornite ai fini della consapevole formulazione dell'offerta).

Nella fase della procedura di gara, poi, le astratte premesse di equilibrio (già delineate nella fase di progettazione attraverso l'architettura di gara) si traducono nelle concrete condizioni proposte dai concorrenti, incidendo sull'equilibrio iniziale, sui margini di equilibrio e sui risparmi destinati al ripristino dell'equilibrio in fase di esecuzione.

Le condizioni di equilibrio del contratto vengono quindi delineate dalla combinazione dei risultati della fase di progettazione e di quelli della fase di gara. In quest'ottica deve essere letto il riferimento contenuto nell'art. 9, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, al bando e all'aggiudicazione quali termini di riferimento per la determinazione dell'equilibrio originario del contratto.

In questa fase, il principio dell'equilibrio contrattuale giustifica la nuova formulazione della disciplina in materia di avvalimento, che recepisce anche la pregressa giurisprudenza.

Il nuovo Codice, come già la giurisprudenza formatasi nel vigore del Codice previgente, considera il contratto di avvalimento come contratto oneroso o come contratto gratuito ma economicamente interessato, ammettendo uno specifico vaglio di tale profilo, al fine di garantire l'effettività e la serietà del rapporto.

Nella medesima prospettiva, non può escludersi che al sindacato del giudice amministrativo sulla adeguatezza del corrispettivo non sia estraneo anche un controllo più generale dell'equilibrio contrattuale, in applicazione del principio previsto dall'art. 9 del Codice, che rivela pertanto anche una sorta di *vis* espansiva in relazione ai rapporti contrattuali che si riconnettono al contratto pubblico.

Il contratto di avvalimento è infatti un contratto collegato al contratto tra il committente privato e l'Amministrazione; pertanto non può escludersi che l'equilibrio del primo possa incidere sull'equilibrio del secondo.

Quindi il controllo consentito sul contratto di avvalimento potrebbe estendersi dalla semplice adeguatezza del corrispettivo previsto, in una prospettiva di affidabilità del rapporto e di effettiva messa a disposizione dei requisiti e delle risorse previsti, alla sussistenza di condizioni di equilibrio contrattuale, affinché lo squilibrio del rapporto tra imprese derivante dall'avvalimento non si ripercuota a cascata sul rapporto tra impresa e Amministrazione che ad esso si connette.

Previsione analoga a quella dell'art. 104, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 non è tuttavia contenuta nell'ambito della disciplina del contratto di subappalto che pure si ricollega al contratto stipulato con l'Amministrazione.

In relazione a tale contratto non è infatti prevista alcuna verifica della adeguatezza del corrispettivo, né *ex ante* né *ex post*, sebbene sussista una analoga esigenza di garanzia della credibilità e dell'equilibrio del rapporto, destinati peraltro anche in questo caso a ripercuotersi sul contratto stipulato dall'Amministrazione.

In assenza di previsioni specifiche, tuttavia, è difficile ammettere un simile apprezzamento unicamente sulla base del principio previsto dall'art. 9 del Codice.

Momento essenziale di controllo dell'equilibrio contrattuale è, infine, quello della verifica di congruità delle offerte.

Al riguardo occorre considerare che il nuovo art. 110 del Codice non definisce, a differenza della previgente disciplina, criteri per l'individuazione delle offerte anomale ma dispone che il bando indichi "gli elementi specifici ai fini della valutazione" di congruità o di anomalia ovvero quei particolari profili dell'offerta oggetto di verifica, su cui cioè dovrà concentrarsi l'attenzione della Stazione appaltante in sede di richiesta di giustificazioni e di conseguente valutazione nonché l'attenzione dello stesso concorrente in sede di formulazione dell'offerta.

Sulla base di tali elementi, poi, verranno anche individuate le offerte sospette di anomalia in quanto l'art. 110, comma 1, del Codice fa riferimento a tali "elementi specifici" sia per la scelta delle offerte da sottoporre a verifica sia per la valutazione di congruità ("valutano la congruità ... della migliore offerta che in base a elementi specifici ... appaia anormalmente bassa" ... "il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione").

La necessità che la Stazione appaltante provveda alla individuazione di tali elementi prima dell'avvio della procedura si comprende se si considera che la stessa ben conosce le possibili criticità delle proposte, in ragione dell'esperienza maturata nei precedenti affidamenti.

Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di verifica di congruità non sono mutati. La Stazione appaltante deve procedere a una verifica complessiva dell'equilibrio dell'offerta, senza focalizzarsi su singoli costi eventualmente incongrui ma accertando la serietà e la sostenibilità globale della proposta, ammettendo all'aggiudicazione anche offerte che evidenziano margini di utile ridotti.

Tuttavia occorre evidenziare, proprio alla luce del principio dell'equilibrio contrattuale, due criticità connesse alla citata disposizione dell'art. 110 del Codice.

La mancata indicazione degli elementi che consentono di individuare le offerte sospette di anomalia e di verificarne la congruità, essendo essenziale ai fini della formulazione di una offerta idonea a superare il vaglio dell'Amministrazione, dovrebbe tradursi in una ulteriore ipotesi di immediata impugnazione della *lex specialis*, in quanto in grado di impedire la formulazione di una offerta consapevole, nell'ottica dell'adeguato presidio degli specifici profili della struttura dei costi oggetto dell'attenzione dell'Amministrazione.

Infatti, il bando che non indichi "gli elementi specifici" di cui all'art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 impedisce ai concorrenti la formulazione dell'offerta, in quanto non indica *ex ante* gli aspetti della proposta che l'Amministrazione dovrà considerare nell'ambito delle valutazioni e delle verifiche previste e che l'impresa dovrà maggiormente presidiare in quanto in grado di evidenziare criticità e debolezze dell'offerta.

Allo stesso modo il principio dell'equilibrio economico del contratto potrebbe indurre a rimettere in discussione quella giurisprudenza che esclude che l'incongruità dell'offerta possa derivare dalla non corretta stima di singole e secondarie voci di costo o da margini di utile modesti.

Se la conservazione dell'equilibrio contrattuale presuppone l'equilibrio originario del contratto, è proprio in sede di verifica di congruità che tale equilibrio deve essere verificato, al fine di stabilire le necessarie premesse della sua conservazione.

In tale sede, di conseguenza, dovrebbero essere valutate con maggiore attenzione la portata e le conseguenze della incongruità di singoli costi, specie se relativi a quegli "elementi specifici" indicati dalla Stazione appaltante all'avvio della procedura, al fine di verificarne l'impatto sull'equilibrio economico contrattuale, non solo in relazione alla possibile evoluzione del quadro economico in cui si inserisce il contratto stesso ma anche alla maggiore o minore sensibilità rispetto a tale evoluzione e quindi al carattere "prociclico" o "anticiclico" del contratto.

Allo stesso modo, anche utili esigui o prossimi allo zero possono suggerire l'analisi dei "fattori di contesto" relativi al contratto, al fine di valutare la capacità del rapporto di conservare il (seppur minimo) livello di rendimento o la disponibilità, nell'ambito della proposta, di adeguati *buffer* per resistere agli andamenti altalenanti del mercato.

Il principio sancito dall'art. 9 potrebbe, di conseguenza, indurre a rimeditare la giurisprudenza in materia di verifica di congruità, pretendendo che le offerte evidenzino un margine di utile adeguato, pena l'anomalia e l'esclusione.

Pertanto, se la mancanza delle condizioni per la formulazione di offerte in equilibrio può condurre all'impugnazione della legge di gara, il riscontro di inadeguati margini di profitto necessari all'instaurazione di un rapporto equilibrato e resistente a fattori di squilibrio potrebbe, sotto altro profilo, condurre all'esclusione del concorrente.

Con più specifico riferimento alla fase di esecuzione, l'art. 120, comma 8, del Codice, richiamando espressamente l'art. 9, si traduce in una applicazione diretta del principio esplicito della conservazione dell'equilibrio contrattuale.

La citata disposizione prevede, infatti, la modificabilità del contratto "ai sensi dell'art. 9" ovvero, come previsto da quest'ultimo, nel caso in cui sopravvengano circostanze straordinarie imprevedibili, estranee alla normale area del contratto (circostanze intrinseche al contratto), all'ordinaria fluttuazione economica del mercato di riferimento (circostanze estrinseche al contratto) e al rischio di mercato (circostanze quindi connesse all'andamento della domanda e dell'offerta, riferibili specificamente ai contratti di partenariato pubblico - privato), tali da alterare in maniera rilevante l'originario equilibrio contrattuale; il citato art. 9 attribuisce alla parte svantaggiata, che non abbia assunto il rischio di un disequilibrio connesso a circostanze eccezionali accettando specifiche clausole negoziali, il diritto alla rinegoziazione delle condizioni del contratto secondo un criterio di buona fede.

In realtà l'art. 120, comma 8, aggiunge al criterio della buona fede anche il diverso criterio cristallizzato dalle parti nelle eventuali clausole di rinegoziazione già inserire nel contratto o nelle clausole di

adeguamento delle condizioni contrattuali, ammettendo poi che la rinegoziazione possa essere disciplinata dalle parti stesse secondo meccanismi diversi, anche di tipo automatico.

In mancanza, il contraente svantaggiato (che non necessariamente è l'impresa ma che ben potrebbe essere anche l'Amministrazione) può far valere, senza ritardo e senza sospendere l'esecuzione, il diritto alla rinegoziazione alla luce del criterio generale previsto dal Codice e ottenere dal RUP la formulazione di una proposta.

Qualora le parti raggiungano un accordo, il contratto risulta modificato dalle pattuizioni concluse; qualora tale accordo non sia raggiunto, la parte istante può agire in giudizio al fine di ottenere l'adeguamento del contratto mediante una pronuncia giurisdizionale.

Le negoziazioni tra le parti e l'eventuale pronuncia del giudice hanno l'obiettivo di ripristinare l'equilibrio originario del contratto, come risultante dalla combinazione delle previsioni della *lex specialis* e dalle condizioni di aggiudicazione, al fine di non realizzare una modifica sostanziale del negozio.

La disciplina del Codice consente di configurare, a fronte del diritto alla rinegoziazione, un obbligo non di contrarre ma di contrattare, considerato che l'eventuale intervento del giudice, connesso al fallimento delle trattative, è volto a definire le nuove condizioni del contratto come risultanti non da una predefinita operazione dalle parti o dalla legge ma dall'applicazione della clausola di buona fede.

A differenza di quanto previsto nell'ambito delle clausole di *hardship*, il Codice non prevede invece la risoluzione del contratto, configurando quello in questione come uno strumento di tipo manutentivo, in considerazione dell'interesse pubblico alla conservazione del rapporto e alla continuità della prestazione.

Si pone a questo punto il problema dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione.

La previsione di un diritto alla rinegoziazione e di un obbligo di rinegoziare, nell'ambito della fase esecutiva del contratto, induce a ritenere sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

Non si può tuttavia escludere la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto lo stesso art. 9 del Codice specifica che gli oneri connessi alla rinegoziazione siano riconosciuti "a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta". Tale previsione sembra attribuire all'Amministrazione un potere valutativo connesso a un limite di tipo economico e correlato all'interesse pubblico alla prevedibilità dei costi del complessivo intervento. Pertanto, se è vero che la rideterminazione delle condizioni contrattuali deve avvenire sulla base di un criterio di buona fede, è anche vero che l'applicazione di tale criterio incontra il limite della disponibilità di somme riferibili all'intervento.

Non può negarsi poi la giurisdizione del giudice amministrativo sui vizi relativi alle fasi della progettazione e dell'affidamento, derivanti dalla violazione del principio dell'equilibrio contrattuale e delle specifiche norme che ne possono costituire espressione; ciò rafforza l'ipotesi della giurisdizione del giudice amministrativo anche sulle controversie relative alla rinegoziazione, in quanto tale giurisdizione investirebbe

profili strettamente collegati, non solo a un potere valutativo proprio della fase di esecuzione, ma anche ai poteri propri delle fasi di progettazione e affidamento: le scelte compiute in queste fasi incidono sulla possibilità di formulare offerte e di stipulare contratti caratterizzati da condizioni iniziali di equilibrio nonché sulla realizzazione di risparmi a loro volta in grado di condizionare la modifica del contratto in fase di esecuzione.

Infine, occorre rammentare che l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche per le controversie relative “ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, commi 3 e 4” del d.lgs. n. 163/2006 ovvero agli atti che, pur riferiti allo specifico settore dei lavori pubblici, attribuiscono all'affidatario compensazioni in relazione all'aumento del costo dei materiali “per effetto di circostanze eccezionali” e “nel limite delle risorse di cui al comma 7” cioè delle somme accantonate per imprevisti e delle ulteriori somme a disposizione tra cui quelle derivanti dai ribassi d'asta.

Nonostante l'abrogazione del d.lgs. n. 163/2006, la citata disposizione ben potrebbe radicare la giurisdizione, anche esclusiva, del giudice amministrativo, considerata la sovrapponibilità delle fattispecie, nell'ambito delle quali riconosce in ultima analisi l'esercizio di un potere autoritativo.

Il principio dell'equilibrio contrattuale si ricollega poi a quello del risultato.

Il ciclo di vita del contratto ha, in ultima analisi, l'obiettivo del rapido affidamento e dell'altrettanto rapida esecuzione con il miglior rapporto qualità/prezzo ovvero quello che l'art. 1 del nuovo Codice definisce come “risultato”

Il risultato dell'Amministrazione, tuttavia, passa attraverso il risultato dell'impresa aggiudicataria: solo se l'aggiudicataria riesce a conseguire il proprio risultato (un ragionevole margine di profitto), l'Amministrazione può realizzare il proprio (massima tempestività e qualità di esecuzione); in altri termini, solo se il contratto risulta economicamente conveniente per l'affidatario può generare valore per l'Amministrazione producendo la miglior opera, il miglior servizio o la migliore fornitura e quindi concretizzando quell'ottimale rapporto qualità/prezzo astrattamente previsto dal contratto.

Di conseguenza, un contratto equilibrato, ovvero in grado di realizzare pienamente l'interesse dell'Amministrazione e dell'impresa, costituisce premessa del risultato ovvero della realizzazione degli obiettivi non solo della parte pubblica ma anche di quella privata.

In tale prospettiva, è possibile cogliere una prima interazione del principio dell'equilibrio contrattuale e del principio del risultato.

Inoltre, al pari dell'equilibrio contrattuale, anche il risultato riguarda entrambe le parti del rapporto, sebbene l'art. 1 del Codice faccia riferimento unicamente all'Amministrazione e osservi il risultato dal punto di vista dell'interesse pubblico.

Infatti, l'equilibrio contrattuale deve assicurare il contemperamento e la realizzazione degli interessi di entrambe le parti cosicché solo un rapporto contrattuale equilibrato è in grado di resistere o di adeguarsi agli shock del mercato, garantendo la realizzazione del risultato previsto dall'art. 1 del Codice quale necessaria condizione.

A ciò si aggiunga che anche quello del risultato, poi, è un principio non solo di carattere giuridico ma soprattutto di carattere economico, in quanto sancito espressamente dal Codice ma in grado di mettere in luce caratteristiche economiche del rapporto.

Quindi il principio del risultato è un principio quadrivalente, giuridico ed economico, riferito all'Amministrazione e all'operatore economico, di cui quello dell'equilibrio contrattuale (che manifesta analoga struttura) costituisce specifica applicazione in relazione alle condizioni economiche previste in fase di affidamento e di esecuzione.

È necessario infine esaminare le applicazioni dell'intelligenza artificiale ai fini dell'instaurazione o del ripristino delle condizioni di equilibrio del contratto pubblico, quale supporto o sostituto degli operatori nella valutazione contestuale degli elementi interni ed esterni al rapporto, riferiti al contesto contrattuale e a quello economico.

L'intelligenza artificiale può rivelarsi utile nella complessa valutazione dell'equilibrio contrattuale, considerato non isolatamente ma anche nell'ambito della dinamica di mercato, in quanto le capacità di calcolo, di analisi e di previsione dei sistemi informatici possono, sulla base dei dati già disponibili e del relativo andamento, delinearne l'ulteriore evoluzione e così stabilire condizioni contrattuali equilibrate o riequilibrate.

Le citate capacità possono essere utilizzate per la valutazione dei dati di gara e dei dati di mercato, di quelli della singola impresa e di quelli delle altre imprese del settore, anche in chiave prospettica, verificando l'esattezza dei dati stessi, la correttezza dei criteri di valutazione, l'attendibilità dei presupposti, la verosimiglianza degli esiti delle previsioni; i sistemi informatici potrebbero analizzare, ad esempio, le offerte economiche prodotte nelle precedenti edizioni della medesima procedura, nelle procedure aventi il medesimo oggetto e in quelle comunque afferenti al medesimo settore merceologico, svolte dalla stessa o da altre Stazioni appaltanti, la struttura dei costi e il margine di utile degli operatori del settore come risultanti dalle verifiche di anomalia condotte nell'ambito delle citate procedure, i fondamentali del settore merceologico e dell'economia, prevedendone anche l'evoluzione, ai fini della definizione della base d'asta delle successive procedure della specie, della fissazione dell'esponente corretto (ovvero idoneo a evitare reazioni di eccessiva competizione) nelle formule di valutazione delle offerte economiche o della corretta valutazione della congruità delle offerte, con l'obiettivo ultimo di assicurare le premesse per la creazione e la conservazione, nel quadro economico della Stazione appaltante e nel *business plan* dell'impresa, di *buffer* volti a contenere gli effetti di eventuali turbolenze economiche.

Più in generale, i sistemi di intelligenza artificiale potrebbero trovare applicazione nell'intero ciclo di vita del contratto per determinare condizioni di equilibrio, anche idonee a resistere a eventuali evoluzioni, nonché per rideterminare tali condizioni in occasione di un sopravvenuto e significativo squilibrio.

Non può escludersi che le capacità computazionali dell'intelligenza artificiale siano utilizzate dalle stesse imprese per la formulazione di offerte perfettamente rispondenti alle caratteristiche aziendali dell'offerente e alle esigenze della Stazione appaltante nonché competitive rispetto a quelle dei potenziali concorrenti.

L'impatto che l'intervento dell'intelligenza artificiale può avere nei rapporti tra imprese e Amministrazioni nel settore dei pubblici affidamenti non è trascurabile; è possibile che Amministrazione pubblica e imprese e imprese tra loro si trovino, in futuro, a competere in merito alla disponibilità e alla capacità di calcolo degli strumenti di intelligenza artificiale, riproducendo a livello individuale la competizione, da molti prospettata e paventata, tra le grandi Potenze nella capacità computazionale nazionale in relazione a settori anche non economici.

La sfida del futuro per i rapporti tra Amministrazione e cittadino/impresa potrebbe pertanto riguardare proprio la gestione dei rispettivi e contrapposti sistemi di intelligenza artificiale, sfida che attiene anche alla partecipazione all'attività amministrativa in sé considerata e che potrebbe prendere avvio proprio nel settore dei contratti pubblici e riguardare l'elaborazione, l'analisi o la valutazione delle offerte tecnico-economiche.

Allo stesso modo, in caso di alterazione delle condizioni di equilibrio contrattuale per circostanze non ordinarie, non può escludersi che le parti affidino a sistemi di intelligenza artificiale la verifica dell'effettiva eccezionalità dello squilibrio, la determinazione della misura della incidenza delle predette circostanze sull'equilibrio del rapporto e la definizione delle nuove condizioni contrattuali o che i medesimi sistemi possano supportare il giudice nella concretizzazione della regola di buona fede in ordine alla rinnovata ponderazione del rapporto, suggerendo misure di ripristino dell'equilibrio originario.

In questo contesto risulta vitale la valorizzazione del principio di umanità.

I sistemi di intelligenza artificiale mancano di autocoscienza, in particolare non hanno coscienza di sé e del proprio rapporto con la società, non possono quindi interpretare, definire e perseguire il bene comune e non sono in grado, di conseguenza, di selezionare quelle offerte che, pur non perfette in quanto non pienamente rispondenti alle analisi condotte, sono tuttavia in grado di generare valore per la comunità e innovazione per il mercato e quindi possibilità di sviluppo economico.

Mentre la *black box*, in negativo, impedisce la ricostruzione della sequenza logica che ha condotto il sistema informatico a restituire un determinato risultato, la capacità di intuizione dell'essere umano, in positivo, consente di interpretare l'interesse pubblico alla luce della coscienza personale e della sensibilità sociale, individuando e motivando quelle soluzioni in grado di massimizzare il benessere della comunità e dei suoi membri, dando fiducia alle imprese.

Sotto questo profilo, lo stesso principio della fiducia manifesta non solo la dimensione statica dell'“avere fiducia” ma anche quella dinamica del “dare fiducia” ovvero la capacità dell'Amministrazione di agire sugli spazi di manovra concessi dalla legge per superare le rigidità del dato meramente formale e selezionare imprese e soluzioni di cui è possibile intuire ed evidenziare le potenzialità in termini di stimolo alla crescita e allo sviluppo.

I sistemi di intelligenza artificiale non potranno quindi sostituire la capacità imprenditoriale, che è capacità di percepire le tendenze sociali ed economiche e di rispondere ad esse con creatività, né la capacità dei pubblici amministratori di dare fiducia alle imprese e alle proposte da queste formulate nell'ambito delle procedure di gara, scommettendo anche sulla loro abilità nel fronteggiare situazioni critiche, in entrambi i casi, andando al di là dei dati e rispondendo a una precisa visione del Paese, dei suoi valori fondamentali e dei suoi obiettivi di benessere e pace.

Raffaele Esposito - I referendario

TAR Campania - Salerno