

II Sezione del TAR Lazio di Roma, sentenza n. 12902 del 31 luglio 2023
Pres. F. Riccio; Est. G. Vigliotti.
in www.giustizia-amministrativa.it
di Giovanni Sergio*

PROFILI ERMENEUTICI E ASPETTI APPLICATIVI DELLA CLAUSOLA DI REVISIONE
PREZZI NEI CONTRATTI PUBBLICI AD ESECUZIONE PERIODICA O CONTINUATIVA.
TRA ALEA DEL CONTRATTO E CONSERVAZIONE DEL SINALLAGMA
CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1.- Considerazioni introduttive e questioni affrontate dalla sentenza in commento; 2.- Inquadramento normativo del meccanismo di revisione prezzi; 3.- L’alea di rischio quale limite applicativo del meccanismo di revisione prezzi; 4.- L’inadeguatezza della clausola di revisione prezzi a mantenere l’equilibrio contrattuale delle parti in esecuzione; 5.- Conclusioni.

1.- Considerazioni introduttive e questioni affrontate dalla sentenza in commento.

Il Tribunale amministrativo per il Lazio, sezione seconda, ha avuto modo di approfondire la clausola di revisione prezzi negli appalti pubblici di durata, prendendo posizione in ordine all’automatica applicazione di essa alla luce del sopravvenuto aumento dei costi di approvvigionamento delle materie prime e a prescindere dalla prova dell’effettivo danno subito.

La pronuncia in esame ha il pregio di dettare rilevanti criteri ermeneutici di interpretazione della clausola revisionale, resa obbligatoria nei contratti pubblici dal cd. “Nuovo Codice” (art. 60, D. Lgs. n. 36 del 2023), in un momento storico in cui la stabilità economica è messa in discussione da cicliche e ripetute crisi.

La pregnanza di tale decisione è da rinvenirsi nella particolare valenza di tale istituto, la cui finalità è duplice: salvaguardare l’interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi non siano esposte a cause sopravvenute e, al contempo, bilanciare l’interesse dell’operatore economico ad erogare la propria prestazione a un prezzo ragionevole, così da garantire all’utente un servizio qualitativo non inferiore a quello previsto in sede contrattuale¹.

In tal senso, la clausola in parola si pone come strumento negoziale - di origine legale - volto a mantenere l’equilibrio contrattuale ed è sintesi dell’interesse della stazione appaltante e dell’operatore

(*) Laureato in Giurisprudenza presso l’Università degli Studi di Salerno e dottorando in “Economia e Politiche dei mercati e delle imprese”, curriculum “Diritto e Mercato Globale”, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche.

¹ Cfr. G. Natale, *La rinegoziazione del contratto: principio “estrinseco” o “intrinseco al nostro ordinamento”*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* 2 (2022) 13s.; T. Tessaro, *Caro energia, mutamento delle condizioni contrattuali ed emersione di passività nelle verifiche delle Sezioni regionali della Corte dei conti circa il corretto esercizio dello “ius variandi” negoziale e di bilancio*, in *Rivista della Corte dei Conti* 2 (2022) 53s.; P. Pantaleone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizioni per l’attuazione del PNRR, tra principi europei e vischiosità normative nazionali*, in *Diritto amministrativo* 1 (2023) 97s.; R. Berloco, *Sopravvenienze e appalti di lavori pubblici: la revisione dei prezzi tra interesse legittimo e diritto soggettivo*, in *Rivista trimestrale degli appalti* 1 (2023) 77s.; S. Grandolini, *L’obbligo di rinegoziazione degli accordi amministrativi. Due modelli a confronto*, in *Il diritto dell’economia* 1 (2022) 343s.; G. A. M. Trimarchi, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle “clausole generali”*, in *I Contratti* 4 (2020) 433s.; G. Villanacci, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Persona e Mercato* 4 (2015) 5s.

economico ad avere un rapporto duraturo e continuativo caratterizzato dalla buona fede², lettura che è stata recentemente fatta propria dal nuovo codice dei contratti pubblici per come emerge *ex professo* dall'art. 9 in cui è scolpito il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale³.

La decisione in commento si origina da un'imprevedibile alterazione del summenzionato sinallagma, dovuta all'improvviso aumento del gas naturale, venendo censurata da parte ricorrente la modalità di applicazione della clausola di revisione prezzi convenzionalmente prevista che, secondo le argomentazioni prospettate, non sarebbe adeguata a conservare l'equilibrio economico del contratto. Nel dettaglio, veniva impugnato l'Allegato D della Convenzione Consip del servizio integrato energia per la P.A. nella parte in cui era disposta la revisione dei corrispettivi e delle tariffe sulla base di prezzi unitari del gas naturale dettati da ARERA⁴ in considerazione dell'imprevedibile aumento dei costi causato dal caro energia.

Secondo il ragionamento della ricorrente, l'inadeguatezza di tale parametro alla conservazione dell'equilibrio contrattuale determinerebbe l'illegittimità parziale di detta clausola ai sensi dell'art. 1419 c.c. - obbligatoria data la normativa *illo tempore* vigente (art. 115 del D.Lgs 163 del 2006) - in quanto il criterio operativo di riferimento da cui la variazione si originava (dettato da ARERA) da un lato, agevolava il solo utente finale, prevedendo la diminuzione dell'IVA dal 22 % al 5%, e, dall'altro, riguardava solo particolari fruitori finali, ossia gli utenti di medio-piccole dimensioni, serviti dalla ricorrente solo in via marginale.

A fronte dell'asserita irragionevolezza delle modalità operative di detta clausola, la medesima assumeva essere esistente in suo favore un diritto alla rinegoziazione scevro dall'applicazione dei summenzionati parametri, attraverso cui si riuscisse effettivamente a ripristinare l'equilibrio

² Sull'operatività della clausola della buona fede quale criterio ermeneutico di revisioni prezzi v. A. Pisu, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017; G. Marasco, *La rinegoziazione del contratto - Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; F. P. Patti, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2 (2013) 120s.; F. Criscuolo, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Rivista dell'arbitrato* 1 (1999) 71s.; M. R. Morelli, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giustizia civile* 9 (1994) 2168s.; F. Zemignani, *La buona fede integrativa e l'obbligo di rinegoziazione: una rimediazione al tempo del covid-19*, in *giustiziacivile.com* 12 (2020) 4s.

³ Art. 9, D.Lgs. n. 36 del 2023: "1. Se sopravvivono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisi e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta. 2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica. 3. Se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale. 4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze. 5. In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120".

⁴ Circa il tema dei poteri eterointegrativi delle Autorità indipendenti del settore energetico si veda D. Fauceglia, *I contratti di utenza energetica e i poteri dell'Autorità indipendente del settore energetico: un esempio di integrazione del contratto*, in *Rivista di diritto dell'impresa* 1 (2019) 87s.; F. Zammartino, *Il modello molteplici. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020; G. Michele, *Autorità Amministrative Indipendenti. Caratteri, tipologie, procedimenti in attribuzione e tutele giurisdizionali*, in *Rassegna avvocatura dello Stato* 4 (2022) 4s.

contrattuale perduto. Veniva, quindi, richiesto al giudice l'accertamento di tale diritto e, conseguentemente, l'annullamento degli atti impugnati.

Parte resistente sosteneva la legittimità del proprio operato facendo leva, essenzialmente, su tre profili: a) L'accettazione convenzionale dei criteri ARERA da parte della ricorrente in sede di stipula del contratto, come evincibile dall'art. 12.7.2 del Capitolato Tecnico, il quale espressamente prevedeva la possibilità di operare la diminuzione dei costi in presenza a un aumento della "Componente Energia" per il solo "Cliente Domestico tipo" pari all'80 %, sulla base di rilevazioni poste in essere da ARERA dalla periodicità trimestrale; b) L'assoluta assenza di un diritto alla rinegoziazione in capo alla ricorrente, in quanto la diminuzione del prezzo per fatti imprevedibili è connotata da discrezionalità amministrativa e, di conseguenza, incoercibile dalla *voluntas privatorum*, salvo che la medesima P.A. non voglia dar luogo ad accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo; c) L'inconferenza della tesi di controparte nella parte in cui sosteneva l'assenza del carattere di effettività della misura applicata, dovendo viceversa ricondursi l'aumento dei prezzi patito come margine di rischio riconducibile allo svolgimento dell'attività di impresa.

2.- Inquadramento normativo del meccanismo di revisione prezzi.

Data la complessità dell'argomento, l'approfondimento in esame non può prescindere da un inquadramento del meccanismo di revisione dei prezzi per i contratti ad esecuzione periodica, anche alla luce delle rilevanti novità introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici nel solco della normativa emergenziale e, in particolare, dal passaggio da facoltà a obbligo di inserimento delle clausole revisionale in tali negozi. Preliminarmente, dato l'innestarsi della clausola di revisione di prezzi in un negozio già definito, rileva la disciplina dettata dal Codice civile e i rimedi a carattere conservativo o ablatorio delineati dal legislatore in presenza di una causa di forza maggiore che stravolge il sinallagma contrattuale⁵.

Tra i primi, di assoluta pregnanza è l'istituto dettato in materia di appalto ai sensi dell'art. 1664 c.c.⁶, essendo riconosciuta all'appaltatore o al committente la possibilità di richiedere la revisione del prezzo pattuito in presenza di circostanze imprevedibili da cui dipendono aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della mano d'opera in maniera superiore al decimo del prezzo convenuto. Siffatta norma di relazione, il cui carattere è chiaramente conservativo degli effetti del negozio stabilito, è una norma di attuazione della clausola di buona fede *in executionis* di cui all'art. 1375 c.c., che governa interamente la disciplina del negozio giuridico come evincibile dagli artt. 1175, 1176, 1337 e 1366 c.c.⁷

⁵ Sul tema: A. G. Diana, *La forza maggiore nella crisi dei rapporti contrattuali*, Milano, 2021; E. Damiani, *L'impatto della pandemia e della guerra sul diritto dei contratti*, in *Jus civile* 1 (2023) 88s.; E. Fregonara, *Impresa, contratti di durata, sopravvenienze e assetti adeguati: opportuno o necessario l'intervento dell'autonomia privata?*, in *Il Nuovo Diritto delle Società* 5 (2022) 751s.; A. De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com* 3 (2020) 6s.; G. Cacciapuoti, D. Ciccarelli, F. Visconti, *La pandemia da Coronavirus COVID-19: effetti discendenti sui contratti pubblici*, in *Appalti e Contratti* 4 (2020) 10s.; A. Visentin, *Forza maggiore ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto francese, italiano e tedesco*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 1 (2020) 177s.; G. Musolino, *Caso fortuito e forza maggiore nel contratto di appalto*, in *Rivista trimestrale degli appalti* 3 (2003) 655s.

⁶ In ordine all'applicabilità in sede pubblicistica del meccanismo revisionale dettato in via generale dal legislatore in relazione del contratto, la costante giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che data la natura speciale della normativa di settore, non vi è la possibilità per l'operatore economico di avvalersi del rimedio di cui all'art. 1664 in tema di appalti pubblici. Per tali ragioni, si è esclusa l'applicabilità del 1664 c.c. in favore della diretta applicabilità, *ratione temporis*, degli artt. 115 del D.Lgs n. 163 del 2006, 106 del D.Lgs n. 50 del 2016, 60 del D.Lgs n. 36 del 2023 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4/4/2022, n. 2446; *Id.*, 9/6/2008, n. 2786; *Id.*, sez. III, 19/6/2018, n. 3768).

⁷ In dottrina: N. Nezi, C. Pianese, *Appalto tra privati: inadempimento del committente e rimedi dell'appaltatore*, in *I Contratti* 8-9 (2007) 741s.; A. Addante, *In tema di equo compenso a favore dell'appaltatore*, in *I Contratti* 12 (2001)

Con riguardo ai rimedi ablatori⁸, la disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) espressamente garantisce alla parte che è tenuta a svolgere una certa prestazione, divenuta oltremisura gravosa, la possibilità di domandare la risoluzione del contratto, fermo restando che la sopravvenuta onerosità non rientri nell'alea normale del contratto, che controparte non abbia offerto di modificare equamente le condizioni del contratto e che il contratto non abbia carattere aleatorio per propria natura o per volontà delle parti (art. 1469 c.c.)⁹.

Ai rimedi di origine civilistica di tipo conservativo si aggiungono i mezzi stabiliti dalla normativa di settore, attraverso la quale si è introdotto nella disciplina dei contratti pubblici la facoltà (*recte*: obbligo, in considerazione del nuovo codice dei contratti pubblici) di prevedere una clausola di revisione prezzi di origine pattizia utile nel ripristinare l'equilibrio contrattuale in presenza di eventi imprevedibili sopraggiunti alla stipula del contratto.

In considerazione della promulgazione del nuovo codice dei contratti (D.Lgs n. 36 del 2023), pubblicato in data 31 marzo 2023, appare opportuno procedere a far data dalla prima disciplina organica della materia dei contratti pubblici¹⁰.

In attuazione delle direttive nn. 2004 del 2017 e 2004 del 2018, il legislatore italiano aveva espressamente sancito all'art. 115 del D. Lgs n. 163 del 2006 che i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o fornitura dovevano contenere una clausola di revisione prezzi la cui entità era sintesi di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione del servizio. Inserita nell'alveo del capo V e afferente ai principi ordinatori dell'esecuzione del contratto, l'istituto in parola era volto a perequare determinati contratti pubblici (di durata), così da stabilire a monte della stipula un elemento accidentale del contratto, accettato dall'operatore e dalla portata imperativa, il cui precipuo fine era quello di garantire il mantenimento del sinallagma intaccato da una causa sopravvenuta incidente, anche per parte, sulla prestazione dell'operatore. La *ratio* di siffatta normativa era nell'evitare che il consumatore finale, ossia il fruitore del servizio pubblico, fosse leso da una esecuzione scadente effettuata dall'operatore scelto per affrontare l'aumento dei costi che interessavano la prestazione dedotta nel contratto¹¹.

1140s.; M. Montanari, *La revisione dei prezzi nell'appalto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2 (2004) 591s.; C. Vignali, *Appalto*, in *Rivista di diritto civile* 2 (1986) 151s.; F. Marinelli, *L'equilibrio finanziario nel contratto di appalto*, in *Rivista giuridica dell'edilizia* 2 (1983) 159s.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, 2011, 1157s.

⁸ Sulla possibilità per l'operatore economico di avvalersi dei rimedi ablatori di origine civilistica si ricorda che questi si applicano, salva espressa deroga stabilita dalle parti in sede di stipula, anche ai contratti pubblici di durata interessati da un evento straordinario, imprevedibile e determinante un aumento dei prezzi, in ossequio al principio di effettività della tutela (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, 16/6/2022, n. 4095; Cons. Stato, sez. IV, 19/6/2016, n. 3653; Cass., sez. I, 6/3/2018, n. 5267).

⁹ Il D. Lgs n. 36 del 2023 all'art. 122 delinea tutte le ipotesi in cui è ammessa la risoluzione del contratto di appalto in corso di esecuzione, annoverando tra esse la modifica sostanziale del contratto (co. 1, lettera a). Siffatta norma è coerente con l'impianto normativo proprio all'obbligo della clausola di revisione prezzi, non essendo applicabile l'art. 60 nel caso in cui tale applicazione determini un'alterazione della natura del contratto.

¹⁰ Valga rammentare che l'obbligo di inserimento della clausola di revisione nei contratti pubblici periodici o continuativi ha origini risalenti, per come dimostrato dall'art. 6, comma 4, della L. n. 537 del 1993, come novellato dall'art. 44 della L. n. 724 del 1994, in forza del quale "tutti i contratti pubblici ad esecuzione periodica o continuativa devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo pattuito". Ancora prima, l'art. 33, co. 2, della L. n. 41 del 1986, invece, escludeva che gli enti pubblici avessero la facoltà di prevedere la revisione prezzi. Sulla portata eterointegrativa di tale norma e sull'impossibilità delle parti di derogare a tale norma cfr. Cons. Stato, sez. V, 16/6/2003, n. 3373.

¹¹ Circa la funzione dell'art. 115 del D. Lgs n. 163 del 2006, si ricorda quanto di recente dettato Consiglio di Stato (sez. VII, 24 luglio 2023, n. 7200) secondo cui: "Orbene, è del tutto evidente dal testo appena richiamato, a sua volta del tutto conforme ai principi generali della materia e a quelli relativi all'esercizio delle potestà amministrative che non esiste, come pare ritenuto dall'odierna appellante, il diritto ad ottenere una revisione e tanto meno nei termini che la stessa ritiene soddisfacenti per le sue esigenze di imprenditore, giacché la clausola di chiusura ovvero la ultima vera alternativa anche

L'ormai superato codice dei contratti, ovvero il D. Lgs n. 50 del 2016, non condivise la scelta operativa seguita dal legislatore del 2006, preferendo l'inserimento di tale clausola quale mera facoltà della stazione appaltante¹². Siffatta decisione venne adottata assumendo che l'aumento delle materie prime fosse un fattore riconducibile all'alea di rischio dell'operatore economico, con la conseguenza che la prospettiva rimediata alla manutenzione dell'accordo negoziale intervenuto non avesse portata imperativa. Del resto, l'assenza di una tutela simile in sede civile perorava la posizione seguita dal legislatore nel 2016 - nonostante la presenza di autorevole dottrina che già prendesse atto di tale possibilità sulla scorta di una portata ampia della clausola di buona fede¹³ - potendo la parte avvalersi dei soli rimedi ablatori sopra descritti, eccezion fatta per i casi espressamente dettati dal legislatore. Precisamente, l'art. 106 del D. Lgs n. 50 del 2016 riconosceva alla stazione appaltante la possibilità di modificare i contratti durante il periodo di efficacia senza l'indizione di una nuova gara, purché la variazione non incidesse sulla natura del contratto e la stazione appaltante avesse previsto nei documenti di gara iniziale clausole chiare, precise e inequivocabili, tese a disciplinare sia le condizioni per accedere alla prospettiva rimediata, sia il meccanismo operativo¹⁴. Con la pubblicazione del "Nuovo codice" il legislatore ha cambiato ulteriormente prospettiva, obbligando le stazioni appaltanti a inserire nei documenti iniziali di gara uno strumento di revisione prezzi per cause successive all'intervenuto accordo, la cui attivazione è subordinata al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva tali da determinare una variazione del costo dell'opera, della

per l'imprenditore, è il recesso dal contratto. In sostanza, l'ordinamento non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte privata contraente. Impone l'onere in capo ai concedenti di avviare trattative sul punto. Trattative che la pubblica amministrazione conduce sempre dovendo avere ben presente oltre all'ordine contrattuale civilistico, l'interesse pubblico in questione. La norma prevede la ricerca di un accordo; la mancanza dell'accordo legittima il recesso dal contratto. Non pare possibile individuare, nei principi di correttezza e buona fede oggettiva nell'interpretazione ed esecuzione dei contratti di durata (artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.), una base legale per fondare un obbligo di rinegoziazione di rapporti negoziali sperequati per il verificarsi di circostanze imprevedibili, nell'ipotesi di omessa definizione pattizia delle modalità di gestione delle sopravvenienze. La rivitalizzazione della funzione integratrice di tali principi per riequilibrare le mutate condizioni in cui si trovano a operare le parti, è funzionale a salvaguardare in ottica solidaristica (art. 2 Cost.) la conservazione del negozio proprio per realizzare l'assetto di interessi originariamente prefigurato. Certamente i principi di correttezza, collaborazione e buona fede trovano applicazione anche nella fase esecutiva dei rapporti negoziali tra amministrazione e privati, tuttavia non è sostenibile che in un ambito normativo e culturale caratterizzato dalla presenza di una molteplicità di interessi pubblici e privati gli stessi possano spingersi sino a integrare specifici obblighi di rinegoziazione in deroga alla specifica disciplina pubblicistica *ex art. 106, d.lgs. 50/2016*, tanto meno alle condizioni che il privato ritiene soddisfacenti per le sue esigenze di imprenditore".

¹² Sulla differente portata applicativa tra l'art. 115 del D. Lgs n. 163 del 2006 e l'art. 106 del D. Lgs n. 50 del 2023, si veda TAR Lazio, Roma, sez. I bis, 31/7/2023, n. 12851.

¹³ In particolare, V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Il foro amministrativo T.A.R. 5* (2006) 1911s.; M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rassegna di diritto civile 4* (2007) 1052s.; C. Bruno, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e negoziazione*, in *Giustizia civile 5* (2010) 235s.; F. Turbinai, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbligazioni e Contratti 6* (2012) 447s.; R. Nicola, *Sopravenienze contrattuali, obbligo di rinegoziazione e rideterminazione giudiziale delle prestazioni: alcune riflessioni critiche dopo l'emergenza pandemica*, in *giustiziacivile.com 5* (2023) 14s.; F. T. Vespasiani, D. Materassi, *Rinegoziazione del contratto di locazione commerciale a causa del Covid-19: è applicativo del principio di buona fede*, in *I Contratti 1* (2022) 53s.; M. Maggiolo, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile 5* (2021) 907s.; L. Regazzoni, *I contratti di durata e la pandemia: dalla correzione (cogente) all'integrazione (dispositiva)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 4* (2021) 1219s.; R. Rossi, *Obbligo di rinegoziazione e adeguamento giudiziale delle condizioni contrattuali*, in *Jus 1* (2020) 187s.

¹⁴ Giova sottolineare che a far data dal 1° gennaio 2016, la disciplina dei contratti pubblici che si caratterizzano per la presenza di una clausola di revisione prezzi correlata a un bene indifferenziato (quali, ad esempio, il gas, il petrolio, il caffè o lo zucchero) è soggetta alla disciplina di cui all'art. 1, co. 511, della L.n. 208 del 2015. In presenza di una variazione del prezzo riconducibile a un bene indifferenziato per lo meno superiore al 10% del totale convenuto, le parti hanno la facoltà di accordarsi per una riduzione del prezzo complessivo o, in caso di dissenso, possono avvalersi degli strumenti ablatori del recesso o della risoluzione per eccessiva onerosità o per impossibilità sopravvenuta.

Università degli Studi di Salerno

fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 % dell'importo complessivo in relazione alle prestazioni da eseguire, facendo riferimento anche alle modalità di calcolo della variazione della prestazione e delle somme finanziarie che le stazioni appaltanti devono utilizzare in relazione a una variazione favorevole all'operatore economico (artt. 60 e 120). Fermo restando che le modifiche non devono determinare alcuna variazione della natura dell'accordo, non è ammessa una modifica contrattuale che alteri anche la sola prestazione dedotta in contratto.

Ad ogni modo, a prescindere da quanto cristallizzato con l'art. 60 del nuovo codice, il legislatore si è spinto oltre prevedendo all'art. 9, quale norma programmatica dei contratti pubblici, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, attraverso cui si è riconosciuta alla parte svantaggiata da circostanze straordinarie e imprevedibili (comunque estranee rispetto alla normale alea di rischio) il diritto alla rinegoziazione del contratto secondo buona fede. Tale diritto appare ancor più garantito tenuto conto del comma 4 che espressamente favorisce l'inserimento delle clausole di rinegoziazione nei contratti pubblici soprattutto per quegli accordi che, per la loro durata, sono particolarmente esposti al rischio di non prevedibili sopravvenienze.

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale è precipitato di altri espressamente previsti nella Parte I, Titolo I, ovvero degli artt. 1 e 5, quali il principio del risultato, di buona fede e di tutela dell'affidamento. Invero, se da un lato il principio di risultato ha carattere preminente, come evincibile dall'assenza di una nuova procedura di gara volta a scongiurare una possibile interruzione del servizio, dall'altro il principio di buona fede impone ad entrambe le parti di comportarsi reciprocamente nel rispetto di lealtà e collaborazione e di tutela nell'affidamento del contratto anche in esecuzione, anche con riguardo all'utenza destinataria del servizio pubblico.

Del resto, il combinato disposto delle norme di cui sopra emerge *ex professo* da una piana lettura dell'art. 1, co. 2, lettera g) della Legge n. 78 del 21 gennaio 2022 (Delega al governo in materia di contratti pubblici) che nell'indicazioni dei principi ordinatori della materia, espressamente prevede "... l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa".

Siffatta esigenza ha già connotato il periodo emergenziale per motivi sanitari, spingendo il Governo ad adottare analoghi atti a contenuto normativo per fronteggiare gli effetti economici determinati dal blocco della maggioranza delle attività al fine di fronteggiare il proliferarsi dell'emergenza epidemiologica¹⁵. L'assimilazione di tale modalità operativa nel "Nuovo codice" dei contratti pubblici ha determinato una sorte di normazione d'urgenza dal carattere stabile, regimentando in maniera unitaria tanto le condizioni oggettive di revisione quanto i criteri applicativi atti a determinare la revisione del prezzo, così da consentire alla stazione appaltante di ricorrere allo strumento

¹⁵ In ordine alla normativa emergenziale, *inter alia*, giova rammentare in particolare l'art. 1 *septies* del D.L. n. 73 del 25 maggio 2021 (Decreto sostegni *bis*), convertito con L. n. 106 del 2021, attraverso cui in deroga all'art. 106 del D. Lgs n. 50 del 2016, si è prevista la compensazione per i lavori eseguiti e contabilizzati nel primo semestre del 2021, normativa successivamente estesa al secondo semestre del 2021 dall'art. 1, commi 398 e 399 della L. n. 234 del 30 dicembre 2021. Inoltre, assume pregnanza anche l'art. 7, co. 2 *quater*, della L. n. 36 del 30 aprile 2022 (cd. PNRR 2) nella parte in cui veniva riconosciuta alla stazione appaltante o all'operatore economico la possibilità di dar luogo ad una variante d'opera che assicuri risparmi rispetto alle previsioni iniziali, in considerazione di aumenti significativi del costo materiali e purché non venisse alterata la natura del contratto.

rimediale senza essere esposta a critiche in ordine a una ambigua applicazione dell'analogia di norme a carattere speciali¹⁶ e di gestire in misura unitaria e paritetica gli effetti della sopravvenienze non prevedibili e incidenti sui contratti pubblici particolarmente esposti al tempo in sede di esecuzione. In particolare, con specifico riferimento alla clausola di revisione prezzi, valga rammentare l'art. 29 del D.L. n. 4 del 27 gennaio 2022 (cd. Decreto sostegni *ter*) - attraverso cui venne sancito l'obbligo di inserimento, in deroga al D. Lgs n. 50 del 2016, della clausola di revisione prezzi per le sole gare indette in data successiva rispetto al 27 gennaio 2022 - che espressamente prevedeva che le variazioni percentuali dei singoli prezzi fossero eseguite semestralmente dal MIMS, sulla base dei criteri forniti dall'ISTAT, fermo restando la possibilità di procedere a un'ulteriore revisione in considerazione della prova (in capo all'appaltatore) del danno subito per il caro materiali e in misura percentuale per la sola parte eccedente, del 5%, e comunque non superiore all'80 % del valore del servizio. Con l'art. 26 del D.L. n. 50 del 2022, le misure originariamente previste per il solo caro materiale sono state estese anche agli ulteriori costi (energetici e carburanti) comunque incidenti sulle spese generali di impresa connessi allo svolgimento dell'appalto¹⁷.

3.- L'alea di rischio quale limite applicativo del meccanismo di revisione prezzi.

La questione posta all'attenzione del Collegio ha origine in un profilo applicativo riconducibile alla clausola di revisione prezzi che, secondo quanto argomentato dalla ricorrente, le riconoscerebbe il diritto alla rinegoziazione del contratto tenuto conto del maggior costo e, di guisa, del mancato guadagno causato dalle sopravvenienze. In altri termini, facendo leva sulla imprevedibilità della circostanza intervenuta, la ricorrente godrebbe di un diritto soggettivo alla rinegoziazione, volto a ottenere un profitto che le condizioni obiettive sopravvenute hanno reso non raggiungibile. Siffatta ricostruzione, secondo il ragionamento seguito in sede di gravame, è funzionale a salvaguardare in ottica solidaristica la conservazione del negozio giuridico intervenuto (art. 2 Cost.), dovendosi applicare anche nella fase esecutiva dei rapporti negoziali stante l'applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Parte ricorrente invocava, sul punto, anche un'interpretazione in buona fede della clausola revisionale (art. 1366 c.c.), assumendola necessaria in ossequio alla *ratio* sottesa alla revisione prezzi (art. 1369 c.c.)¹⁸. Inoltre, benché non menzionata dalla pronuncia in esame, tale ricostruzione appare essere conforme a quanto stabilito

¹⁶ Nel dettaglio, si precisa che siffatta soluzione ermeneutica, già prospettata in dottrina, non era esente da critiche soprattutto tenendo conto del divieto di analogia di una *lex specialis*, venendo ritenuto inapplicabile il rimedio proprio all'appalto di cui all'art. 1664 c.c. ad altri contratti similari, quali il contratto di fornitura.

¹⁷ Per una completa ricostruzione della normativa delle emergenze (Covid-19) si veda: P. Cucumile, *Aumento dei costi e revisione prezzi*, in *LexItalia.it* 12 (2022); M. Giavazzi, *La revisione prezzi al tempo delle emergenze*, in *CERIDAP* 3 (2022) 135s.; M. Lucca, *Revisione prezzi e mancata stipulazione del contratto in condizioni emergenziali: possibili soluzioni*, in *Appalti e Contratti* 5 (2022) 95s.; S. Usai, *Clausole di revisione prezzi obbligatorie con il decreto Sostegni ter (d.l. 4/2022)*, in *Appalti e Contratti* 3 (2022) 11s.; A. Massari, *La questione della revisione prezzi tra contesto emergenziale e decreto Sostegni Ter*, in *Appalti e Contratti* 3 (2022) 2s.

¹⁸ Sulle regole di interpretazione del contratto: P. Gallo, *Il contratto*, II ed., Torino, 2019, 616s.; F. Sangermano, *L'interpretazione del contratto. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milano, 2007; R. Calvo, *Art. 1362-1371. Interpretazione del contratto*, Bologna, 2021; M. C. Bianca, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, 382s.; P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, XXI ed., Napoli, 2022, 109s.; G. Miccolis, *L'interpretazione del contratto tra criterio letterale, buona fede e causa in concreto*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9 (2021), 1828s.; L. Macario, *Il principio di buona fede e l'interpretazione letterale del contratto*, in *Giurisprudenza italiana* 10 (2017) 2062s.; G. Alpa, *I "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giustizia civile* 2 (2014) 325s.; N. Di Florio, *Il ruolo della buona fede nell'ermeneutica contrattuale e l'interpretazione funzionale del contratto*, in *Rassegna di diritto civile* 3 (2015) 1052s.; S. Pagliantini, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone della Corte di giustizia (aspettando le clausole floor)*, in *Persona e Mercato* 2 (2016) 1s.; D. Achille, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, in *Rivista di diritto civile* 1 (2017) 155s.; F. Poggi, *La buona fede e il principio di cooperazione. Una proposta interpretativa*, in *Rivista critica del diritto privato* 2 (2012) 241s.; V. Carbone, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Il Corriere giuridico* 2 (2012) 153s.

con il D.L. n. 34 del 2020 circa la revisione delle concessioni per impianti sportivi e, precisamente, la possibilità di ottenere una proroga della concessione originaria proporzionale a garantire l'ammortamento dei costi anticipati¹⁹.

La domanda della ricorrente in ordine all'accertamento di un diritto alla rinegoziazione è stata, di converso, disattesa dal Tribunale amministrativo del Lazio, avendo questi ribadito che la revisione-prezzi per fatti sopravvenuti non determina a favore del contraente la possibilità di rinegoziare il contratto per compensare gli aumenti di costi a suo carico che rientrano nella normale alea di rischio dell'impresa svolta²⁰, ma solo di conseguire una rimodulazione dei costi correlati all'approvvigionamento, se questi non erano prevedibili alla data di stipula e nella misura massima stabilita dalla legge, la cui prova è sempre data da chi intende avvalersi di tale rimedio. Peraltro, tale conclusione trova la propria giustificazione nella funzione stessa dell'istituto di revisione prezzi, essendo causalmente orientata a evitare che l'impresa, nei rapporti di durata, possa subire una modifica dei costi di approvvigionamento non prevedibili alla data di stipula²¹. Diversamente opinando, si arriverebbe ad alterare l'equilibrio contrattuale stabilito dall'accordo anche in ipotesi di aumento (o diminuzione) dei prezzi delle materie prime riconducibili alla normale alea di rischio dei contratti sinallagmatici, non tenendosi conto, tra l'altro, dell'interesse dell'altro contraente, ossia il soggetto pubblico, alla prevedibilità dei propri esborsi futuri²².

A *fortiori*, secondo il Collegio deve essere disattesa la richiesta di applicazione automatica della clausola di revisione che tenga conto dei costi effettivamente e realmente sostenuti dall'appaltatore ai sensi dell'art. 115 del D.Lgs n. 163 del 2006 dovendo viceversa essere parametrata all'andamento

¹⁹ Si precisa che la possibilità di proroga della concessione originaria non giustificava un prolungamento del contratto che tenesse conto dei mancati introiti, ma solo dei proventi non incassati utili a garantire l'ammortamento. Veniva, quindi, esclusa dal procedimento di revisione ogni pretesa riconducibile al solo lucro. cfr., *inter alia*, Cons. Stato, sez. VII, 24/7/2023, n. 7200.

²⁰ Sul punto, in dottrina: G. Musolino, *Appalto e sopravvivenza*, in *Rivista trimestrale degli appalti* 4 (2009) 761s.; M. Montanari, *La revisione dei prezzi nell'appalto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2 (2004) 591s.; U. Realforzo, *La nuova disciplina della revisione prezzi. Profili sostanziali e processuali con particolare riferimento agli Enti Territoriali*, in *L'Amministrazione italiana* 2 (1987) 201s.; A. Cancrini, P. Piselli, *Considerazioni in tema di revisioni prezzi nei confronti della pubblica amministrazione alla luce dell'art. 33 della L. n. 41 del 1986*, in *Rivista giuridica dell'edilizia* 3 (1986) 255s.; R. Berloco, *Sopravvenienza e appalti di lavori pubblici: la revisione dei prezzi tra interesse legittimo e diritto soggettivo*, in *Rivista trimestrale degli appalti* 1 (2023) 77s.; A. Sola, *Revisione del prezzo nei contratti pubblici in corso di esecuzione: de iure condito e de iure condendo dopo il parziale annullamento del TAR Lazio*, in *Appalti e Contratti* 7-8 (2022) 20s.; M. Oscurato, *Disposizioni in materia di revisione dei prezzi dei materiali negli appalti per l'esecuzione di opere pubbliche e nuovi compiti del Direttore dei lavori*, in *Appalti e Contratti* 6 (2022) 11s.; F. Botteon, *Proroga e rinnovo dei contratti: la distinzione tra le due figure nella revisione dei prezzi secondo il d.lgs. n. 50/2016*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici* 2 (2022) 111s.; G. Condino, *Revisione dei prezzi nei contratti di appalto e di servizi e di fornitura. Analisi delle norme e delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in *GiustAmm.it* 5 (2022) 10s.; A. Massari, *La questione della revisione prezzi tra contesto emergenziale e decreto Sostegni ter*, in *Appalti e Contratti* 3 (2022) 2s.

²¹ In sede civile è stato più volte ribadito anche con riferimento al mezzo ablatori di cui all'art. 1467 c.c. che la risoluzione per impossibilità sopravvenuta dell'accordo ha due ragioni giustificatrici, ovvero: l'intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non prevedibile al momento della conclusione del contratto; la riconducibilità dell'eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale (cfr. Cass., sez. II, 19 ottobre 2006, n. 2239; *Id.*, 23 febbraio 2001, n. 2661). In termini, v. G. Marasco, *La rinegoziazione del contratto, strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; V. Roppo, *Trattato del contratto*, vol. V, Milano, II ed., 2021, 759s.; L. Ambrosini, *L'interesse creditorio nell'emergenza Covid tra rimedi estintivi e tensione conservativa*, in *Responsabilità civile e previdenza* 4 (2021) 1352s.; C. Pisani, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione e giusta causa*, in *Diritto delle relazioni industriali* 2 (2020) 540s.; M. Maggiolo, *Sulla disponibilità del rimedio risolutorio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1 (2023) 93s.; F. Scordamaglia, *Tecniche di gestione delle sopravvenienze: fra rinegoziazione, risarcimento ed impossibilità sopravvenuta di utilizzazione*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin* 1 (2022) 51s.

²² In senso conforme: Cons. Stato, sez. VII, 24/7/2023, n. 7200; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 23/9/2014, n. 2328; TAR Lazio, Latina, 11/3/2013, n. 215; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 23/9/2014, n. 2328.

dei prezzi dei fattori di produzione incidenti sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta, fermo restando l'obbligo della stazione appaltante di verificare che detto indice sia effettivamente idoneo a mantenere l'equilibrio economico instaurato dalla parti con solo riguardo ai costi di produzione e non ai margini previsti²³.

A fronte di tale ricostruzione, in linea con quanto già espresso da autorevole giurisprudenza²⁴, appare possibile distinguere la clausola di revisione prezzi dalle cd. clausole di indicizzazione della prestazione dedotte in contratto, operando la prima come mezzo di conservazione del contratto in presenza di costi sostenuti e non prevedibili alla data di stipula, mentre la seconda come elemento qualificante la prestazione oggetto del contratto in corso di esecuzione. Dal punto di vista causale, emerge chiaramente la diversità funzionale: solo nel caso di clausole di indicizzazione della prestazione il contratto a esecuzione periodica è caratterizzato da più prestazioni che circuiscono l'adempimento convenuto, mentre è estraneo a siffatto parametro un meccanismo perequativo del sinallagma contrattuale che, viceversa, connota la disciplina della revisione prezzi nel corso di esecuzione. Ciò è evidente, *latu* soggetto pubblico, ove si consideri che unicamente nel caso di applicazione di clausole di indicizzazione della prestazione si è in presenza di un diritto soggettivo, stante l'auto-vincolo contrattualmente fatto proprio dalla stazione appaltante in sede di stipula del contratto. Di converso, nel caso di revisione prezzi per cause sopravvenute, la posizione giuridica del privato resta di interesse legittimo (con consequenziale giurisdizione del G.A.), essendo l'operatore economico esposto a un provvedimento autoritativo, da impugnarsi entro il noto termine decadenziale, attratto nella discrezionalità amministrativa che permea la capacità di scelta dell'ente pubblico, dovendo la stazione appaltante effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso sia al risparmio di spesa, sia alla regolare esecuzione del contratto assegnato.

Tale ricostruzione è stata perseguita pedissequamente dalla sezione seconda del Tribunale amministrativo del Lazio che, dichiarata la propria giurisdizione stante la natura di interesse legittimo del privato e constatata l'assenza di idonea istruttoria funzionale ad attuare in concreto il summenzionato bilanciamento, ha stabilito di annullare la clausola di cui all'art. 12.7.2 del capitolato tecnico facendo leva su un'erronea quantificazione in concreto della variazione prezzi operata dalla stazione appaltante. Al contempo, ha rigettato l'istanza di accertamento dell'invocato diritto alla rinegoziazione, assumendo assente in capo all'operatore economico una posizione giuridica soggettiva assimilabile al diritto soggettivo.

4.- L'inadeguatezza della clausola di revisione prezzi pattizamente prevista a mantenere l'equilibrio contrattuale delle parti in esecuzione.

Altra questione affrontata dal Collegio è quella afferente ai profili di adeguatezza della clausola di revisione prezzi convenuta e finalizzata al mantenimento dell'equilibrio contrattuale²⁵. Nel dettaglio,

²³ La previsione legale in ordine alla mera facoltà di inserimento della clausola di revisione prezzi fatta propria, nell'ultimo ventennio, dal solo D. Lgs n. 50 del 2016, era stata ritenuta conforme al diritto dell'UE dalla nota sentenza emanata dalla Corte di Giustizia UE, 19/4/2018, C 152/17, purché il diritto nazionale riconoscesse all'operatore economico un rimedio volto a tutelare il pregiudizio subito, non voluto e non prevedibile, anche di natura solo ablatoria.

²⁴ cfr. Cons. Stato, sez. V, 27/11/2015 n. 5375, Consiglio di Stato, sez. IV, 6/8/2014, n. 4207; *Id.*, sez. V, 24/1/2013, n. 465; *Id.*, sez. V, 3/8/2012 n. 4444; Cass., SS.UU. 30/10/2014, n. 23067; Cons. Stato, sez. V, 22/12/2014, n. 6275; *Id.*, 24/1/2013 n. 465; Cass. SS.UU. 31/10/2008, n. 26298; Cons. Stato, sez. III, 25/3/2019, n. 1980.

²⁵ Su tale aspetto v. C. Pacciolla, *Primi appunti sulla revisione della definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza*, in *Il Nuovo codice delle società* 11 (2020) 1463s.; V. Mungo, *Snellimenti procedurali e revisione prezzi in una recente legge sugli appalti pubblici*, in *Il Foro amministrativo* 4 (1983) 878s.; G. Sciancalepore, *Covid-19 e alterazione del sinallagma contrattuale: prospettive comparate*, in *Comparazione e diritto civile* 1 (2022) 171s.; F. Pirozzi, *L'attuazione dell'equilibrio contrattuale in ambito consumeristico*, in *Jus civile*

parte ricorrente censurava la legittimità della clausola negoziale contenuta nell'art. 12.7.2 del Capitolato tecnico, con cui veniva determinato un aumento trimestrale del prezzo della componente energia in misura pari all'80 % dell'aumento del prezzo del gas per il solo cliente con consumi fino a 1.400 mc annui (cd. "Cliente domestico tipo") e con diminuzione della componente di IVA dal 22% al 5%.

Secondo la ricostruzione dell'operatore economico, la revisione prezzi applicata da Consip nel quarto trimestre del 2021 (censura poi estesa con motivi aggiunti ai successivi I, II, III trimestre del 2022) risultava essere concretamente inidonea a salvaguardare l'originale equilibrio economico, posto che non più adeguata rispetto alla brusca evoluzione dei prezzi registratasi nel periodo in contestazione, venendo meno la funzione di perequazione del sinallagma contrattuale che giustificava la previsione della summenzionata clausola. In aggiunta, controparte sosteneva una nullità parziale della clausola perequativa posto che l'assenza di un'adeguata previsione sarebbe stata contraria a norme imperative tenuto conto del periodo storico in cui tale accordo intervenne tra le parti, ovvero nella piena vigenza dell'art. 115 del D.Lgs n. 163 del 2006 in cui la clausola di revisione prezzi era una componente obbligatoria del negozio stipulato tra parte pubblica e operatore economico.

Alla censura mossa in ordine al profilo funzionale, si aggiungeva la doglianza afferente l'effettività di tale clausola anche con riferimento alla modalità operativa, dato il circoscritto ambito di operatività della variazione prezzi, applicabile al solo fruitore di piccole dimensioni (consumatore fino 1.400 mc) e la diminuzione della componente IVA dal 22% al 5%, misura fiscalmente neutra che tuttavia incideva in maniera significativa sull'aumento revisionale del corrispettivo contrattuale rispetto a quello che si otterrebbe con l'IVA al 22%.

In altri termini, il comportamento della stazione appaltante era stigmatizzato per i seguenti profili: 1) Difetto di istruttoria - in quanto Consip avrebbe ommesso di considerare, in fase di adozione degli atti impugnati con cui si è proceduto alla revisione prezzi, non solo il contesto incontrollato dell'aumento dei prezzi, ma anche l'effettiva dinamica dei costi di approvvigionamento del gas; 2) In sede di quantificazione della revisione prezzi - la nullità parziale della clausola ai sensi dell'art. 1419 c.c. per violazione delle norme imperative dettate dagli artt. 7 e 115 del D.Lgs n. 163 del 2006; 3) Sulla interpretazione della norma della clausola revisionale di origine pattizia - l'assoluta assenza di una interpretazione conforme a buona fede e correttezza (art. 1366 c.c.), peraltro in violazione del criterio ermeneutico teleologico dettato dall'art. 1369 c.c.

Il Collegio, dichiaratosi competente a giudicare i profili applicativi (e quantitativi) della clausola di revisione prezzi ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. e), n. 2, del c.p.a.²⁶, preliminarmente ha escluso l'inammissibilità del ricorso per tardività dell'impugnazione delle modalità di calcolo della clausola di revisione prezzi, sostenendo l'impossibilità di impugnare i soli documenti di gara, stante il loro contenuto generale e astratto, e ribadendo l'impugnazione degli atti successivi e lesivi da questi dipendenti²⁷. Ciò posto, nel merito, ha condiviso il ragionamento teologicamente orientato svolto dalla ricorrente, stabilendo la contrarietà a norma imperativa della clausola di revisione con funzione solo astrattamente perequativa, dovendo essa ricalcare i costi effettivamente e realmente sostenuti

1 (2022) 238s.; C. Di. Bitonto, *I contratti commerciali resilienti nell'Era Covid-19: tra codice civile e clausole di gestione delle "sopravvenienze"*, in *I Contratti* 3 (2020) 361s.; E. Battelli, *La riduzione della clausola penale ex officio*, in *I Contratti* 5 (2007) 487s.; G. Smorto, *Il principio di buona fede nella disciplina delle clausole abusive*, in *Rivista critica del diritto privato* 1-2 (1999) 101s.

²⁶ In senso favorevole, si veda TAR Lazio, Roma, sez. IIs, 16/2/2023, n. 2827; TAR Campania, Napoli, sez. V, 16/6/2022, n. 4095; Cons. Stato, sez. III, 25/3/2019, n. 1937. In senso contrario, Cass., SS. UU., 13/7/2015, n. 14559; *Id.*, 20/10/2022, n. 30963. Per una completa composizione del contrasto, la Corte di Cassazione (SS.UU., 12.10.2020, n. 21990) ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario relativamente a una controversia riferita a una clausola di revisione prezzi di un contratto pubblico che individuava un obbligo per la parte pubblica, senza conferire a quest'ultima alcuna discrezionalità.

²⁷ v. Cons. Stato, ad. plen., 26/4/2018, n. 4.

dall'appaltatore²⁸, la cui prova deve essere da questi fornita, fermo restando l'obbligo della stazione appaltante di verificare in sede di revisione la congruità della ricostruzione svolta dall'operatore economico.

Di guisa, se da un lato l'omessa prova del costo subito determina l'inammissibilità della richiesta di revisione prezzi, dall'altro è necessaria che un'azione amministrativa sia sorretta da un'adeguata istruttoria, idonea a determinare in concreto il proposito previsto dalle parti con l'intervenuta clausola - la cui portata è imperativa data la tipizzazione del legislatore - così da attuare, in sede di esecuzione del contratto, l'effettiva conservazione dell'equilibrio economico. Da tale impostazione discende che parte ricorrente ha l'onere di provare il danno, ma non di ottenere una revisione del prezzo tale da azzerare il rischio di impresa. La P.A. ha, dunque, l'obbligo di applicare una perequazione proporzionale al costo effettivamente subito, nei limiti del rischio di impresa, attraverso un'idonea istruttoria che connota i profili di legittimità dell'azione amministrativa.

In tal senso, assume rilevanza un passaggio della pronuncia in commento: "Solo il compimento di un'adeguata istruttoria può, infatti, assicurare che il criterio di indicizzazione richiamato nella clausola revisionale sia effettivamente in grado di evitare un'alterazione significativa dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l'arco del rapporto, attraverso la considerazione dell'effettivo andamento dei prezzi dei fattori della produzione incidenti sulla percentuale utile considerata in sede di formulazione dell'offerta, evitando ogni possibile effetto distorsivo sulla definizione del giusto compenso revisionale spettante all'appaltatore".

Siffatta ricostruzione è avvalorata da un'interpretazione del contratto secondo buona fede e funzionale della clausola revisionale, così da attuare lo scopo pratico perseguito dal contratto con la definizione del negozio, fermo restando che rientra nella discrezionalità amministrativa la variazione prezzi da applicarsi che, per come sopra esposto, muta *incidenter tantum* a seconda della prova fornita e dell'istruttoria svolta.

Per tali ragioni, il Collegio ha accolto le ragioni *in parte qua*, annullando gli atti impugnati per l'inadeguatezza in concreto del meccanismo operativo adottato della clausola di revisione prezzi e per difetto di istruttoria, data la violazione dell'art. 115 del D. Lgs n. 163 del 2006.

5.- Conclusioni.

Le argomentazioni sin qui svolte consentono di riportare quanto sopra enucleato su di un piano fattuale, prendendo posizione in ordine alla questione dell'effettività della clausola di revisione prezzi quale mezzo di conservazione del contratto avente portata imperativa. Il problema, tuttavia, ha ragioni profonde ed è da rinvenirsi nell'effettività di tale tutela, la cui portata applicativa non può prescindere da una decisione amministrativa adottata dalla stazione appaltante, ritenuta conforme al principio di conservazione del contratto e che è sintesi di una discrezionalità amministrativa il cui perimetro è delimitato dalla normativa *ratione temporis* vigente.

Siffatte determinazioni assumono rilevanza in ordine alla posizione giuridica soggettiva vantata dall'operatore economico che è, come sopra esposto, di interesse legittimo, circostanza che esclude la giurisdizione ordinaria attraverso il criterio della *causa petendi*, oltre che sulla scorta di quanto espressamente previsto dall'art. 133, co. 1, lett. e), n. 2, del codice di rito.

Ciò posto in ordine al bene vita vantato dal ricorrente, l'atto amministrativo, che in concreto determina l'applicazione della clausola di revisione, non può prescindere da un'ampia istruttoria volta a vagliare la richiesta di revisione del prezzo formulata dall'operatore e corredata dalla prova del verificato aumento dei costi incidenti sulle componenti necessarie al fine dell'erogazione del servizio. Invero, non può revocarsi in dubbio che il meccanismo revisionale per i contratti ad esecuzione periodica e di durata sia una componente essenziale del contratto, con la conseguente nullità del

²⁸ cfr. Cons. Stato, sez. III, 25/3/2019, n. 1980.

contratto sprovvisto ai sensi dell'art. 1418 c.c. Tuttavia, la norma, imponendo un obbligo, precetta in via funzionale un comportamento per la stazione appaltante che non può tradursi in una previsione meramente di stile della clausola revisionale, in quanto l'interesse al mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico sarebbe in concreto frustrato da un elemento negoziale che sul piano operativo non è in linea con la *ratio* sottesa alla previsione obbligatoria di tale clausola.

Tantomeno all'operatore economico è garantito un diritto a rinegoziare in considerazione della previsione legislativa di una clausola revisionale, posto che essa non si applica automaticamente, dovendo il privato provare il danno subito, il costo sopravvenuto non prevedibile e la relativa estraneità di esso dall'alea del rischio di impresa. Così facendo, è possibile escludere un'applicazione generalizzata della revisione a cause sopravvenute. In questi casi, è palese l'utilità dello strumento dei rimedi ablatori, i quali non possono che garantire, quale *extrema ratio*, la tutela definitiva per tutte le parti del negozio ove sia impossibile il fine conservativo.

Sotto altro aspetto, in presenza di un residuo margine di conservazione dell'accordo intervenuto nonostante le cause sopravvenute, di assoluta pregnanza è l'interpretazione teleologica del contratto così come dettata dall'art. 1369 c.c., in quanto consente al giudice (e, ancor prima, alle parti) di comprendere l'effettivo fine della clausola revisionale, così da aver contezza della liceità dell'atto amministrativo *in fieri* in punto di adeguatezza e proporzionalità.

Una diversa impostazione condurrebbe ad applicare il meccanismo revisionale a tutti gli operatori, senza tener conto delle singole esigenze che, come noto, sono il presupposto legale che regolano la portata applicativa dell'istituto della revisione prezzi. Di guisa, l'equazione auspicata dalla ricorrente, ovvero etero-integrazione della clausola di revisione prezzi così come imposta dalla normativa di settore, prescinderebbe dalla prova del danno subito e, di converso, determinerebbe una variazione delle prestazioni dedotte in contratto anche in violazione della *par condicio competitorum* per i soggetti che hanno partecipato alla gara a evidenza pubblica. Senza tralasciare che la diminuzione dei costi per l'operatore economico determinerebbe un aumento delle spese per la stazione appaltante non preventivato, con contestuale alterazione del sinallagma contrattuale a sfavore dell'ente pubblico. Secondo tale ricostruzione, appare condivisibile quanto affermato dal Collegio in quanto la sola intermediazione della stazione appaltante, a fronte della prova fornita dall'operatore, è in grado di garantire la portata applicativa della clausola di revisione, modificabile a seconda dell'esigenze prospettate dall'operatore economico, la cui posizione giuridica resta di interesse legittimo a fronte dell'atto amministrativo che lo interessa. In questo senso, la natura di tale clausola è duplice e attiene, da un lato, alla riconducibilità dei costi subiti a un aumento dei prezzi non preventivato (nè prevedibile), e dall'altro, si pone quale limite di adeguatezza alla rinegoziazione.

Ad ogni modo, la pronuncia in esame non tiene conto di un ulteriore dato che è da rinvenirsi nella natura discrezionale della decisione presa dalla stazione appaltante e che, per molti aspetti, entra in contrasto con l'interpretazione finalistica prospettata dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione seconda. Posto che l'atto amministrativo a valle dell'istruttoria svolta impone di configurare il bene vita del privato quale interesse legittimo, risulta essere di difficile comprensione come il giudice possa determinarsi con una declaratoria di annullamento dell'atto amministrativo nel momento in cui esso sia connotato da un'ideale istruttoria e da una congrua motivazione che esclude, *radiciter*, un vizio di legittimità dell'atto amministrativo (nel caso al vaglio del Collegio, l'atto amministrativo è stato annullato per assenza di istruttoria, da cui è derivata la dichiarata inadeguatezza della clausola).

In assenza di un vizio di legittimità, in astratto l'atto amministrativo potrebbe dirsi valido a prescindere dall'effettività della revisione dei prezzi in concreto applicata, purché in sede di determinazione la stazione appaltante motivi il diniego assumendo come prevalente l'interesse della P.A. a non prevedere esborsi nel breve periodo, così da far emergere il bilanciamento seguito e le ragioni che hanno fatto assumere l'interesse pubblico recessivo rispetto alla ragione pubblica. La

ponderazione eseguita e il *favor* per l'interesse pubblico al mantenimento della spesa nei limiti di quanto previsto esplicano ragioni di opportunità della scelta amministrativa che non sono sindacabili in sede di merito dal G.A., con la conseguenza che il meccanismo della revisione prezzi non possa operare in concreto, nonostante il ruolo assunto dal principio di conservazione del contratto nel nuovo codice dei contratti pubblici.

In questo senso, onde evitare continue frizioni avente ad oggetto la portata del giudicato in sede amministrativa, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore volto a inserire nell'ambito delle materie di giurisdizione estese al merito i profili afferenti alla portata applicativa della clausola di revisione prezzi. Solo in tal senso, il giudice è nelle condizioni di vagliare scelte di opportunità operate dall'ente pubblico, così da valutare nei fatti l'adeguatezza dell'atto amministrativo che rende concreto l'interesse del privato alla revisione prezzi, in ossequio al principio di conservazione del contratto scolpito nell'art. 9 del D. Lgs n. 36 del 2023 e a prescindere dall'esistenza di un vizio di legittimità dell'atto.

In ogni caso, prescindendo da tale intervento del legislatore, la ricostruzione svolta dal TAR Lazio appare non tener conto dell'art. 1, co. 511, della L. n. 208 del 2015 afferente alla formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato²⁹. Nel dettaglio, siffatta normativa³⁰ garantisce ai contraenti di negozi pubblici (anche in corso di esecuzione alla vigenza di tale normativa di settore) caratterizzati da una clausola di indicizzazione del prezzo correlato a beni indifferenziati (quali il gas) la possibilità di richiedere la riconduzione a equità o una revisione del prezzo nel caso di un aumento del prezzo superiore al 10% rispetto a quello stabilito, fermo restando che, in assenza di accordo, è possibile avvalersi dello strumento ablatorio di cui all'art. 1467 c.c. o della disciplina del recesso (art. 1373 c.c.).

A questo punto, l'operatore economico, pur in presenza di una clausola di revisione prezzi, ha la facoltà di ottenere una riconduzione ad equità del sinallagma perduto che resta frutto di un accordo, tra P.A. e privato. A differenza di quanto dichiarato nella pronuncia in esame, la sostanziale disapplicazione dell'elemento accidentale volto a garantire il mantenimento dell'equilibrio contrattuale non conduce a una clausola revisionale che deve essere in concreto effettiva, ma determina l'apertura di una nuova fase negoziale che, salvo l'intervenuto accordo, non può che condurre all'utilizzo di un rimedio ablatorio, anche da parte della stazione appaltante.

²⁹ A tenore del quale: "A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge anche con riferimento ai contratti in corso a tale data, nei contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore di cui all'art. 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, per l'adesione dei singoli soggetti contraenti, in cui la clausola di revisione e adeguamento dei prezzi sia collegata o indicizzata al valore di beni indifferenziati, qualora si sia verificata una variazione nel valore dei predetti beni, che abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivo in misura non inferiore al 10 per cento e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale, come accertato dall'autorità indipendente preposta alla regolazione del settore relativo allo specifico contratto ovvero, in mancanza, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'appaltatore o il soggetto aggregatore hanno facoltà di richiedere, con decorrenza dalla data dell'istanza presentata ai sensi del presente comma, una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo. In caso di raggiungimento dell'accordo, i soggetti contraenti possono, nei trenta giorni successivi a tale accordo, esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 1373 del codice civile. Nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo, le parti possono consensualmente risolvere il contratto senza che sia dovuto alcun indennizzo come conseguenza della risoluzione del contratto, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1467 del codice civile. Le parti possono chiedere all'autorità che provvede all'accertamento di cui al presente comma di fornire, entro trenta giorni dalla richiesta, le indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale ovvero, in caso di mancato accordo, per la definizione di modalità attuative della risoluzione contrattuale finalizzate a evitare disservizi".

³⁰ Applicabile al caso di specie in quanto: il contratto oggetto del presente contenzioso è in corso alla data di entrata in vigore della normativa speciale citata; concerne contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore nel cui novero rientra sicuramente Consip; il contratto stipulato è connotato da una clausola di revisione prezzi che sia collegata o indicizzata al valore del gas, ossia di un bene indifferenziato.

Calando tali coordinate ermeneutiche nel caso che ci occupa, la previsione dei criteri ARERA in sede di revisione del prezzo, i quali sono frutto di un accordo intervenuto (anche ove si consideri la semplice adesione del privato), imbrigliano la capacità delle parti di negoziare la riconduzione ad equità del contratto, posto che questi, in sede di stipula, hanno affidato anche questo aspetto alla regolamentazione pattizia. Una diversa lettura imporrebbe una violazione dell'art. 1372 c.c. a favore di un'effettività della clausola revisionale in concreto che abiliterebbe, *incidenter tantum*, il contraente non soddisfatto (dal meccanismo operativo perequativo da questi accettato) a richiedere un'ulteriore *reductio ad aequitatem*. In questi termini il rimedio ablatorio appare inevitabile, non potendo reiterare *sine die* la possibilità di avvalersi di una perequazione dell'equilibrio contrattuale - a maggior ragione ove si consideri che le parti hanno anticipato la facoltà di ripristino delle condizioni economiche nella fase di stipula dell'accordo - e che, in un senso, potrebbe svantaggiare il soggetto che non ottiene un detrimento dall'operatività del convenuto meccanismo revisionale.

Tantomeno convince la lettura necessariamente finalistica della clausola revisione prezzi data dal Tar Lazio che, secondo quanto ricostruito in pronuncia, avrebbe una valenza privilegiata anche rispetto al valore letterale delle norme vigenti. In particolare, siffatta lettura tende a svilire l'interpretazione letterale anche dell'art. 115 del D. Lgs n. 163 del 2006 che, imponendo la presenza di una clausola di revisione del prezzo alla luce di una causa sopravvenuta idonea ad alterare il sinallagma contrattuale, non regola le modalità di attuazione di essa, lasciando alle parti ampia facoltà al riguardo. Senza tralasciare che le argomentazioni svolte dal Collegio laziale non tengono assolutamente in considerazione l'art. 1, co. 511, della L. n. 208 del 2015 che, in presenza di un'alterazione del prezzo convenuto per lo meno superiore al 10% (condizione oggettiva di operatività), garantisce alle parti o la riconduzione ad equità a seguito di un accordo oppure, in caso di dissenso, la facoltà di sciogliere il contratto o con il recesso oppure attraverso lo strumento della risoluzione del contratto.

In presenza di siffatta fattispecie, non si dovrebbe tener conto dei criteri adottati in sede di interpretazione contrattuale in quanto, ancor prima, è necessario applicare l'art. 12 della preleggi. In questo senso, richiamando autorevole giurisprudenza³¹, i criteri dettati dagli artt. 1362 c.c. e ss. hanno valenza interpretativa e si applicano solo se dalla lettura della norma non emerge una chiara interpretazione letterale, non potendo avvalersi di una interpretazione funzionale che prescinde dalla *littera legis* e dal contenuto logico del dispositivo.

Diversamente opinando, si arriverebbe a permettere un ingresso del giudice anche nel sinallagma contrattuale attraverso il parametro dell'istituto della buona fede *in executionis*, nonostante le parti, liberamente, hanno convenuto una precisa modalità di revisione prezzi volte al mantenimento dell'equilibrio contrattuale già in sede di stipula del contratto, in attuazione dell'obbligo di inserimento del contratto di una clausola perequativa, su base negoziale, volta a favorire la conservazione dell'accordo per come dettato dall'art. 115 del D. Lgs n. 163 del 2006.

³¹ Sul punto, La Suprema Corte di Cassazione (sez. II, 20/5/2022, n. 16351) ha avuto modo di chiarire che nell'interpretazione del contratto, il primo strumento da utilizzare è il senso letterale delle parole e delle espressioni adoperate e, sole se queste risultino ambigue, è possibile ricorrere ai canoni di interpretazione contemplate dagli artt. 1362 e 1365 c.c. In caso di insufficienza anche di questi ultimi, l'interprete ha la facoltà di utilizzare le regole di interpretazione a contenuto integrativo dettate dagli artt. 1366 e 1371 c.c. (in questo senso, si vedano anche Cass., sez. III, 21/5/1988, n. 3550; *Id.*, sez. I, 27/2/1995, n. 2230).