

N. 03020/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00925/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 925 del 2023, proposto da Rekeep s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del RTI costituito con Apleona Italy s.p.a., e Getec Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Baccolini, Francesco Rizzo, Francesco Gesess ed Edward William Watson Cheyne, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Treviso, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Rapicavoli, Benedetta Bellin e Sebastiano Tonon, con domicilio eletto presso lo Studio dell'avvocato Sebastiano Tonon, in Venezia Mestre, Via Pepe n. 20, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della nota della Provincia di Treviso del 5-6-2023, 2023/32403 prot., di rigetto delle istanze di revisione dei prezzi formulate da Rekeep s.p.a. quale mandataria del RTI con Apleona Italy s.p.a. e Getec Italia s.p.a.;

- di ogni atto presupposto, connesso e/o conseguente ed in particolare, per quanto occorrer possa:

- della nota della Provincia di Treviso dell'11-5-2022 prot. n. 25965;

- dei Certificati di pagamento nn. 8/2022 rev. prezzi, 15/2022 rev. prezzi, 18/2021 en. termica rev. prezzi 2022

e per l'accertamento

del diritto di Rekeep s.p.a., nei confronti della Provincia di Treviso, al riequilibrio economico relativamente all'appalto per la fornitura del servizio di gestione della manutenzione del patrimonio della Provincia di Treviso (*Global service* manutentivo di quarta generazione - CIG: 7651248995 - CUP: B99F18000730003), secondo gli importi indicati nelle istanze del 4-5-2022, 29-9-2022, 29-3-2023, 25-5-2023 nonché della nota del 17-7-2023 oltre interessi moratori *ex d.lgs. n. 231/2002* dalla data del provvedimento impugnato, 5-6-2023 o, in subordine, dalla data del ricorso e, conseguentemente, per la condanna

dell'Amministrazione resistente al pagamento, in favore di Rekeep s.p.a., del relativo importo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Treviso;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2024 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in data 16-10-2018 la Provincia di Treviso indiceva una procedura ristretta per l'affidamento, attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del *“servizio di gestione della manutenzione del patrimonio della Provincia di Treviso - Global service di 4^a generazione”*, per la durata di 7 anni, con importo a base di gara di complessivi Euro 43.082.606,00.

All'esito della procedura risultava primo il RTI composto da Rekeep s.p.a., come mandataria, con Apleona Italy s.p.a., e Getec Italia s.p.a., come mandanti, con un punteggio di 93,334 punti (offerta tecnica, 83,33 punti; offerta economica, 10 punti, con un ribasso complessivo del 5.111% e in particolare del 18% per il servizio energia elettrica e del 29% per l'energia termica).

Con determina del 26-6-2019 il servizio veniva quindi affidato al RTI Rekeep e in data 20-10-2020 veniva sottoscritto il contratto.

1.1. L'art. 4 del contratto stabilisce che i pagamenti *“saranno effettuati come previsto dall'art. 4 del Capitolato Speciale d'Appalto – Volume 1 Parte Generale”*, il quale all'art. 4.6 disciplina la *“Revisione prezzi”* prevedendo che *“sarà pagata una volta all'anno, a consuntivo, in concomitanza con il conguaglio riferito all'anno o della stagione precedente su richiesta dell'Assuntore, supportata dalla documentazione necessaria”*, sulla base della variazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per l'intera collettività (c.d. indice Nic) fra l'inizio e la fine dell'anno considerato.

Per il servizio energia le formule per il calcolo della revisione prezzi dell'energia termica ed elettrica sono stabilite dal paragrafo 8 del Volume 3 del CSA, da applicarsi a partire dal secondo anno di servizio, ovvero dal 2022, essendo espressamente

previsto che *“per la prima stagione di erogazione del servizio non si darà corso a revisione dei prezzi”*.

1.2. Il servizio affidato al RTI Rekeep è stato avviato in data 1-1-2021, tuttavia a seguito dell'emergenza COVID le parti concordavano di estendere il periodo di realizzazione delle migliorie energetiche, che la ricorrente si era impegnata ad eseguire, dall'1-1-2022 all'1-10-2022.

Inoltre il servizio veniva ampliato con tre atti aggiuntivi in data 20-12-2021, in data 25-3-2022 e in data 30-9-2023.

1.3. Con pec del 4-5-2022 il RTI Rekeep evidenziava che dall'ultimo trimestre del 2021 si è assistito ad un imprevedibile ed abnorme incremento, a livello globale, del prezzo dei vettori energetici, che non poteva essere previsto dalle parti al momento della stipula del contratto e pertanto manifestava *“l'assoluta necessità di introdurre nuovi indici di revisione dei prezzi unitari dell'Energia Termica e dell'Energia Elettrica in sostituzione di quelli ISTAT richiamati all'Art.8 del Capitolato Speciale d'Appalto, Volume 3 “Servizio Energia”. Gli indici revisionali NIC editi dall'ISTAT, proposti da codesta Spett.le Amministrazione, NON sono infatti idonei a rideterminare l'equilibrio economico finanziario del contratto fortemente compromesso a causa dell'abnorme ed eccezionale aumento di prezzo che le materie prime (gas metano ed energia elettrica) hanno subito già a partire, in particolare, dall'ultimo trimestre 2021 e stanno ancora subendo nel corso dell'anno 2022. Pur dovendosi applicare la Revisione Prezzi solo a partire dal 01-01-2022, secondo quanto contrattualmente previsto, si richiede, anche per l'ultimo trimestre 2021, di individuare un giusto ‘criterio’ per compensare lo squilibrio economico del contratto già subito in questo periodo”*.

1.4. Con nota dell'11-5-2022, la Provincia di Treviso rilevava di non poter, allo stato, accogliere la richiesta formulata, ma comunque manifestava *“la piena disponibilità a un*

confronto per superare le criticità evidenziate, purché nel rispetto dei reciproci vincoli legali e negoziali attualmente vigenti?

Le parti avviavano un'articolata interlocuzione all'esito della quale Rekeep in data 29-3-2023 formulava un'ulteriore richiesta di revisione dei prezzi, che veniva respinta dalla Provincia di Treviso con nota del 5-6-2023 evidenziando:

- che la *“riserva è inammissibile in quanto le cifre rappresentare non corrispondono alla situazione di quanto liquidato con i certificati di pagamento relativi all'energia elettrica e termica ed alla revisione prezzi delle suddette voci”*;

- che *“è stato pedissequamente seguito quanto prescritto dal contratto e dal CSA, nello specifico il paragrafo 8 del Volume 3. Pertanto non risulta dovuto alcun ulteriore importo rispetto all'adeguamento contrattuale previsto”*.

2. Con il ricorso in esame Rekeep, in proprio e quale mandataria del RTI Rekeep, ha impugnato la nota del 5-6-2023 della Provincia di Treviso e i relativi atti presupposti, proponendo i seguenti motivi.

I - Violazione dell'art. 106, comma 1, lett. a) e comma 1, lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Eccesso di potere per errore sui presupposti e travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e carenza di motivazione. Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento e dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e buon andamento dell'azione amministrativa.

La formula di revisione dei prezzi dei vettori energetici (elettricità e gas metano), prevista dall'art. 4 Volume 3 (Servizio Energia) punto 8 del CSA, si baserebbe sull'indice ISTAT dei prezzi al consumo (Nic) che, tuttavia, sarebbe insufficiente a compensare il sopravvenuto aumento dei prezzi, verificatosi a partire dall'ultimo trimestre 2021, in concomitanza con la pandemia e lo scoppio della guerra in Ucraina. Tale aumento dei prezzi sarebbe eccezionale ed imprevedibile e andrebbe ben oltre l'alea contrattuale, alterando il sinallagma contrattuale e rendendo

insostenibili le pattuizioni economiche iniziali, tant'è che l'esecuzione del contratto avverrebbe in perdita, come sarebbe confermato dai dati forniti dalla medesima ricorrente.

Il costo medio del gas (espresso in €/kWh) sostenuto da Rekeep nel 2022 sarebbe di 0,1491; il ricavo medio revisionato riconosciuto dalla Stazione Appaltante in applicazione delle disposizioni del Capitolato sarebbe invece di 0,0844. Moltiplicando la differenza di tali importi per i consumi effettivi di gas del 2022, risulterebbe una perdita pari di Euro 1.206.939,79. Sommando, sulla base del medesimo calcolo, la perdita relativa all'ultimo trimestre 2021, la perdita complessiva ammonterebbe ad Euro 2.627.238,5271.

A fronte di tale perdita il rifiuto dell'Amministrazione di provvedere all'adeguamento dei corrispettivi sarebbe privo di giustificazione.

Inoltre - sostiene parte ricorrente - per ristabilire il sinallagma contrattuale, il delta (ossia la differenza tra il costo medio del gas sostenuto da Rekeep e il ricavo medio revisionato riconosciuto dalla Stazione Appaltante) andrebbe moltiplicato non per i consumi effettivi - ottenuti in conseguenza degli interventi di riqualificazione e di efficientamento degli impianti eseguiti dall'appaltatore - bensì per le c.d. *baseline*, ossia i consumi preventivamente stimati dalla stessa stazione appaltante in sede di aggiudicazione dell'appalto. Sulla base di tale criterio risulterebbe che il RTI Rekeep avrebbe subito per l'anno 2022 una perdita di Euro 1.363.446,38. Sommando, sulla base di tale criterio, la perdita relativa alla complessiva fornitura di energia (elettrica ed elettrica) per l'anno 2022 e per l'ultimo trimestre 2021 la perdita complessiva del RTI Rekeep sarebbe di Euro 2.801.308,35.

Questa sarebbe la richiesta di adeguamento prezzi formulata da parte ricorrente e respinta dalla stazione appaltante.

In esecuzione del contratto il RTI Rekeep avrebbe operato una rilevante riduzione dei consumi rispetto alla c.d. *baseline*.

Né tale perdita potrebbe essere oggetto di compensazione con gli altri corrispettivi percepiti, stante il generalizzato aumento dei prezzi che avrebbe riguardato anche gli altri ambiti oggetto dell'appalto.

La stazione appaltante nelle interlocuzioni intercorse avrebbe riconosciuto e comunque non avrebbe mai contestato la rilevanza e l'imprevedibilità dell'aumento dei costi dei vettori energetici, né la relativa incidenza sul corrispettivo dell'appalto e, quindi, che la clausola di revisione dei prezzi fosse inadeguata a compensare le perdite.

Nonostante le interlocuzioni e l'istruttoria svolta l'Amministrazione avrebbe infine ingiustificatamente respinto la richiesta di parte ricorrente, sostenendo che non è possibile andare oltre alle clausole contrattuali che prevedono la revisione dei prezzi entro il limite dell'indice ISTAT.

Le determinazioni della stazione appaltante si porrebbero in contrasto con l'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016 in quanto la giurisprudenza avrebbe applicato anche alla contrattualistica pubblica un meccanismo analogo a quello di cui all'art. 1664 c.c. per gli appalti privatistici (Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11635; Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7756).

La giurisprudenza avrebbe inoltre affermato che l'Amministrazione non potrebbe spingersi oltre il limite massimo dell'indice ISTAT nella determinazione del compenso revisionale, "*salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall'impresa*" (Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2015, n. 5291). Pertanto qualora come nella fattispecie in esame, l'appaltatore provi la sussistenza di circostanze eccezionali ed

imprevedibili, la stazione appaltante dovrebbe riconoscere allo stesso un compenso revisionale maggiore dell'indice ISTAT.

Il fatto che alla fattispecie si applichino le disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 anziché quelle del d.lgs. n. 163 del 2006 sarebbe irrilevante in quanto la clausola di revisione prevista sarebbe analoga alla disciplina a quella del codice del 2006, pertanto dovrebbero applicarsi i principi giurisprudenziali relativi a quest'ultima.

In sintesi la *lex specialis*, prevedendo tale clausola di revisione basata sugli indici ISTAT, avrebbe riconosciuto che in presenza di condizioni eccezionali ed imprevedibili avrebbe dovuto essere riconosciuto all'appaltatore un adeguamento revisionale maggiore.

Sotto altro profilo l'assunto dell'Amministrazione, secondo cui non sarebbe possibile addivenire ad una modifica delle pattuizioni contrattuali in relazione alle modalità di calcolo del compenso revisionale, si porrebbe in contrasto con l'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Tale disposizione, alla luce dell'interpretazione autentica di cui agli art. 7, commi 2-ter e 2-quater, della legge 26 giugno 2022, n. 79, imporrebbe infatti di riconoscere l'adeguamento prezzi in presenza di circostanze imprevedute e imprevedibili che alterano in modo significativo il costo dei materiali.

In subordine, alla ricorrente dovrebbero in ogni caso essere quantomeno rimborsati i costi della fornitura energetica sostenuti e rimasti a suo carico per l'ultimo trimestre 2021 e per l'anno 2022.

II - *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per errore sui presupposti e travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, carenza assoluta di motivazione. Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento.*

Prima di determinarsi definitivamente sull'istanza di Rekeep con il provvedimento definitivo impugnato con il presente ricorso, la Provincia avrebbe dovuto inviare il preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990.

Qualora l'Amministrazione avesse provveduto a tale comunicazione la ricorrente le avrebbe fornito i chiarimenti necessari.

3. La Provincia di Treviso si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso.

4. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie e repliche in cui parte ricorrente ha sviluppato le sue difese, evidenziando anche che l'art. 9 del nuovo Codice dei contratti (d.lgs. n. 36 del 2023) imporrebbe una rinegoziazione secondo buona fede del contratto per garantire il ripristino e la conservazione del sinallagma contrattuale. Inoltre i provvedimenti impugnati si porrebbero in contrasto anche con l'art. 106, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La Provincia ha invece eccepito in via preliminare l'inammissibilità della domanda di accertamento del diritto alla revisione prezzi e di condanna al pagamento dello stesso in quanto l'inserzione di una clausola di revisione periodica del prezzo non comporterebbe per l'appaltatore un diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, ma soltanto un interesse legittimo allo svolgimento degli approfondimenti istruttori necessari.

Nel merito la Provincia, in relazione al primo motivo, ha rilevato:

- che le disposizioni richiamate dalla ricorrente non sarebbero applicabili alla fattispecie;
- che per l'anno 2021 è stabilito un compenso forfettario e non è prevista alcuna revisione prezzi;

- che per l'anno 2022 i conteggi della ricorrente non sarebbero corretti e in ogni caso il ricavo revisionato andrebbe moltiplicato per i consumi reali e non per i dati di *baseline*;
- che la ricorrente in gara avrebbe ottenuto il miglior punteggio proprio in virtù del ribasso molto alto offerto per i servizi energetici;
- che il contratto deve essere considerato nel suo complesso e la ricorrente non avrebbe tempestivamente eseguito alcuni degli interventi e delle installazioni per il miglioramento energetico previsti.

In relazione al secondo motivo, la Provincia ha evidenziato che il contraddittorio procedimentale è stato assicurato dall'ampia e articolata corrispondenza intervenuta prima dell'adozione della nota del 5-6-2023.

5. All'udienza pubblica del 20 novembre 2024, dopo breve discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Le censure proposte non possono essere condivise.

6.1. E' infondato il primo motivo di ricorso con cui la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 106, comma 1, lett. a) e comma 1, lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in quanto la clausola di revisione prezzi prevista dall'art. 4 del contratto, basata sull'indice ISTAT dei prezzi al consumo (Nic), sarebbe insufficiente a compensare il sopravvenuto aumento dei prezzi, verificatosi nell'anno 2022 e nell'ultimo trimestre 2021, in concomitanza con la pandemia e lo scoppio della guerra in Ucraina.

6.2. In via preliminare va evidenziato che la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni chiarito che: *“Nella materia della revisione dei prezzi nei contratti di appalto di lavori, di servizi e di fornitura ha sempre operato la clausola di specialità dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, di talché i normali parametri normativi (di cui agli artt. 1467*

ss., 1664, 1677, etc., cod. civ.) di regola non operano nei predetti rapporti obbligatori, che sono invece disciplinati, sotto questo profilo, da norme speciali ad hoc, che tendenzialmente, peraltro, tendono a restringere il margine di scelta “discrezionale” dell’amministrazione committente, vincolandola variamente a stringenti e ben definiti presupposti sostanziali e procedurali (posti per lo più a tutela dell’economicità dell’azione amministrativa e per ragioni di controllo della spesa pubblica, nonché, guardando al profilo eurounitario, per ragioni di tutela della concorrenza e del mercato).

L’istituto della revisione dei prezzi – tipica ‘clausola esorbitante’ rispetto al comune diritto contrattuale dei privati – ha attraversato negli ultimi decenni una fase di “crisi” ed è stato sottoposto a forti critiche per la sua incidenza negativa sull’andamento dei costi gestionali delle amministrazioni, fino al punto da essere notevolmente ridimensionato nel suo ambito applicativo. Per gli appalti di servizi e forniture a esecuzione periodica o continuativa l’art. 44, commi 4 e 6, l. 23 dicembre 1994, n. 724, prevedeva una revisione periodica dei prezzi sulla base di un’istruttoria condotta dalla stazione appaltante tenendo conto dei prezzi di mercato rilevati dall’Istat, meccanismo poi confermato dall’art. 115, d.lgs. n. 163 del 2006, che prevedeva l’obbligatorio inserimento nei contratti a esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture di una clausola di revisione periodica del prezzo che tenesse conto dei costi standardizzati per tipo di servizi e fornitura. Il codice del 2016, invece, si è limitato, nell’art. 106, a facultizzare l’inserimento della previsione nei documenti di gara, ma solo a condizione che la modifica del contratto durante il suo periodo di efficacia non fosse tale da alterare le condizioni della gara, dovendo altrimenti essere esperita una nuova procedura di affidamento. Solo di recente, sull’onda della crisi pandemica e della forte impennata dei costi dell’energia e delle materie prime per la guerra in Ucraina, l’istituto è stato reintrodotta con numerose norme speciali (contenute per lo più nella decretazione d’urgenza e nelle ultime leggi annuali di bilancio). Il nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36 del

2023, lo ha nuovamente ammesso a sistema (art. 60: “1. Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l’inserimento delle clausole di revisione prezzi”).

La logica del d.lgs. n. 50 del 2016, *ratione temporis* applicabile, era quella di evitare che la clausola revisionale potesse alterare in modo sostanziale il contratto riflettendosi negativamente sulla effettività delle condizioni concorrenziali della gara esperita, sicché la regola generale era il divieto di clausola revisionale salvi i casi derogatori tassativamente previsti, nei quali fosse possibile una revisione “senza una nuova procedura di affidamento”, a condizione che tale revisione non apportasse “modifiche che avrebbero l’effetto di alterare la natura generale del contratto o dell’accordo quadro”. La norma del 2016, infatti, si raccorda al diritto dell’Unione europea che, a tutela della concorrenza, limita i meccanismi di revisione dei prezzi degli appalti pubblici per evitarne i potenziali effetti elusivi del meccanismo della gara pubblica (art. 72 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; Corte di Giustizia 19 giugno 2008, C454/06, 17 settembre 2016, C-549/14, 19 aprile 2018, causa C-152/17). Trattandosi di norma derogatoria del principio della gara, non ne è consentita un’interpretazione analogica ed estensiva (come è del resto esplicitato dalla disposizione contenuta nel comma 6 dell’art. 106: ‘Una nuova procedura d’appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2’)” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27-6-2024, n. 5690; Cons. Stato, Sez. III, 13-7-2023, n. 6848).

6.3. Ciò premesso, nella fattispecie in esame l’art. 4.6 del *Capitolato Speciale d’Appalto – Volume 1 Parte Generale* (espressamente richiamato dall’art. 4 del contratto) prevede la revisione prezzi ma a partire dall’anno 2022, con la conseguenza che occorre fare riferimento alla lett. a) dell’art. 106, d.lgs. n. 50 del 2016, sussistendo il presupposto di base per l’applicabilità di tale disposizione, costituito dalla previsione delle modifiche contrattuali “nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili”.

6.4. Non risulta invece applicabile il disposto di cui alla lett. c) del comma 1 dell'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. III, 13-7-2023, n. 6848; Cons. Stato, Sez. IV, 31-10-2022, n. 9426), l'ipotesi di cui alla lett. c) del comma 1 dell'art. 106, fa testuale ed espresso riferimento a quelle “*modifiche dell'oggetto del contratto*” che si correlano alle “*varianti in corso d'opera*”, che sono quelle modifiche che riguardano l'oggetto del contratto sul versante dei lavori da eseguire. Le modifiche dell'oggetto del contratto sul versante del corrispettivo che l'appaltatore va a trarre dall'esecuzione del contratto vanno invece sussunte nell'ambito della fattispecie di cui alla lett. a), che disciplina gli aspetti economici del contratto con testuale riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi *standard*.

Nel caso in esame non si tratta di una modifica dell'oggetto del contratto e la lamentata variazione dei prezzi non è correlata ad una variante in corso d'opera.

6.4. L'art. 7, comma 2-ter, d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla legge 29 giugno 2022, n. 79, che alla lett. c), n. 1, precisa “*si interpreta nel senso che tra le circostanze indicate al primo periodo sono incluse anche quelle impreviste ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera*”, è inequivocabilmente riferito al solo settore dei lavori pubblici, facendo espresso riferimento ai “*materiali*” e all’“*opera*”. La riprova è nel comma 2-quater del citato art. 7, che chiarisce che “*nei casi indicati al comma 2-ter, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, la stazione appaltante o l'aggiudicatario possono proporre, senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera, una variante in corso d'opera che assicuri risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali*”. Il riferimento all’“*opera*” e alla “*variante in corso d'opera*” – che l'impresa aggiudicataria può proporre

per far fronte all'aumento dei costi dei materiali – confermano che la lett. c) del comma 1 dell'art. 106, d.lgs. n. 50 del 2016 si riferisce ai soli appalti di lavori (In questo senso: Cons. Stato, Sez. III, n. 5690 del 2024 cit.).

Sulla questione si è peraltro pronunciata l'Anac con il parere in funzione consultiva 20-3-2024, n. 14, che ha chiarito come *“l'art. 7, commi 2-ter e 2-quater, sopra richiamato, è espressamente dedicato agli appalti relativi all'attuazione del Pnrr, come deriva dalla rubrica della disposizione ('Ulteriori misure urgenti abilitanti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza') e riferito al 'costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera', dunque agli appalti di lavori”*. Tuttavia, come sottolineato dalla stessa Autorità (pareri in funzione consultiva n. 34 del 2022 e n. 37 del 2022) *“Ancorché si tratti di una previsione specificamente riferita all'attuazione del Pnrr (come si evince dalla rubrica della norma), alla stessa può essere assegnata valenza generale, stante il carattere interpretativo della medesima, volta a chiarire l'ambito di applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016. In tal senso, l'applicazione della disposizione de qua può essere invocata, come ivi previsto, nel caso di circostanze 'impreviste ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera', anche in relazione a contratti d'appalto non specificamente riferiti all'attuazione del Pnrr, fermi in ogni caso i limiti imposti dall'art. 106 del Codice, in ordine al divieto di modifiche sostanziali al contratto d'appalto ai sensi del comma 4 e ai vincoli stabiliti dal comma 7 della stessa disposizione”* e *“ferme altresì le ulteriori condizioni di applicabilità della norma, fissate dal comma 2-ter e 2-quater dell'art. 7 citato”* (parere in funzione consultiva n. 53 del 2022 e n. 67 del 2022). La disposizione citata, invero, *“non stabilisce la possibilità di modificare il corrispettivo dell'appalto a fronte dell'aumento del costo dei materiali: detta evenienza consente alla stazione appaltante e all'appaltatore di proporre l'adozione di una variante in corso d'opera ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c), n. 1, del Codice dei contratti pubblici che assicuri l'eventuale revisione dei prezzi per i contratti pubblici di servizi e forniture*

(anche alla luce del citato art. 29 della l. 25/2022) deve essere ricondotta nelle previsioni dell'art. 106 del Codice, il quale – come evidenziato – contempla, al comma 1, lett. a), la possibilità di procedere alla modifica dei prezzi, purché la stessa sia stata prevista nei documenti di gara in clausole chiare, precise e inequivocabili” (parere in funzione consultiva n. 20 del 2022).

L'Anac ha quindi affermato che *“anche sulla base dei chiarimenti offerti dalla giurisprudenza, pertanto, è possibile concludere che la revisione dei prezzi negli appalti di servizi e forniture, in assenza di specifiche previsioni derogatorie al d.lgs. n. 50 del 2016 (come per gli appalti di lavori), appare consentita entro i limiti stabiliti dall'art. 106, comma 1, lett. a), del Codice, dunque disposta nei casi previsti dalla norma (nonché nelle eventuali previsioni relative allo jus variandi contenute nella lex specialis in coerenza con l'art. 106), da ritenere tassativi in quanto derogatori all'evidenza pubblica” (Anac parere n. 20 del 2022).*

6.5. Non risultano applicabili al caso di specie nemmeno le norme in materia di revisione dei prezzi previste dalla legislazione speciale successiva al Codice dei contratti pubblici del 2016 (e, segnatamente, l'art. 29 del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, convertito dalla L. 28 marzo 2022, n. 25, e l'art. 26 del D.L. 17 maggio 2022, n. 50, convertito dalla L. 15 luglio 2022, n. 91, in tema di emergenza da Covid-19).

Considerata la natura eccezionale di tali previsioni non ne è possibile un'interpretazione analogica o estensiva oltre i casi ivi previsti (art. 14 disp. prel. c.c.). Pertanto, in disparte l'applicabilità della seconda delle citate disposizioni ai soli appalti di lavori, non anche agli appalti di servizi e di forniture, quanto a questi ultimi va sottolineato che l'art. 29 del d.l. n. 4 del 2022, convertito dalla legge n. 25 del 2022, riguarda soltanto le procedure di affidamento i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del provvedimento normativo, mentre la procedura cui è seguita la stipulazione del contratto de quo è stata bandita ben prima di tale data.

6.6. In definitiva la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione di cui all'art. 106, comma 1, lett. a), ai sensi del quale la revisione dei prezzi è consentita alle sole condizioni ivi indicate vale a dire se prevista *“nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili”* e sempre che non alteri la natura generale del contratto. E *“al di fuori di tali ipotesi, il contraente privato non può pretendere una revisione dei prezzi pattuiti neanche in presenza di eventi eccezionali e imprevedibili stante la scelta compiuta dal legislatore di deviare dal precedente regime in materia, come definito dal previgente articolo 115 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che rendeva invece obbligatoria l'inserzione della clausola di variazione/ adeguamento dei prezzi”* (Cons. Stato, Sez. V, 18-11-2024, n. 9212).

Ne consegue, in mancanza di apposita previsione contrattuale, l'infondatezza della pretesa della società ricorrente per la quale l'amministrazione avrebbe dovuto avviare un'attività istruttoria volta all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale.

6.7. La giurisprudenza citata dalla ricorrente a supporto delle proprie pretese (in specie, Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11635 e Cons. Stato, V, 6 settembre 2022, n. 7756), è riferita alla diversa disciplina dell'art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006, che, come detto, non è confluita nell'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel vigore di quest'ultima disposizione, è stato invece affermato in giurisprudenza che *“la revisione del contratto è ammessa, di regola (salve disposizioni di leggi speciali) solo ove espressamente pattuita”* (Cons. Stato, VI, 23-2-2023, n. 1844).

Detta disciplina e la relativa interpretazione vanno peraltro ritenute compatibili col diritto europeo, considerata la sentenza del 19 aprile 2018, pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa C-152/17, che ha affermato che le direttive dell'Unione europea in materia di appalti pubblici non ostano a norme di

diritto nazionale che escludano la revisione dei prezzi dopo l'aggiudicazione del contratto (Cons. Stato, Sez. V, 18-11-2024, n. 9212 cit.).

Risulta quindi legittima la decisione della Provincia di riconoscere la revisione dei prezzi esclusivamente nei limiti di quanto contrattualmente previsto.

7. Infondati sono altresì i profili di censura con cui la ricorrente lamenta che l'Amministrazione sarebbe stata tenuta alla rinegoziazione contrattuale in base al disposto dell'art. 9 del d.lgs. n. 36 del 2023 e in base alle disposizioni del codice civile in tema di revisione prezzi nel contratto di appalto (art. 1664 c.c.) e in tema di buona fede contrattuale.

7.1. La disposizione sopravvenuta di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 36 del 2023 *“non ha portata retroattiva poiché non è norma interpretativa né applicativa di un principio generale già presente nell'ordinamento, ma introduce ex novo il rimedio generale di manutenzione del contratto, che, come si legge nella Relazione al Nuovo Codice dei contratti pubblici, è maggiormente conforme all'interesse dei contraenti in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c. (norma, quest'ultima, applicabile fino all'entrata in vigore del nuovo Codice). Il rimedio della rinegoziazione è regolato, quanto alle forme e ai tempi del contraddittorio tra le parti contrattuali, dalla disposizione dell'art. 120, comma 8, che non ha alcuna norma corrispondente nell'immediato precedente normativo dell'art. 106 del D.Lgs. n. 50 del 2016”* (Cons. Stato, Sez. V, 18-11-2024, n. 9212 cit.).

7.2. Quanto alle disposizioni del codice civile in tema di revisione prezzi nel contratto di appalto (art. 1664 c.c.), va premesso che l'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel prevedere che *“alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”*, fa rinvio a queste ultime *“per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi”*.

Il rinvio non è quindi praticabile per la disciplina della revisione dei prezzi, dato che questa è espressamente contemplata nell'art. 106, comma 1, lett. a), nei termini dei quali si è detto sopra. Essendo quest'ultima norma speciale per gli appalti di lavori, servizi e forniture della pubblica amministrazione, prevale sulla normativa del codice civile in tema di revisione dei prezzi per il contratto tipico di appalto (art. 1664, comma 1, c.c.).

7.3. Piuttosto il rinvio alle norme del codice civile comporta che ai contratti stipulati con la pubblica amministrazione, possa essere applicato il (diverso) rimedio dell'art. 1467 c.c., sempre che la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili e che la sopravvenuta onerosità non rientri nell'alea normale del contratto o che il contratto non sia aleatorio per volontà delle parti (art. 1469 c.c.).

La regola civilistica generale, per i contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, desumibile dall'art. 1467 c.c., pone come unica possibile conseguenza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti con prestazioni corrispettive il rimedio risolutorio del contratto (comma 1), ma non quello conservativo, salva la facoltà concessa alla parte non incisa dal "*verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili*" di evitare la risoluzione "*offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*" (comma 3).

Dato il tenore della disposizione di carattere generale appena detta, è da escludere che sia rinvenibile nell'ordinamento di diritto civile un principio generale di rinegoziazione contrattuale rimessa all'iniziativa della parte svantaggiata in caso di circostanze sopravvenute e imprevedibili che abbiano alterato il sinallagma contrattuale.

Le deroghe alla regola che privilegia la risoluzione rispetto alla manutenzione del contratto devono essere espressamente previste, in apposite norme di legge, da ritenersi a portata eccezionale (Cons. Stato, Sez. V, 18-11-2024, n. 9212 cit.).

7.4. Parimenti infondata è l'invocazione del principio della buona fede. Tale principio, pur essendo il primo espressamente previsto anche per la fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.), nell'ambito degli appalti pubblici non può essere spinto fino ad imporre ad una delle parti obbligazioni che vanno oltre le previsioni contrattuali, stante il disposto dell'art. 106, comma 1, lett. a).

Peraltro in base al paragrafo 8 del Volume 3 del CSA, "*per la prima stagione di erogazione del servizio non si darà corso a revisione dei prezzi*", pertanto per l'ultimo trimestre del 2021 la revisione prezzi è espressamente esclusa.

7.5. In definitiva fuori di una disciplina contrattuale o normativa specifica più stringente, la revisione dei prezzi non costituisce né un dovere in capo all'amministrazione, né un diritto del fornitore ma un'evenienza rimessa al raggiungimento di un comune accordo delle parti (Cons. Stato, Sez. VI, 23-2-2023, n. 1844).

7.6. In applicazione di tale ultimo principio va respinta altresì la pretesa della ricorrente – tardivamente proposta solo in sede di memoria - di imporre all'Amministrazione di valutare le richieste di modifica delle condizioni contrattuali ai sensi del comma 2 dell'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Come chiarito dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 18-11-2024, n. 9212 cit.), la disposizione (che consente la modifica dei contratti "*senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice*" se il valore della modifica è al di sotto di quelli ivi indicati e sempre che la modifica non alteri la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro), così come quella dello stesso art. 106, comma 1, lett. c), del

d.lgs. n. 50 del 2016 (che consente la modifica dei contratti quando “*determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore*”), non riconosce una posizione di interesse legittimo (men che meno di diritto soggettivo) in capo all'appaltatore per la rinegoziazione delle condizioni contrattuali.

Le norme predette danno attuazione in ambito interno alle norme corrispondenti dell'art. 72 (Modifica dei contratti durante il periodo di validità) della direttiva 2014/24/UE e hanno la precipua finalità di individuare le modifiche consentite alla pubblica amministrazione, nella fase di esecuzione del contratto, senza necessità di indire una nuova procedura di gara e, per contro, di individuare le modifiche non consentite (o meglio, vietate), a tutela della libera concorrenza e della parità di trattamento fra coloro che operano nel mercato (come esplicitato, tra l'altro, dal considerando 107 della direttiva, secondo cui “*E' necessario precisare, tenendo conto della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le condizioni alle quali le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto*”).

Si tratta di una finalità regolatrice dei poteri della committenza pubblica, del tutto distinta dalla finalità di riequilibrio contrattuale che connota l'istituto della revisione dei prezzi.

Le modifiche contrattuali dell'art. 106, comma 2 (e dal comma 1, lett. c) sono previste dal legislatore come praticabili da parte dell'amministrazione committente, unica titolare del potere di modifica, ed è rimessa all'appaltatore soltanto la facoltà di accettarle o meno, salvo che, in presenza di determinate situazioni, sia obbligato a sottostarvi: in sintesi, sono modifiche possibili, ma che presuppongono l'accordo tra le parti, promosso però dalla stazione appaltante e regolato dalla legge nel

preminente interesse del mercato e della concorrenza, nonché al fine di delimitare lo *ius variandi* del committente pubblico.

Esula dall'ambito applicativo dell'art. 106, comma 2 (e comma 1, lett. c) l'iniziativa dell'appaltatore volta ad ottenere la modifica dei prezzi contrattuali reputati non più remunerativi (Cons. Stato, Sez. V, 18-11-2024, n. 9212 cit.).

Ciò precisato, non può escludersi che l'impresa appaltatrice formuli una richiesta di modifica contrattuale che l'amministrazione potrebbe accettare in quanto rispettosa delle condizioni dell'art. 106, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, ma la relativa pretesa, se respinta dall'amministrazione, non è tutelabile in giudizio invocando l'applicazione di quella norma (entro tali limiti si condivide il precedente, citato dall'appellante, di cui a Cons. Stato, III, 13 luglio 2023, n. 6846).

8. Infondato è l'ulteriore profilo di censura con cui parte ricorrente sostiene che ai fini della revisione il delta (ossia la differenza tra il costo medio del gas sostenuto da Rekeep e il ricavo medio revisionato riconosciuto dalla Stazione Appaltante) andrebbe moltiplicato non per i consumi effettivi bensì per le c.d. *baseline*, ossia i consumi preventivamente stimati dalla stessa stazione appaltante in sede di aggiudicazione dell'appalto.

8.1. Nel Volume 3 del CSA (pag. 12 e par. 8) si chiarisce che ai fini della determinazione degli importi da corrispondere all'appaltatore si devono prendere in considerazione i consumi effettivamente misurati.

D'altra parte qualora la revisione dei prezzi avvenisse sulla base delle c.d. *baseline*, anziché sui consumi effettivi, la ricorrente conseguirebbe un risultato ulteriore rispetto all'obiettivo del riequilibrio contrattuale.

9. Infondato è infine il secondo motivo con cui parte ricorrente lamenta la mancata attuazione del contraddittorio procedimentale.

9.1. Come rilevato dall'Amministrazione resistente il provvedimento impugnato è stato assunto all'esito di un'ampia ed articolata corrispondenza tra le parti, nonché a colloqui ed incontri con gli uffici, nel corso del quale la ricorrente ha potuto compiutamente svolgere le proprie difese.

10. Stante l'infondatezza delle censure proposte non possono essere accolte né la domanda di annullamento degli atti impugnati né le consequenziali domande di accertamento e di condanna dell'Amministrazione resistente.

11. Il ricorso deve pertanto essere respinto.

12. In ragione della novità e della complessità delle questioni trattate, sussistono le condizioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

Alberto Ramon, Referendario

L'ESTENSORE
Filippo Dallari

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI