

**GIURISDIZIONE: Contratto di appalto di opere pubbliche - Adeguamento, modifiche e deroghe prezzo - Clausole - Controversie - Giurisdizione del giudice amministrativo - Limiti.**

**Cass. civ., Sez. Unite, ordinanza 12 ottobre 2020, n. 21990** (Pres. Mammone; Relatore Graziosi; Pm (conf) Visonà; Ric. Comune di Olevano sul Tusciano; Int. TEK.R.A. S.r.l.)

- in *Guida al Diritto*, 1, 2021, pag. 48.

*“[...] se il contenuto della clausola esprime e quindi implica la persistenza di una discrezionalità, vale a dire di una posizione di potere, dell'autorità amministrativa, si rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; se invece il contenuto della clausola individua puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza a tale obbligo di un diritto soggettivo dell'appaltatore, così da confluire nella giurisdizione ordinaria.*

*Se è vero, infatti, che la pubblica amministrazione può esercitare il suo potere anche in modo indiretto, è altrettanto vero che la stipulazione di un contratto, conformando un relativo cluster di regole reciprocamente volute dalle parti che costituisce il regolamento negoziale, apre una fase - la fase esecutiva - nella quale è logico presumere che le parti assumano una posizione paritetica in riferimento alle regole su cui hanno concordato le rispettive volontà; e che nel contenuto dell'accordo abbia inciso anche la posizione di potere indirettamente esercitato più non rileva da quando il contratto è stato concluso, con effetto nei confronti di entrambe le parti [...].”*

***Svolgimento del processo***

che:

In data 27 novembre 2017 TEK.R.A. S.r.l. depositava ricorso monitorio al Tribunale di Salerno chiedendo che venisse ingiunto al Comune di Olevano sul Tusciano di pagare la somma di Euro 223.465,26, oltre interessi come da D.Lgs. n. 231 del 2002, per fatture relative a un contratto con esso stipulato dalla ricorrente. Il Tribunale il 30 gennaio 2018 emetteva decreto ingiuntivo, che veniva notificato al Comune in data 14 marzo 2018.

Il Comune proponeva opposizione, eccependo, tra l'altro, il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a favore del giudice amministrativo ex art. 133 c.p.a. TEK.R.A. S.r.l. si costituiva, insistendo nella sua pretesa.

Il Tribunale, con ordinanza del 27 gennaio 2019, ritenuta sussistente la propria giurisdizione, assegnava alle parti i termini di cui all'art. 183 c.p.c., comma 6, e rinviava la trattazione a una successiva udienza.

Il Comune a questo punto ha proposto ricorso per regolamento di giurisdizione, chiedendo che sia dichiarato, ai sensi dell'art. 382 c.p.c., il difetto di giurisdizione del Tribunale di Salerno, la giurisdizione spettando a suo avviso al giudice amministrativo.

L'intimata non si è difesa.

Il Procuratore Generale ha concluso per il rigetto del ricorso e per la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario.

Il Comune ha depositato memoria, nella quale insiste per l'accoglimento del ricorso, dando atto pure della sopravvenuta revoca dell'ordinanza del 27 gennaio 2019 da parte del Tribunale di Salerno.

### ***Motivi della decisione***

che:

1. Il ricorso propone un unico motivo, così rubricato: "Sul difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario".

Sia nella premessa, sia nella illustrazione del motivo si rinvencono elementi di ricostruzione della vicenda, in complesso descritta esaurientemente dalla ricorrente come segue.

TEK.R.A. S.r.l., quale aggiudicataria di un appalto per l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani e assimilati "porta a porta" e del servizio di igiene ambientale in forza di Det. 30 aprile 2012, n. 109 del Comune di Olevano sul Tusciano, aveva con questo stipulato, in data 24 maggio 2013, un contratto, con allegato un Capitolato Speciale d'appalto in cui l'art. 24 statuiva: "La revisione periodica del prezzo è prevista in conformità a quanto disposto dalla L. 23 dicembre 1994, n. 724, art. 44. Ai fini del calcolo del relativo importo, la revisione sarà calcolata a partire dal 5 semestre e agganciata alle variazioni dell'indice ISTAT, con esclusione delle variazioni prezzi intervenute nel corso del primo anno. Pertanto, alla data del quinto semestre saranno calcolate le variazioni intervenute nel 1 semestre del secondo anno, al netto delle variazioni intervenute nel primo anno. Tale revisione sarà richiesta dall'impresa a mezzo raccomandata a/r".

Con nota prot. n. 837 del 13 dicembre 2012 (data da cui si desume che lo svolgimento dei servizi era già cominciato prima della formalizzazione contrattuale) l'aggiudicataria aveva chiesto al Comune "il pagamento delle differenze retributive asseritamente dovute al fine di adeguare il canone del contratto di appalto a causa del rinnovo del CCNL di categoria FISE". Con istanza prot. n. 195 del 3 febbraio 2016 "ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 115, art. 7, comma 4 e art. 5", TEK.R.A. aveva poi avviato il procedimento per "richiesta adeguamento canone per i maggiori oneri per il rinnovo CCNL di categoria FISE", chiedendo l'adeguamento "a partire dal mese di dicembre 2012".

In tale istanza - espone ancora il ricorrente - non vi era "alcun riferimento alle fatture di cui precedentemente era stato richiesto il pagamento"; e nelle more del procedimento la società, "senza

attendere gli esiti dell'istruttoria, continuava ad emettere ulteriori fatture aventi ad oggetto l'aumento del costo del lavoro".

In data 27 novembre 2017 l'aggiudicataria depositava il ricorso monitorio: questo era fondato sulle "fatture fino a quel momento emesse in relazione al presunto adeguamento del costo del lavoro", essendo "richiesto il pagamento esclusivamente di fatture emesse per compensare i maggiori costi asseritamente sostenuti a causa del rinnovo del CCNL di categoria" - il che viene definito dal ricorrente "un tipico caso di richiesta di adeguamento del prezzo dell'appalto (e specificatamente per aumento del costo del lavoro dovuto ad un nuovo c.c.n.l.)" -.

Il Comune frattanto aveva svolto un'istruttoria ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 115 al cui esito, il 26 febbraio 2018, comunicava a TEK.R.A. "la sussistenza di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza", e - in assenza di sue osservazioni - le trasmetteva infine il provvedimento di diniego del 22 marzo 2018, con atto di citazione del 23 aprile 2018 opponendosi poi al decreto ingiuntivo.

Per mera completezza espositiva - non trattandosi di provvedimento impugnato nè tantomeno decisorio - si dà atto che il Tribunale, nella ordinanza 27 gennaio 2019, ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione per essere la pretesa attorea fondata sull'art. 24 sopra trascritto, quale clausola contrattuale da cui deriverebbe un obbligo della pubblica amministrazione rispetto al quale la controparte sarebbe titolare di un diritto soggettivo.

2. In diritto, il ricorrente osserva che, appunto, l'art. 24 del Capitolato Speciale di appalto allegato al contratto prevede la revisione periodica del prezzo in conformità alla L. n. 724 del 1994, art. 44 - il quale a sua volta statuiva: "Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui al comma 6" -, che era stato poi trasfuso nel D.Lgs. n. 163 nel 2006, *ratione temporis* qui applicabile, il cui art. 115 infatti prevedeva: "Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'art. 7, comma 4, lettera c) e comma 5".

Ad avviso del ricorrente, oggetto della presente causa sarebbe proprio la revisione dei prezzi del contratto di appalto come disciplinato all'epoca dal suddetto art. 115 Codice dei contratti pubblici a quel tempo vigente, dato che "le fatture poste alla base del decreto ingiuntivo opposto sarebbero state emesse tutte "per maggiori oneri per il rinnovo del CCNL di categoria FISE", oggetto, del resto, dell'istanza di adeguamento del prezzo del 03.02.2016", presentata appunto ai sensi degli artt.

115, art. 7, comma 4 e art. 5 Codice e riportante "richiesta adeguamento canone per maggiori oneri per il nuovo CCNL di categoria FISE"; e ciò anche se l'aggiudicataria, pur avendo proposto l'istanza "per il riconoscimento delle medesime somme", poi "non ne ha atteso o contestato l'esito".

Di qui sortirebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in forza dell'art. 133 c.p.a., Materie di giurisdizione esclusiva, il quale la stabilisce, salvo ulteriori previsioni di legge, al comma 1, n. 2, lett. e), per le controversie, tra l'altro, "relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 115"; giurisdizione esclusiva che la L. n. 724 del 1994, art. 44, comma 19, - richiamato nell'art. 24 del Capitolato - già prevedeva.

D'altronde, l'art. 24 del Capitolato adempirebbe all'obbligo di legge all'epoca sussistente - di inserire nei contratti di appalto pubblico di servizi e forniture ad esecuzione periodica o continuativa una clausola di revisione periodica del prezzo: e quando avvenne la stipulazione del contratto de quo tale norma imperativa era ravvisabile nel D.Lgs. n. 163 nel 2006, art. 115 dettato sulla linea della L. n. 537 del 1993, art. 6, comma 4, come novellato dalla L. n. 724 del 1994, art. 44 (l'obbligatorietà fu in seguito espunta dal D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 106). Perciò sarebbe del tutto infondata "la ricostruzione fornita dalla Tek. r. a. in sede di giudizio di opposizione, secondo cui... le parti avrebbero espressamente inserito nel Capitolato speciale un'apposita clausola, autonomamente pattuita, che, in deroga al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 115 avrebbe previsto la spettanza della revisione dei prezzi nel contratto de quo, ponendo quale unico onere in carico all'appaltatrice l'invio di una mera richiesta all'Amministrazione a mezzo di lettera raccomandata". Peraltro - osserva ancora il ricorrente - "qualsiasi diversa previsione sarebbe stata nulla per violazione di una norma imperativa".

TEK.R.A. avrebbe inoltre prospettato che con l'art. 24 del Capitolato essa e il Comune avrebbero "effettuato a monte una rideterminazione negoziale del canone, che avrebbe successivamente limitato il potere discrezionale dell'Amministrazione sia nell'an che nel quantum della revisione", onde "la società avrebbe... esercitato il proprio diritto ad ottenere l'applicazione del nuovo canone semplicemente inviando una richiesta, non sussistendo alcun obbligo di attivare il procedimento di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 115": ma pure questo, ad avviso del ricorrente, troverebbe ostacolo nella natura imperativa della norma.

Ancora, Tek.r.a. avrebbe addotto che l'art. 24 del Capitolato vale come "un effettivo riconoscimento del debito da parte del Comune", perchè indicativo ex ante delle modalità di calcolo della revisione: oppone il ricorrente che l'art. 24 si limiterebbe invece a rinviare al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 115 sulla revisione periodica dei prezzi, e che comunque l'art. 115 è norma imperativa, non sostituibile quindi con difformi clausole pattizie.

Il ricorrente argomenta inoltre sulla interpretazione del contenuto dell'art. 24, concludendo che in esso le parti nulla avrebbero predeterminato in ordine all'an e al quantum della revisione, rimettendoli entrambi alla decisione dell'Amministrazione: pertanto, considerati l'oggetto dell'art. 24, il contenuto della richiesta dell'aggiudicataria e "l'oggetto di tutte le fatture da questa azionate con il decreto ingiuntivo, consistente esclusivamente nel pagamento di somme a titolo di revisione dei prezzi del contratto di appalto asseritamente dovute a causa dell'aumento del costo del lavoro conseguito alle modifiche del Contratto Collettivo di categoria applicabile", sussisterebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trattandosi di questione di revisione dei prezzi per aumento dei costi successiva alla stipulazione del contratto e imprevedibile in sede di offerta, e spettando la giurisdizione al giudice ordinario soltanto qualora l'appaltatore chieda il pagamento di determinate prestazioni espressamente previste dal contratto oppure ulteriori, invocando in tal senso il ricorrente Sez. Un., ord. 1 febbraio 2019 n. 3160.

La giurisprudenza di questa Suprema Corte, inoltre, avrebbe sempre riconosciuto che spetta alla stazione appaltante, nell'esercizio di un suo potere discrezionale, operare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione dei prezzi nei contratti di durata e l'interesse pubblico connesso al risparmio di spesa e alla regolare esecuzione del contratto, l'obbligatoria inserzione nel contratto di una clausola di revisione periodica non comportando un diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, bensì obbligando l'amministrazione a procedere agli adempimenti istruttori normativamente sanciti, e concretizzandosi in effetti in un potere di verifica in termini autoritativi rispetto al quale il privato contraente fruisce della tutela conferitagli dall'interesse legittimo; invero, rispetto alla domanda di adeguamento del prezzo non sussiste un diritto soggettivo dell'aggiudicataria, bensì soltanto un interesse legittimo, neppure qualora sia in atto la fase successiva alla stipula del contratto d'appalto - il che risulta d'altronde coerente con la previsione di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133 c.p.a. -.

In conclusione, il decreto ingiuntivo de quo sarebbe stato emesso in carenza di giurisdizione, avendo Tek.r.a. richiesto in via monitoria "il pagamento esclusivamente di fatture emesse per compensare i maggiori costi asseritamente sostenuti a causa del rinnovo del CCNL di categoria": il quale, d'altronde, non sarebbe qualificabile circostanza eccezionale, bensì del tutto prevedibile, generando "un tipico caso di richiesta di adeguamento del prezzo dell'appalto". E anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione "abbia esaurito il proprio potere discrezionale relativo all'an della revisione e sia vincolata a determinare il prezzo sulla base di specifici criteri indicati nel capitolato di gara" si configurerebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

3. Essendo evidente che il nucleo della questione si impernia sulla sussistenza o meno di una clausola contrattuale in riferimento alla quale si deve accertare se sussiste giurisdizione esclusiva

del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 c.p.a. oppure giurisdizione del giudice ordinario - discendente, secondo la tradizionale impostazione, dal thema decidendum del suo adempimento e del correlato diritto soggettivo della controparte dell'obbligato ad adempiere -, deve in primis rilevarsi che, come risulta dal ricorso, dotato di corretta autosufficienza nella ricostruzione della vicenda processuale, in sede monitoria non si fece riferimento ad alcuna clausola contrattuale, TEK.R.A. soltanto chiedendo, e poi ottenendo, il pagamento di fatture che sarebbero state emesse in relazione all'adeguamento del costo del lavoro per il rinnovo del c.c.n.l. della categoria.

Costituitasi nella fase di cognizione piena, TEK.R.A. ha invece addotto di aver agito sulla base dell'art. 24 del capitolato speciale di appalto allegato al contratto, clausola, questa, che sarebbe stata pattuita in deroga al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 115 per prevedere la revisione a seguito di mera richiesta dell'appaltatrice a controparte, essendo stata conformata nel senso di operare "a monte una rideterminazione negoziale del canone", così da elidere ogni obbligo di attivazione del procedimento imposto dall'art. 115 e da fornire ex ante tempi e criteri del calcolo per compiere la revisione.

Dunque la società appaltatrice, per integrare il contenuto del ricorso monitorio, si è avvalsa proprio dell'art. 24 del capitolato allegato al contratto proponendolo come clausola contrattuale derogante il sistema normativo dell'aggiornamento dei costi di cui, appunto, all'invocato art. 115; tale previsione del capitolato, nella sua prospettazione, graverebbe quindi il Comune, come clausola contrattuale, dell'obbligo di adempierla, con corrispondente diritto soggettivo della società stessa.

4. E' necessario, allora, anzitutto vagliare se questa integrazione attorea sia ammissibile e dunque incida sulla regiudicanda, id est considerare entro quali limiti una domanda monitoriamente introdotta può essere validamente rettificata nella successiva fase di dispiegato contraddittorio.

Nella giurisprudenza di questa Suprema Corte che ha fatto seguito alla fondamentale chiarificazione della mobilità del thema decidendum entro i legittimi limiti della emendatio libelli resa da Sez. Un. 15 giugno 2015 n. 12310 si rinviene, quale arresto qui particolarmente pertinente in quanto pronunciato proprio in una fattispecie di raffronto tra il contenuto del ricorso monitorio e quello della comparsa di risposta, la recente Cass. sez. 2, 19 aprile 2017 n. 9926. Tale pronuncia condivisibilmente rileva che "si ha mutatio libelli quando la parte immuti l'oggetto della pretesa ovvero quando introduca nel processo, attraverso la modificazione dei fatti giuridici posti a fondamento dell'azione, un tema di indagine e di decisione completamente nuovo, fondato su presupposti totalmente diversi da quelli prospettati nell'atto introduttivo e tale da disorientare la difesa della controparte e da alterare il regolare svolgimento del contraddittorio".

Nel caso in esame, invece, non è contestabile che sia stata operata una mera emendatio libelli, nel senso di precisazione di quanto richiesto, rimanendo la domanda incentrata sullo stesso bene della

vita; e quanto era stato addotto a priori nel ricorso monitorio è, d'altronde, evidentemente compatibile con il contenuto della clausola.

5. Occorre, pertanto, procedere all'esame del motivo di ricorso.

5.1 Quanto prospettato dal ricorrente deve rapportarsi a quanto si evince dal quadro normativo e giurisprudenziale.

Se è vero, infatti, che il criterio di ripartizione della giurisdizione si fonda sul cosiddetto *petitum* sostanziale - dando così predominanza non al *petitum* processuale, bensì alla causa petendi che vi è sottesa, id est alla natura della posizione soggettiva che viene fatta valere con l'azione -, è altrettanto vero che, nel caso in esame, l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo di per sé non costituisce un risolutivo strumento atto a dirimere, in quanto ricorre nella tematica anche la presenza di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, applicandosi l'art. 133 c.p.a., che, come già si è visto, al comma 1, n. 2, lett. e), la dispone (tra l'altro) per le controversie "relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 115".

La sussistenza di una giurisdizione esclusiva, secondo il solido insegnamento offerto da queste Sezioni Unite quale giudice del riparto, non comporta peraltro che la giurisdizione sia riservata in toto al giudice amministrativo. L'espressione "esclusiva", che dal punto di vista semantico lo attesterebbe, dal punto di vista giuridico invece non può essere intesa in tal senso, in quanto la fonte costituzionale di questa species di giurisdizione conduce ad un significato diverso.

5.2 L'art. 103 Cost. conferisce agli organi di giustizia amministrativa "giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi". Siffatto testo esprime in realtà non l'esclusione del giudice ordinario - ovvero la giurisdizione "esclusiva" di un altro giudice -, bensì l'estensione ("anche") della giurisdizione amministrativa ai diritti soggettivi in ambiti particolari la cui determinazione è affidata a una riserva di legge.

La Corte costituzionale ha indicato quale presupposto della giurisdizione esclusiva la sussistenza e l'esercizio, anche in via indiretta, di un potere dell'ente amministrativo - così qualificabile "pubblica amministrazione-autorità" -, e dunque escludendo che la legittimi soltanto la "materia" scelta dal legislatore (della Corte Costituzionale, nota e basilare è la sentenza 6 luglio 2004 n. 204; sulla stessa linea si pongono le successive sentenze 11 maggio 2006 n. 191, 27 aprile 2007 n. 140, 5 febbraio 2010 n. 35 e 15 luglio 2016 n. 179).

6.1 Inserito in tale contesto, l'art. 133, comma 1, n. 2, lett. e) c.p.a. logicamente non è stato inteso, nella giurisprudenza del riparto, come conferente al giudice amministrativo qualunque controversia relativa alla revisione dei prezzi degli appalti pubblici per servizi ad esecuzione continuata o

periodica, sviluppandosi un'applicazione (peraltro non del tutto uniforme, ma sovente plasmata dai casi specifici) del criterio fondato sulla sussistenza o meno di esistenza ed esercizio di potere, per tutela dei correlati pubblici interessi.

Mentre, infatti, qualora per la revisione dei prezzi le parti del contratto pubblico non abbiano pattuito alcuna clausola la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si dispiega sine dubio, fronteggiandosi solo l'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione (cfr., p. es., S.U. 20 aprile 2017 n. 9965; S.U. ord. 26 settembre 2011 n. 19567; S.U. 12 luglio 2010 n. 16285), la problematica si accende laddove nel regolamento negoziale una specifica clausola sia stata inserita, dovendosi allora vagliarne il contenuto per apprenderne gli effetti sul rapporto tra le parti, prospettandosi l'alternativa tra la permanenza di una posizione di potere della committente e il raggiungimento di una piena pariteticità dei contraenti.

6.2 D'altronde, ai fini del riparto della giurisdizione le Sezioni Unite di questa Suprema Corte sono - anche - giudice del fatto, per cui "possono e devono esaminare l'atto negoziale la cui valutazione incida sulla determinazione della giurisdizione" tenendo conto che comunque le risultanze processuali, ex art. 386 c.p.c., vanno considerate "come emergenti dalla domanda giudiziale e dalla sua eventuale precisazione, avuto riguardo alla causa petendi e al petitum sostanziale della stessa" (così, da ultimo, ben descrive la cognizione del giudice del riparto - che naturalmente non condiziona l'esito successivo del merito - S.U. 28 maggio 2020 n. 10080, sulla scorta di S.U. 5 novembre 2019 n. 28332; cfr. pure S.U. ord. 10 settembre 2019 n. 22575 e S.U. 31 gennaio 2008 n. 2276).

7. La clausola incidente sulla revisione del prezzo è stata interpretata, come si accennava, con impostazioni in certa misura variegata.

7.1 Da un lato, la considerazione del contenuto della clausola si è orientata a vagliare la sussistenza o meno di un esaurimento del potere della pubblica amministrazione, che se sussiste le attribuisce quindi una posizione paritetica: e si è pertanto affermato che il contenuto della clausola giunge ad escludere ogni permanenza di potere se è puntualmente predeterminante al punto da privare la parte pubblica di ogni residua discrezionalità (cfr., p. es., S.U. 1 febbraio 2019 n. 3160, S.U. 29 maggio 2014 n. 12603, e, in motivazione, S.U. 13 luglio 2015 n. 14559; cfr. pure S.U. 27 novembre 2011 n. 28809, per cui la giurisdizione spetta al giudice ordinario "mancando qualsiasi potere deliberativo o di controllo" della parte pubblica).

Rientra in quest'ottica l'iter interpretativo che, dopo aver distinto l'ipotesi in cui la clausola investe l'an debeatur della revisione - spettante alla giurisdizione amministrativa - da quella in cui attiene esclusivamente al quantum debeatur, intendendo quest'ultima carente di ogni diniego sull'an e riconducendola quindi al giudice ordinario - cfr., ex multis., S.U. 29 maggio 2014 n. 12063 (per cui,

appunto, la controversia concernente la richiesta di revisione del canone, se riguarda soltanto profili inerenti la quantificazione della revisione già riconosciuta dalla pubblica amministrazione, investe un diritto soggettivo dell'appaltatore, per essersi il potere discrezionale della pubblica amministrazione esaurito con tale riconoscimento, onde la giurisdizione è quella ordinaria), S.U. 19 marzo 2009 n. 6595 e S.U. 13 settembre 2005 n. 18126 -, ha poi sviluppato un orientamento attribuyente entrambe le specie di controversie al giudice amministrativo, ricompattando la potenzialità del thema decidendum - S.U. ord. 15 giugno 2009 n. 13892; S.U. ord. 13 luglio 2015 n. 14559; S.U. ord. 1 febbraio 2019 n. 3160 -, talora esternando di percepire ciò come un effetto della giurisdizione esclusiva ma, in realtà, fondandosi su un'espansione del concetto di discrezionalità/potere per rispettare comunque il criterio di riparto tradizionale (la pronuncia capostipite, S.U. ord. 15 giugno 2009 n. 13892, ravvisa infatti nella clausola relativa al quantum "un indubbio margine di discrezionalità, sicchè l'estensione della giurisdizione... può dirsi consentita alla luce dei principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004").

7.2 Dall'altro lato, si profila una tendenza rivolta a distinguere con riferimento al contenuto della clausola di revisione dei prezzi: si è realmente valorizzata la prospettazione attorea, ravvisando il petitum sostanziale comunque nel diritto soggettivo all'adempimento della clausola, e così indirizzando alla giurisdizione ordinaria.

Ha imboccato questa via S.U. 19 marzo 2009 n. 6595, massimata come segue: "In tema di revisione dei prezzi nell'appalto di opere pubbliche, ove la pretesa dell'appaltatore venga espressamente ricondotta alla previsione di una specifica clausola del contratto e si sostanzia nell'affermazione per la quale quella clausola obbligherebbe l'Amministrazione appaltante al riconoscimento della revisione del prezzo, la questione sottoposta all'esame del giudice (a prescindere dalla sua fondatezza nel merito) si traduce in una mera pretesa di adempimento contrattuale e, quindi, comporta l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo, che ricade nell'ambito della giurisdizione ordinaria". In motivazione, si definiscono infondate le doglianze della parte ricorrente "laddove implicitamente intendono riallacciarsi al noto principio giurisprudenziale che, nelle controversie in tema di revisione dei prezzi degli appalti pubblici, opera il riparto di giurisdizione distinguendo tra cause relative all'an e cause relative al quantum revisionale" (all'epoca tale tradizionale scissione non era ancora stata superata da alcun arresto) perchè "la ricorrente non tiene conto del fatto che, ove la pretesa dell'appaltatore venga da costui espressamente ricondotta alla previsione di una specifica clausola del contratto e si sostanzia nell'affermazione per la quale quella clausola obbligherebbe l'amministrazione appaltante al riconoscimento della revisione del prezzo, la questione sottoposta all'esame del giudice (a prescindere dalla sua fondatezza nel merito) si traduce in una mera pretesa di adempimento contrattuale e quindi indiscutibilmente comporta

l'accertamento dell'esistenza di un asserito diritto soggettivo, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria". A questa pronuncia è stata massimata come conforme S.U. ord. 13 luglio 2015 n. 14559: "In tema di appalti pubblici, la pretesa dell'appaltatore espressamente ricondotta ad una specifica clausola del contratto, che si sostanzia nell'affermazione per cui tale clausola obbligherebbe la P.A. appellante alla revisione del prezzo, si traduce in una mera pretesa di adempimento contrattuale, che comporta l'accertamento di un diritto soggettivo e ricade nell'ambito della giurisdizione ordinaria".

Questa ordinanza conferma quella precedente giurisprudenza che "più volte ha ribadito che appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in tema di adeguamento, modifiche o deroghe al prezzo chiuso nei contratti di appalti pubblici - analogamente a quelle, contigue, sulla revisione del prezzo, dalle quali si distinguono solo per la mancanza di una clausola contrattuale", precisando altresì, in conformità a S.U. 13892/2009, che "le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo ed al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica comprendono anche quelle aventi ad oggetto il quantum debeat". La ragione, allora, del riconoscimento della giurisdizione ordinaria sta nel contenuto della clausola, ovvero nella sua puntuale completezza tale da escludere la sussistenza di una controversia di revisione dei prezzi, come espone chiaramente la motivazione: "... deve comunque escludersi che nel caso di specie sussista una questione concernente la revisione del prezzo dell'appalto... è, infatti, in contestazione esclusivamente l'espletamento di una prestazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata in ordine all'an ed al quantum... La controversia concerne, all'evidenza, l'espletamento da parte dell'appaltatore di una prestazione già puntualmente convenuta e disciplinata (anche in ordine al quantum) con il contratto...". Ed è per questa integrale predeterminazione propria del contenuto della clausola che l'ordinanza conclude - essa stessa peraltro richiamando il precedente del 2009 - per la giurisdizione ordinaria.

8. Quest'ultima posizione interpretativa conduce comunque a quel che si può definire il vero nucleo del problema, l'incidenza del contenuto della clausola, il che "ricapitola" tutto il percorso: se il contenuto della clausola esprime e quindi implica la persistenza di una discrezionalità, vale a dire di una posizione di potere, dell'autorità amministrativa, si rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; se invece il contenuto della clausola individua puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza a tale obbligo di un diritto soggettivo dell'appaltatore, così da confluire nella giurisdizione ordinaria. Se è vero, infatti, che la pubblica amministrazione può esercitare il suo potere anche in modo indiretto, è altrettanto vero che la stipulazione di un contratto, conformando un relativo cluster di regole reciprocamente volute dalle parti che costituisce il regolamento negoziale, apre una fase - la

fase esecutiva - nella quale è logico presumere che le parti assumano una posizione paritetica in riferimento alle regole su cui hanno concordato le rispettive volontà; e che nel contenuto dell'accordo abbia inciso anche la posizione di potere indirettamente esercitato più non rileva da quando il contratto è stato concluso, con effetto nei confronti di entrambe le parti.

Riconoscere dunque un ordinario protrarsi di una posizione di potere nella fase esecutiva quale prosieguo della fase precontrattuale significa riconoscere una incompatibile compresenza di pariteticità e di potere. Peraltro, l'esistenza di una norma - l'art. 133 c.p.a. - che specificamente prevede la giurisdizione esclusiva sulle controversie relative alla "clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo" manifesta con evidenza che un potere amministrativo può talora protrarsi nella fase esecutiva, anche perchè prevede che l'esecuzione della "clausola" diventa un "provvedimento". Si ritorna, così, al criterio di discrimen tra la giurisdizione esclusiva e la giurisdizione ordinaria.

La natura del contratto quale fonte di posizione paritetica per le parti che lo hanno stipulato rispetto agli obblighi esecutivi e ai correlati diritti soggettivi trova allora logicamente, prima ancora che normativamente, un limite nel contenuto delle specifiche clausole.

Se, dunque, la clausola di revisione dei prezzi non include alcuna discrezionalità determinativa della parte pubblica, ai fini del riparto giurisdizionale vale la situazione paritetica che ne discende, salvo, ex art. 386 c.p.c., ogni successivo esito nel merito, inclusa l'eventuale nullità della clausola stessa. Se, invece, la clausola rimette alla stazione appaltante una discrezionalità nella determinazione della debenza della revisione e/o del suo quantum, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ricorre, perchè la pariteticità non è stata raggiunta nella specifica regola negoziale della revisione e pertanto non può sussistere nella fase esecutiva di detta regola.

Quindi la generale regola della pariteticità, che investe anche la pubblica amministrazione nel momento in cui, stipulandolo, diventa parte del contratto, può (eventualità, non certezza) trovare eccezione nella clausola di revisione dei prezzi - che già, ontologicamente, riveste una funzione di "regresso" sulla clausola che ha determinato i prezzi originari - qualora le conferisca uno spazio di discrezionalità, ovvero l'esercizio di un potere. Anche se questo ha per oggetto elementi soltanto quantitativi, sussiste allora, in applicazione dell'art. 133 c.p.a., la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ed è logico, infine, distinguere le incertezze interpretative dal conferimento della discrezionalità alla parte pubblica, che non ne è conseguenza automatica, dovendo invece risultare in modo netto, dato che viene a costituire una fattispecie di eccezione - in quanto concretizzante un potere - rispetto alla posizione paritetica che le parti di un contratto, in quanto tale, ordinariamente assumono.

9. Nel caso in esame, quella che è stata riconosciuta come clausola di revisione del prezzo non denota alcun conferimento di potere/discrezionalità alla stazione appaltante, prevedendo in modo specifico l'ambito temporale e il parametro dell'indice Istat, e non potendosi intendere discendente un potere discrezionale dalla presenza di un riferimento a una norma non più vigente all'epoca della stipulazione come la L. n. 724 del 1994, art. 44 riferimento evidentemente - visto il suo dettato - relativo all'obbligo di introduzione nel contratto di clausola di revisione periodica del prezzo, le modalità della revisione essendo invece disciplinate direttamente dalle parti nella restante parte della clausola, ut supra evidenziata quanto al suo contenuto specifico e autosufficiente.

Nè, infine, il fatto stesso che all'epoca della conclusione del contratto la clausola di revisione del prezzo fosse obbligo di legge incide sul contenuto della clausola stessa nel senso di farne automaticamente l'espressione di un potere della stazione appaltante, apparendo piuttosto tale regola contrattuale uno strumento di garanzia per l'appaltatore.

L'assenza di potere della parte pubblica e dunque la sussistenza di pariteticità delle parti - ovvero della ordinaria posizione che esse rivestono nella fase esecutiva di quanto hanno concordato - conducono a riconoscere che il petitum sostanziale che TEK.R.A. richiede è un diritto soggettivo che ha per oggetto l'adempimento da parte del Comune della clausola di revisione dei prezzi, conducendo quindi alla giurisdizione ordinaria.

10. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato, dichiarandosi la giurisdizione del giudice ordinario.

Non essendosi difesa l'intimata, non vi è luogo a pronuncia sulle spese.

***P.Q.M.***

Dichiara la giurisdizione del giudice ordinario. Nulla spese.

***Conclusione***

Così deciso in Roma, il 9 giugno 2020.

Depositato in Cancelleria il 12 ottobre 2020