

APPALTI: Consiglio di Stato - Sezione Terza - Sentenza 13 luglio 2023, n. 6847, in Giurisprudenza Italiana, n. 10/2023, pag. 2012, “Revisione prezzi nei contratti di appalto” a cura di G. Santalucia.

1. -Appalti -Revisione dei prezzi -Giurisdizione esclusiva del G.A. -Sussistenza – Ragioni.

2. -Appalti -Revisione dei prezzi -Contestazione in sede giurisdizionale -Giudizio sul rapporto giuridico anziché sull’atto -Ragioni.

3. -Appalti -Revisione dei prezzi -Esercizio di autonomia contrattuale e non di discrezionalità amministrativa -Ragioni.

4. Appalti di servizi e forniture a esecuzione periodica o continuativa -Revisione prezzi ex art. 44, commi 4 e 6, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 ed ex art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006 - Obbligatorietà della revisione -Sussistenza.

5. Appalti di servizi e forniture a esecuzione periodica o continuativa -Revisione prezzi ex art. 106 d.lgs. n. 50 del 2016 - Facoltà della revisione - Ratio.

1. È ormai incontrovertita l’ascrizione della lite alla giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all’art. 133, lettera e), n. 2, del c.p.a., concernente le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo (sul punto vi è un’espressa e motivata statuizione, non contestata, nella sentenza appellata).

Nonostante talune incertezze o ambiguità lessicali che si rinvengono nella comune giurisprudenza formatasi sul punto (che parla a volte di una pretesa “*discrezionalità*” della parte pubblica del contratto nella decisione sull’*an* della revisione, quasi evocando logiche attinenti all’attribuzione della giurisdizione generale di legittimità, in realtà estranee all’attribuzione della giurisdizione esclusiva), non vi è dubbio sul fatto che la controversia in materia di revisione dei prezzi appartiene per intero alla fase di esecuzione del contratto (salvo alcuni residui profili relativi al principio di immutabilità delle condizioni di gara) e che l’attribuzione alla giurisdizione esclusiva si giustifica, in deroga al normale criterio di riparto (che avrebbe determinato senza dubbio l’assegnazione al giudice civile dei contratti), per l’inestricabile intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi che caratterizza tale blocco di materia (nel quale la “*discrezionalità*” dell’amministrazione presenta una connotazione affatto particolare, che si avvicina di più alla “*discrezionalità*” propria dei poteri civilistici del privato contraente nell’esercizio dei suoi diritti potestativi e delle sue facoltà di scelta nell’ambito di un rapporto obbligatorio sinallagmatico di durata che non alla comune “*discrezionalità amministrativa*”, di cui l’amministrazione dispone nell’esercizio dei suoi ordinari poteri autoritativi di cura finale dei suoi compiti istituzionali).

2. Tale inquadramento giuridico implica due conseguenze logiche: in primo luogo, la centralità, *in subiecta materia*, del rapporto giuridico tra le parti, che si fonda su un contratto e attiene naturalmente alla sua dinamica esecutiva, trattandosi, in sostanza, di un così detto (possibile) “*vizio funzionale del sinallagma*”, dovuto a sopravvenienze teoricamente capaci di alterarne l’equilibrio economico; in secondo luogo (e di conseguenza), in questa tipologia di controversie è più che mai evidente la necessità che la cognizione del giudice si estenda dall’atto al rapporto, così come, di converso, risulta inappropriato, perché incongruo rispetto alla configurazione della *res litigiosa*, un approccio di tipo puramente impugnatorio incentrato sui vizi formali e procedurali dell’atto, e ciò anche al di là della configurazione della domanda, poiché, anche in questo campo, come è regola generale, non è il *petitum* formale, ma quello sostanziale, incentrato sulla *causa petendi*, che determina il tema della decisione (e il tipo di sindacato del giudice).

3. Si appalesa in primo luogo non condivisibile – perché irrilevante – la notazione, contenuta nella sentenza appellata, secondo la quale la parte ricorrente non avrebbe proposto una domanda di accertamento della fondatezza della pretesa, atteso che la stessa *causa petendi* che sorregge l’azione è costituita esattamente da tale pretesa, che si innesta nel rapporto di adempimento/esecuzione di un

contratto, a fronte di una posizione dell'Amministrazione (in questo caso, peraltro, costituita da una società formalmente di diritto privato, benché in mano pubblica) che è quella non già di un soggetto che esercita poteri autoritativi di esercizio di una funzione discrezionale in senso proprio (di cura diretta e finale di un interesse pubblico), bensì di un soggetto che agisce come controparte contrattuale che cura la provvista di mezzi dell'Amministrazione, agendo *jure gestionis*, esercitando la "discrezionalità" insita nell'autonomia contrattuale della parte che valuta le soluzioni più convenienti tra quelle lecite e legittime a sua disposizione (ancorché nel quadro delle norme pubblicistiche speciali di deroga al codice civile, poste dalla legislazione di settore, che incanalano tale autonomia contrattuale, comunque limitata in quanto espressione di poteri pubblicistici).

4. Per gli appalti di servizi e forniture a esecuzione periodica o continuativa l'art. 44, commi 4 e 6, della legge 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 del 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.

5. 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, vigente al tempo dell'adozione dell'atto qui impugnato, 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").

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società ARIA S.p.a. - Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2023, il Cons. Paolo Carpentieri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in esame, notificato il 24 gennaio 2023, la società Sol S.p.a., agendo in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con le società Siad Società Italiana Acetilene e Derivati S.p.a. e Siad Healthcare S.p.a, ha proposto appello avverso la sentenza n. 106 del 9 gennaio 2023 con la quale il Tar della Lombardia, sede di Milano, sez. II, ha respinto il ricorso (n. R.G. 1136/2022) da essa appellante proposto per l'annullamento del provvedimento del 19 aprile 2022 con il quale la società ARIA S.p.a. (società controllata dalla Regione Lombardia con funzioni di centrale regionale di committenza) ha rigettato l'istanza della ricorrente del 17 dicembre 2021 per la revisione del prezzo previsto dalla convenzione prot. n. IA.2020.0016307 del 30 marzo 2020, relativa ai lotti 2, 7 e 8 della gara ARCA_2017_028.2, per la fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenici e dei servizi di manutenzione connessi (nonché per l'annullamento, in via subordinata, dello schema di convenzione e del capitolato tecnico), per la parte e per i motivi indicati nel ricorso.

2. Ha premesso in fatto la società appellante:

a) di aver domandato, con istanza inviata ad ARIA il 17 dicembre 2021, la revisione del corrispettivo, stante il vertiginoso aumento del costo dell'energia elettrica, che aveva raggiunto nel mese di dicembre 2021 il prezzo di 281,24 euro/MWh, rappresentando che il solo incremento dei costi dovuto all'energia elettrica era pari al 130% del corrispettivo previsto in convenzione per la fornitura dell'ossigeno liquido medicinale e pari al 164% del corrispettivo previsto in convenzione per la fornitura dell'azoto medicinale;

b) che la società ARIA ha risposto con una nota interlocutoria del 27 dicembre 2021 chiedendo *“di trasmettere, per ciascuna delle voci di costo per cui chiedete aumento dei prezzi . . . il dettaglio puntuale del costo sostenuto nel 2020 e attuale”*;

c) di aver risposto con nota del 18 gennaio 2022 dimostrando, con riferimento a dati pubblicati da Autorità pubbliche indipendenti (GME ed ENEA), gli aumenti dei costi per la fornitura dei gas oggetto della convenzione derivanti dall'aumento del costo dell'energia;

d) di aver nuovamente sollecitato la controparte con nota del 28 gennaio 2022;

e) che la controparte ha dunque inviato la nota del 25 febbraio 2022, del seguente tenore: *“Fatto presente quanto indicato all'Art. 8 comma 4 della Convenzione e richiamato quanto previsto all'Art. 106, comma 1, lett. a) del D.lgs. 50/2016, con la presente si chiede di fornire evidenza*

rispetto a eventuali determinazioni dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione del settore, oppure, in mancanza, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) in merito all'aumento dei prezzi dei prodotti oggetto della Convenzione";

f) di aver quindi replicato a tale ultima nota in data 22 febbraio 2022 rappresentando che l'Autorità di riferimento per l'individuazione dell'andamento dei costi di produzione doveva essere identificata nell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente - ARERA, alle cui pubblicazioni si era già fatto riferimento nelle precedenti comunicazioni; di aver nuovamente sollecitato una risposta con nota del 9 marzo 2022;

g) che in data 30 marzo 2022, la società ARIA ha convocato per il giorno 1 aprile 2022 un incontro con i vertici di Assogastecnici (ossia l'associazione di categoria che raggruppa le aziende del settore) per discutere del *"riequilibrio condizioni di fornitura gas medicinali a fronte di tensioni su settore energia"*, senza invitare la ricorrente;

h) che, infine, seguiva in data 19 aprile 2022 la nota impugnata di diniego della chiesta revisione dei prezzi, del seguente tenore: *"In merito alla vostra Istanza di pari oggetto (nostro riferimento protocollo n. IA.2021.0064985 del 28/12/2021) si comunica quanto segue. La Convenzione vigente prevede che i prezzi restino fissi e invariati per tutta la durata contrattuale come consentito dalla previgente normativa. Pur prendendo atto delle vostre articolate deduzioni, a fronte di quanto evidenziato dalla stessa ANAC in particolare nel Bando tipo n.1/2021 aggiornato a marzo 2022 in merito all'applicazione della clausola revisione prezzi per le gare successivamente indette, considerato che non sono emersi elementi incontrovertibili in base ai quali sia comunque possibile far riferimento a prezzi standard rilevati da autorità indipendenti, si deve rigettare l'istanza"*.

3. Con la sentenza n. 106 del 9 gennaio 2023 il Tar della Lombardia, ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo, ha respinto il ricorso secondo i seguenti passaggi motivazionali: ha acclarato la nullità dell'art. 8 della convenzione, nella parte in cui esclude ogni revisione del corrispettivo, per contrarietà alla disciplina di legge imperativa (art. 106, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici, che fa salvi, per i contratti stipulati dai soggetti aggregatori, quale è la società Aria, l'applicazione dell'art. 1, comma 511, della legge n. 208 del 2015); ha tuttavia giudicato non illegittimo il provvedimento impugnato in quanto *"adottato all'esito di un'istruttoria, come riferito in narrativa, in cui sono stati chiesti documenti atti a dimostrare le variazioni dei costi e, infatti, è motivato anche con riferimento all'assenza di una idonea prova, nel procedimento, delle circostanze suscettibili di determinare la revisione (afferma il provvedimento che "non sono emersi elementi incontrovertibili in base ai quali sia comunque possibile far riferimento a prezzi standard rilevati da autorità indipendenti")"*, non essendo stata rispettata, nel caso di specie, la

“procedura di cui al citato comma 511, non essendo in tal senso formulata l’istanza di adeguamento, né essendovi l’accertamento ad opera dell’autorità indipendente”.

3.1. Il Tar ha poi ritenuto non risolutivo il richiamo alle *“circostanze impreviste e imprevedibili”* legate alla nota emergenza epidemiologica del 2020 ed alla successiva guerra sul suolo europeo ancora in corso, poiché tali vicende non implicano *“non implica di per sé l’automatico verificarsi delle condizioni di cui all’art. 106 succitato, essendo comunque onere dell’operatore offrire adeguata e idonea prova degli imprevisi ed imprevedibili eventi che hanno cagionato l’aumento dei prezzi della specifica fornitura”*, atteso che *“l’art. 106 del codice ed in genere i meccanismi contrattuali di adeguamento dei corrispettivi nei contratti di durata non valgono a coprire qualsivoglia variazione che rientra nell’alea normale del contratto, sicché l’attivazione dei citati meccanismi pone uno specifico onere della prova in capo all’appaltatore, che non può pretendere di azzerare il fisiologico rischio di impresa”* (come sarebbe ribadito da recente giurisprudenza che ha escluso che esista nell’ordinamento italiano ed europeo un principio volto a *«favorire l’impiego di rimedi manutentivi e perequativi da parte delle stazioni appaltanti»*).

3.2. Il Tar ha quindi rilevato che l’Amministrazione aveva evidenziato, in sede difensiva processuale e, sinteticamente in sede procedimentale, che la documentazione prodotta era inidonea in quanto priva di *“alcuna concreta prova dell’aumento, con riferimento al singolo operatore, dell’aumento dei costi, quanto a manodopera, costi per l’approvvigionamento della materia prima, oneri per la sicurezza, costi industriali e generali, appunto senza specifico riferimento alla fornitura di cui è causa”*.

3.3. Il Tar ha infine fatta salva, *“sussistendone i presupposti, la possibilità di reiterare l’istanza e la doverosità della stazione appaltante di provvedere sulla stessa senza invocare la norma convenzionale che esclude la revisione dei prezzi”* ed ha escluso l’ammissibilità della disamina della ulteriore documentazione prodotta nella sede processuale, non potendo essere valutata *“in assenza di alcuna domanda di accertamento . . . documentazione ulteriore rispetto a quella prodotta in sede procedimentale e sulla quale la stazione appaltante si è espressa”*.

3.4. Il Tar ha infine respinto anche il motivo di omessa comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza, *“in quanto la stazione appaltante ha ripetutamente interloquuto con la parte (e nella documentazione in atti vi è prova anche di inviti a incontri in presenza fisica per discutere della questione), sicché non può essere invocato il mancato rispetto delle garanzie procedurali”*.

4. Avverso la ora detta sentenza ha interposto l’appello all’odierno esame del Collegio la società Sol S.p.a. articolando i seguenti motivi di gravame:

4.1. *“Con riferimento al primo motivo di ricorso formulato in primo con cui è stato dedotto: Eccesso di potere per manifesto travisamento dei fatti e per manifesta illogicità. Eccesso di potere per falso supposto di diritto. Eccesso di potere per assoluta carenza di istruttoria. Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca. Violazione della lexspecialis di gara. Violazione dei principi di lealtà e di buona fede”*: la società appellata, pur ammettendo sin dall’avvio dell’istruttoria la sussistenza della facoltà di revisione del prezzo, espressamente riconoscendo la sussistenza di tale facoltà, avrebbe poi contraddittoriamente negato tale possibilità nella conclusione del procedimento; sarebbe inconferente il riferimento al bando tipo n. 1/2021 dell’ANAC, aggiornato a marzo 2022; i dati offerti a riprova dell’aumento dei costi di fornitura, facendo riferimento ai prezzi pubblicati da GME e ai dati pubblicati da ENEA, che sono Autorità pubbliche indipendenti sarebbero stati più che sufficienti; sarebbe dunque errata la sentenza appellata nella parte in cui afferma che la domanda di revisione fosse priva di idonea prova, nel procedimento, delle circostanze suscettibili di determinare la revisione e che non fosse sorretta da dati provenienti da Autorità indipendenti.

4.2. *“Erroneità della sentenza per ultrapetizione e per violazione del divieto di motivazione postuma”*: il Tar avrebbe motivato il rigetto del ricorso utilizzando motivazioni del tutto assenti nel provvedimento e che la società ARIA ha introdotto solamente in sede processuale; la pretesa omessa attivazione della procedura di cui al comma 511 della legge n. 208 del 2015 non sarebbe stata contemplata nel provvedimento impugnato; sarebbe errato il richiamo contenuto nella pag. 8 della sentenza impugnata a un presunto riferimento all’esistenza di circostanze imprevedute e imprevedibili, ma né nell’istanza di revisione, né nel ricorso sarebbe mai stata invocata la previsione ai sensi anche dell’art. 106, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016 (nell’istanza di revisione si fa espresso riferimento all’art. 106, comma 1, lettera a), e all’art. 30, comma 8, del predetto decreto legislativo); la stessa critica andrebbe mossa alle motivazioni contenute nella pag. 9 della sentenza appellata, poiché il provvedimento di rigetto dell’istanza non è motivato con una pretesa omessa dimostrazione da parte della società appellante dei maggiori costi sostenuti, bensì esclusivamente con riferimento alla pretesa mancanza di prezzi rilevati da autorità indipendenti; sarebbe parimenti errato in fatto il richiamo contenuto nella sentenza appellata al fatto che la società appellante non avrebbe fornito adeguata prova degli aumenti, poiché il rigetto dell’istanza di revisione non motiva in alcun modo con riferimento alla omessa presentazione di documenti relativi alla specifica fornitura.

4.3. *“Violazione di legge per violazione ed omessa applicazione degli artt. 3, 30, 95 e 97 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione dell’art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per difetto di motivazione e per istruttoria insufficiente. Violazione del principio di buon andamento”*: il Tar non

avrebbe espresso alcuna motivazione in merito al terzo motivo di ricorso (riprodotto nelle pagg. 20 ss. dell'atto di appello), con conseguente difetto di motivazione della sentenza; anche alla stregua degli artt. 95, comma 12, e 97 del codice dei contratti pubblici, al fine di assicurare la continuità e non interrompibilità della fornitura (come previsto dal capitolato), la società ARIA, a fronte di una prestazione divenuta in perdita per l'appaltatore, tra l'altro per fatto a lui non imputabile, avrebbe avuto il dovere di procedere alla valutazione circa la revisione del corrispettivo, tenendo conto che una prestazione divenuta in perdita è incompatibile con gli interessi dell'Amministrazione, stante il rischio che non possa essere garantita effettivamente la possibilità di una sua esecuzione, senza soluzione di continuità del servizio, per tutta la durata dell'appalto; il Tar, infine, avrebbe omesso di pronunciarsi anche circa la dedotta illegittimità del comma 4 dell'art. 8 dello schema di convenzione allegato al disciplinare di gara, secondo cui *"I prezzi riportati nei "Corrispettivi" si intendono fissi per tutto il periodo di durata della Convenzione"*, riprodotta nella convenzione e richiamata nel provvedimento impugnato, nonché della previsione di cui all'art. 14 del capitolato, secondo cui *"I prezzi di aggiudicazione sono fissi per tutta la durata contrattuale"*.

4.4. *"Con riferimento alla dedotta violazione di legge per violazione ed omessa applicazione dell'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241"*: la motivazione con la quale il Tar ha respinto questa censura sarebbe erronea poiché la società ARIA non ha invitato SOL ad alcun incontro in presenza per discutere della questione e poiché il fatto che la stazione appaltante abbia interloquuto con la ricorrente, tramite invio di note istruttorie, non avrebbe eliminato l'obbligo di inviare il prescritto preavviso di rigetto.

5. Si è costituita in giudizio per resistere al proposto appello la società ARIA S.p.a.

6. Alla camera di consiglio del 16 febbraio 2023 la domanda cautelare risulta rinviata al merito.

7. Alla pubblica udienza del 22 giugno 2023 la causa è stata chiamata e assegnata in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è solo in parte fondato e può pertanto ricevere un accoglimento parziale, nei limiti di quanto di ragione.

2. È necessario preliminarmente ricondurre la controversia all'interno della sua corretta cornice di inquadramento giuridico, in tal modo sgombrando il campo da alcuni equivoci emersi nella complessa dinamica procedimentale e processuale, che hanno reso inutilmente difficoltosa l'emersione del punto decisivo della causa, dalla cui definizione dipende la soluzione della controversia. A tal fine occorre stabilire i seguenti passaggi logici.

2.1. È ormai incontrovertita l'ascrizione della lite alla giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all'art. 133, lettera e), n. 2, del c.p.a., concernente le controversie relative alla clausola di revisione

del prezzo (sul punto vi è un'espressa e motivata statuizione, non contestata, nella sentenza appellata).

2.2. Nonostante talune incertezze o ambiguità lessicali che si rinvencono nella comune giurisprudenza formatasi sul punto (che parla a volte di una pretesa “*discrezionalità*” della parte pubblica del contratto nella decisione sull'*an* della revisione, quasi evocando logiche attinenti all'attribuzione della giurisdizione generale di legittimità, in realtà estranee all'attribuzione della giurisdizione esclusiva), non vi è dubbio sul fatto che la controversia in materia di revisione dei prezzi appartiene per intero alla fase di esecuzione del contratto (salvo alcuni residui profili relativi al principio di immutabilità delle condizioni di gara) e che l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva si giustifica, in deroga al normale criterio di riparto (che avrebbe determinato senza dubbio l'assegnazione al giudice civile dei contratti), per l'inestricabile intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi che caratterizza tale blocco di materia (nel quale la “*discrezionalità*” dell'amministrazione presenta una connotazione affatto particolare, che si avvicina di più alla “*discrezionalità*” propria dei poteri civilistici del privato contraente nell'esercizio dei suoi diritti potestativi e delle sue facoltà di scelta nell'ambito di un rapporto obbligatorio sinallagmatico di durata che non alla comune “*discrezionalità amministrativa*”, di cui l'amministrazione dispone nell'esercizio dei suoi ordinari poteri autoritativi di cura finale dei suoi compiti istituzionali).

2.3. Tale inquadramento giuridico implica due conseguenze logiche: in primo luogo, la centralità, *in subiecta materia*, del rapporto giuridico tra le parti, che si fonda su un contratto e attiene naturalmente alla sua dinamica esecutiva, trattandosi, in sostanza, di un così detto (possibile) “*vizio funzionale del sinallagma*”, dovuto a sopravvenienze teoricamente capaci di alterarne l'equilibrio economico; in secondo luogo (e di conseguenza), in questa tipologia di controversie è più che mai evidente la necessità che la cognizione del giudice si estenda dall'atto al rapporto, così come, di converso, risulta inappropriato, perché incongruo rispetto alla configurazione della *res litigiosa*, un approccio di tipo puramente impugnatorio incentrato sui vizi formali e procedurali dell'atto, e ciò anche al di là della configurazione della domanda, poiché, anche in questo campo, come è regola generale, non è il *petitum* formale, ma quello sostanziale, incentrato sulla *causa petendi*, che determina il tema della decisione (e il tipo di sindacato del giudice).

2.4. Da tale preliminare chiarificazione deriva la conseguenza che l'oggetto del presente giudizio si individua nella pretesa sostanziale fatta valere dalla società appellante, che ha chiesto, con la sua domanda del 17 dicembre 2021, la revisione dei prezzi previsti dal contratto di fornitura stipulato con la società ARIA.

3. Da questa necessaria chiarificazione preliminare discendono altresì evidenti conseguenze giuridiche nella disamina dell'appello in trattazione.

3.1. Si appalesa in primo luogo non divisibile – perché irrilevante – la notazione, contenuta nella sentenza appellata, secondo la quale la parte ricorrente non avrebbe proposto una domanda di accertamento della fondatezza della pretesa, atteso che la stessa *causa petendi* che sorregge l'azione è costituita esattamente da tale pretesa, che si innesta nel rapporto di adempimento/esecuzione di un contratto, a fronte di una posizione dell'Amministrazione (in questo caso, peraltro, costituita da una società formalmente di diritto privato, benché in mano pubblica) che è quella non già di un soggetto che esercita poteri autoritativi di esercizio di una funzione discrezionale in senso proprio (di cura diretta e finale di un interesse pubblico), bensì di un soggetto che agisce come controparte contrattuale che cura la provvista di mezzi dell'Amministrazione, agendo *jure gestionis*, esercitando la “discrezionalità” insita nell'autonomia contrattuale della parte che valuta le soluzioni più convenienti tra quelle lecite e legittime a sua disposizione (ancorché nel quadro delle norme pubblicistiche speciali di deroga al codice civile, poste dalla legislazione di settore, che incanalano tale autonomia contrattuale, comunque limitata in quanto espressione di poteri pubblicistici).

3.2. In secondo luogo per dono consistenza, a giudizio del Collegio, in questa più utile logica sostanziale di inquadramento della lite, le contestazioni formali proposte contro il provvedimento impugnato e contro la sentenza appellata, i cui errori e le cui lacune poco o nulla incidono sulla fondatezza della pretesa azionata. Il ricorso di primo grado – le cui censure sono ampiamente riprese e riproposte in appello – si risolve in definitiva nel contestare il mancato esercizio, da parte della società ARIA, del suo dovere funzionale di istruire in modo partecipato e dialogico la documentata domanda di revisione avanzata dalla ricorrente. Il provvedimento impugnato si limita laconicamente a esporre che “*La Convenzione vigente prevede che i prezzi restino fissi e invariati per tutta la durata contrattuale come consentito dalla previgente normativa. Pur prendendo atto delle vostre articolate deduzioni, a fronte di quanto evidenziato dalla stessa ANAC in particolare nel Bando tipo n.1/2021 aggiornato a marzo 2022 in merito all'applicazione della clausola revisione prezzi per le gare successivamente indette, considerato che non sono emersi elementi incontrovertibili in base ai quali sia comunque possibile far riferimento a prezzi standard rilevati da autorità indipendenti, si deve rigettare l'istanza*”. Ma il Tar ha già rilevato l'invalidità della clausola convenzionale, se letta come preclusiva *a priori* e in assoluto di ogni revisione, ed ha per di più statuito che la società lombarda ha il dovere funzionale di riesaminare la domanda se opportunamente riformulata. Le reiterate e insistite censure formali-procedurali dedotte dalla società appellante non condurrebbero ad altro che al normale riesercizio della funzione, da parte dell'Amministrazione, senza tuttavia centrare l'obiettivo della definizione di quale sia la possibile base giuridica capace di dare un qualche fondamento sostanziale alla pretesa revisionale fatta valere. Del tutto correttamente, sotto questo profilo, la sentenza appellata, sia pur in modo

incompleto, ha posto al centro della sua disamina la lite nella sua consistenza reale, al di là dello schermo formale dell'atto, la cui rilevanza in questo genere di controversie scolora e si dequota ad elemento accessorio e marginale, assumendo preminente rilievo il tema della base fattuale e giuridica della pretesa revisionale avanzata.

3.3. Devono di conseguenza essere respinti, siccome irrilevanti, i diversi motivi di violazione procedurale e formale dedotti dalla parte appellante (tra i quali l'insistita censura di violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, o il difetto di motivazione), così come appare inutile (e per certi aspetti controproducente, perché distoglie dal centro focale della causa) la analitica contestazione, svolta *passim* nell'atto di appello, di singoli passaggi motivazionali contenuti nella sentenza appellata. In questo contesto, risulta in definitiva che il Tar, non illogicamente, chiamato a decidere nello stesso momento una pluralità di cause indubbiamente simili per il tipo di domanda proposta, ha concentrato l'attenzione sulla sostanza del rapporto controverso, tralasciando le censure che si appuntavano su aspetti meramente procedurali e formali (censure tutte qui peraltro puntualmente viste, esaminate e valutate dal Collegio, ma respinte per le anzidette ragioni). In tal senso deve essere disattesa, in particolare, tra le altre, la contestazione secondo la quale il Tar avrebbe operato una sorta di integrazione postuma della motivazione e sarebbe incorso in una ultrapetizione perché, anziché esaminare e valutare le censure dedotte con riferimento al contenuto e alla motivazione effettivi del provvedimento, avrebbe rigettato il ricorso con riferimento ad elementi del tutto estranei al contenuto del provvedimento e della motivazione.

4. Venendo infine alla trattazione del nucleo sostanziale della causa, occorre partire dal contratto e dalla sua interpretazione e dall'esame della domanda revisionale e dalla risposta negativa fornita dalla società ARIA.

4.1. La società appellante ha chiesto, con la sua domanda del 17 dicembre 2021, rubricata "*Richiesta ex art. 106 co. 1 lett. a) e 30 co. 8 D.Lgs. 50/2016. Riconduzione ad equità delle prestazioni contrattuali*", la revisione dei prezzi previsti dal contratto di fornitura stipulato in data 30 marzo 2020 con la società ARIA, comunicando alla stazione committente che "*stante l'assoluta criticità della situazione contingente e la sua rapida evoluzione nella direzione del continuo aumento dei costi, in assenza di un Vostro repentino riscontro entro 30 giorni, ci troveremo costretti ad applicare i seguenti contributi straordinari: - Gas medicinali criogenici (Ossigeno liquido e Azoto liquido in serbatoi fissi): 0,32 €/mc - Gas medicinali, puri, scientifici e per laboratorio compressi in bombole e pacchi bombola, Azoto liquido e Ossigeno liquido in contenitori criogenici mobili: 50% del prezzo a contratto - Materiali e ricambistica di rivendita: 20% del prezzo a contratto - Servizi di gestione: 20% delle quote a contratto*".

4.2. La società ARIA, con la nota in data 19 aprile 2022, qui impugnata, ha respinto la domanda revisionale di parte ricorrente obiettando che *“La Convenzione vigente prevede che i prezzi restino fissi e invariati per tutta la durata contrattuale come consentito dalla previgente normativa. Pur prendendo atto delle vostre articolate deduzioni, a fronte di quanto evidenziato dalla stessa ANAC in particolare nel Bando tipo n.1/2021 aggiornato a marzo 2022 in merito all’applicazione della clausola revisione prezzi per le gare successivamente indette, considerato che non sono emersi elementi incontrovertibili in base ai quali sia comunque possibile far riferimento a prezzi standard rilevati da autorità indipendenti, si deve rigettare l’istanza”*.

4.3. L’art. 8 della convenzione stabiliva che *«Tutti i predetti corrispettivi sono stati determinati a proprio rischio dal Fornitore in base ai propri calcoli, alle proprie indagini, alle proprie stime, e sono, pertanto, fissi ed invariabili indipendentemente da qualsiasi imprevisto o eventualità, facendosi carico il Fornitore di ogni relativo rischio e/o alea, ivi incluso quello relativo all’adempimento e/o ottemperanza di obblighi ed oneri derivanti al Fornitore medesimo dall’esecuzione dei Contratti di Fornitura e delle eventuali Richieste di Consegna e dall’osservanza di leggi e regolamenti, nonché dalle disposizioni emanate o che venissero emanate dalle competenti autorità. 4) I prezzi riportati nei “Corrispettivi” si intendono fissi per tutto il periodo di durata della Convenzione, anche prorogata, e dei singoli Contratti di Fornitura ferma restando la facoltà di aggiornamento previste dal codice degli appalti. 5) Il Fornitore non potrà vantare diritto ad altri compensi, eccezion fatta per eventuali adeguamenti, revisioni o aumenti dei corrispettivi in coerenza con quanto indicato nella documentazione di gara»*. Inoltre, l’art. 22, comma 3, della convenzione richiamava espressamente l’art. 106, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici (*“In ottemperanza alle disposizioni di cui all’art. 106, comma 1 lett. a) – ultimo periodo – del D.Lgs. 50/2016, resta salva l’applicazione, nella presente Convenzione, delle disposizioni di cui all’art. 1, comma 511, della L. n. 208/2015”*),

4.4. Il Tar ha ritenuto, in *obiter dictum*, di acclarare la nullità del citato art. 8 della convenzione, nella parte in cui esclude ogni revisione del corrispettivo, *“per contrarietà alla disciplina di legge imperativa (art. 106 comma 1 lettera a) del codice dei contratti pubblici) che fa salvi, per i contratti stipulati dai soggetti aggregatori (quale è Aria Spa) l’applicazione dell’art. 1 comma 511 della legge n. 208/2015”*. Il Tar ha quindi respinto il ricorso ritenendo che la fattispecie fosse regolata dalla predetta norma introdotta dall’art. 1, comma 511, della legge n. 208 del 2015, richiamata e fatta salva dall’art. 106, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici, e che la società richiedente non avesse soddisfatto, nella sua domanda, le condizioni poste dalla riferita disciplina speciale.

4.5. La parte appellante ha sostenuto che, per via del rinvio al codice degli appalti contenuto nel comma 4 dell'art. 8 della convenzione, la revisione dei corrispettivi doveva ritenersi ammessa per tutti i casi previsti dall'art. 106 del predetto codice (*“diversamente rispetto a quanto erroneamente ha ritenuto il TAR, non è vero che la convenzione escludesse ogni revisione, risulta, invece, per tabulas, che la convenzione faceva espressamente salva la facoltà di revisione del prezzo; pertanto, era fondata la censura dedotta in primo grado da SIAD rispetto a tale profilo della motivazione contenuta nel provvedimento di rigetto”*).

5. Si perviene in tal modo alla trattazione del punto decisivo della controversia, rispetto al quale saggiare la tenuta della sentenza appellata. Punto decisivo che si risolve nella domanda di quale sia la base giuridica idonea a fondare e a disciplinare la pretesa revisionale per cui è causa.

6. In disparte le questioni nominalistiche, circa la validità del (o il grado o tipo di invalidità che inficerebbe il) citato art. 8 della convenzione tra le parti, costituisce un dato di certa rilevanza la contraddittorietà intrinseca nella clausola convenzionale *de qua* e la sua inidoneità a fornire una disciplina chiara, esaustiva e autoapplicativa della dinamica disfunzionale del sinallagma. Occorre dunque ricercare quale debba o possa essere la diversa base giuridica in questione, al di là del dato letterale del contratto tra le parti.

7. A tal fine è utile premettere alcune considerazioni di carattere generale sul quadro giuridico vigente al momento della conclusione della convenzione.

7.1. Nella materia della revisione dei prezzi nei contratti di appalto di lavori e di servizi e nei contratti 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.*, del codice civile) 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).

7.2. 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, della legge 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 del 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”*).

7.3. La logica del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente al tempo dell'adozione dell'atto qui impugnato, 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”*).

8. Ciò premesso, emerge in primo luogo – contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, la cui statuizione sul punto va dunque riformata - la non applicabilità alla fattispecie dell'art. 106, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici, e ciò in primo luogo perché non sussiste 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”*.

Nel caso in esame, come detto, tali clausole chiare, precise e inequivocabili mancano anche nella convenzione stipulata all'esito della procedura selettiva, sicché l'applicazione della previsione normativa in esame, nella fattispecie, si tradurrebbe inevitabilmente in una violazione del principio di immodificabilità delle condizioni di gara, che ispira per intero la disciplina del codice del 2016 in materia di modifiche successive del contratto.

8.1. La non applicabilità alla fattispecie della predetta previsione e del connesso rinvio all'art. 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori, deriva altresì dalla dubbia consistenza delle forniture (gas medicali) oggetto del contratto della cui revisione si tratta, la cui natura di "*beni indifferenziati*" risulta quanto meno incerta (il predetto comma 511, infatti, prevede la revisione dei prezzi per i contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore solo a condizione che "*la clausola di revisione e adeguamento dei prezzi sia collegata o indicizzata al valore di beni indifferenziati*").

8.2. Né può ipotizzarsi che la clausola contenuta nel già menzionato art. 22 della convenzione ("*In ottemperanza alle disposizioni di cui all'art. 106, comma 1 lett. a) – ultimo periodo – del D.Lgs. 50/2016, resta salva l'applicazione, nella presente Convenzione, delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 511, della L. n. 208/2015*") possa consentire, su base contrattuale volontaria, un'estensione dell'ambito applicativo della normativa speciale suddetta, la quale, in quanto speciale e derogatoria, riveste sicuramente natura imperativa e non dispositiva, come tale non derogabile per via contrattuale.

8.3. Esclusa l'applicabilità, quale parametro normativo di riferimento, della lettera *a*) del comma 1 dell'art. 106 del codice dei contratti pubblici, cadono, siccome infondate, le obiezioni sollevate dalla società ARIA in ragione del mancato soddisfacimento, nella domanda della società richiedente, delle condizioni previste dalla norma in questione (in particolare, per la mancata acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione di settore o, in mancanza, dell'AGCM). Risulta di conseguenza da emendare la sentenza appellata nella parte in cui ha aderito a tale impostazione e ha respinto i motivi di doglianza al riguardo formulati dalla società ricorrente.

9. La società appellante ha invero (sia pur del tutto indirettamente) ipotizzato la possibilità di fondare la propria pretesa revisionale sulle altre fattispecie pure previste dal predetto art. 106. La norma, infatti, oltre al caso ora detto (che prescinde dal valore monetario delle modifiche, ma richiede che siano state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili collegate o indicizzate al valore di beni indifferenziati ed è subordinato all'accertamento della variazione del prezzo complessivo - in misura non inferiore al 10 per cento e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale - da parte dell' "*autorità*

indipendente preposta alla regolazione del settore relativo allo specifico contratto ovvero, in mancanza, [dell'] Autorità garante della concorrenza e del mercato”), contempla anche i seguenti, ulteriori casi: nella lettera b), il caso di lavori, servizi o forniture supplementari (caso non riferibile alla vicenda in esame); nella lettera c) il caso della modifica “determinata da circostanze impreviste e imprevedibili” (con la precisazione che in tale evenienza “le modifiche all’oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d’opera” e con l’indicazione esemplificativa della “sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti”); nella lettera d) il caso del nuovo contraente (caso anch’esso non riferibile alla vicenda in esame); nella lettera e) il caso delle modifiche non sostanziali ai sensi del comma 4 (ossia modifiche che non introducono “condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d’appalto iniziale, avrebbero consentito l’ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l’accettazione di un’offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione” e che non cambiano “l’equilibrio economico del contratto o dell’accordo quadro a favore dell’aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale”); nel comma 2 il caso, infine, di modifiche contrattuali “se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori: a) le soglie fissate all’articolo 35; b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali”.

10. La semplice lettura delle sopra riportate disposizioni dimostra che l’unico spazio applicativo utile per la fattispecie qui dedotta potrebbe rinvenirsi nella previsione del comma 2 dell’art. 106.

10.1. Non può infatti trovare accoglimento il riferimento all’ipotesi di cui alla lettera c) del comma 1 dell’art. 106 perché, come di recente posto in luce dalla condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9426, di conferma di Tar Lombardia, sezione staccata di Brescia, 10 marzo 2022, n. 239), «Mentre la lettera a) prende in esame e disciplina le “variazioni dei prezzi e dei costi standard” e risulta dunque immediatamente attinente alla fattispecie concreta, la lettera c) 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, (arg. da Cons. Stato Sez. II, 28 agosto 2020, n. 5288; Sez. V, 02 agosto 2019, n. 5505; Sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969; ma, in linea generale, nulla preclude di riferire la disciplina in questione anche alle forniture da erogare o ai servizi da svolgere) . . . 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 lettera a), che disciplina gli aspetti economici del contratto

con testuale riferimento alle “variazioni dei prezzi e dei costi standard”». Nel caso di specie in esame, infatti, non vi è alcuna modifica dell’oggetto del contratto e non si può certo parlare di varianti in corso d’opera.

10.2. Resta da valutare il caso contemplato dal comma 2 dell’art. 106 (in base al quale i contratti possono parimenti essere modificati senza necessità di una nuova procedura se il valore della modifica è al di sotto delle soglie fissate all’articolo 35 e del 10 per cento del valore iniziale del contratto). Orbene, ritiene il Collegio che tale ipotesi – contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice – sia in astratto applicabile al contratto di fornitura oggetto di lite. Essa, tuttavia, non è applicabile in concreto nel caso specifico oggetto di causa, atteso che la società appellante ha chiesto nella sua domanda di revisione incrementi notevolmente superiori ai limiti posti dal predetto comma 2. In questo senso, l’appello merita un accoglimento solo parziale, con riforma della sentenza gravata nella parte in cui ha negato in assoluto l’applicabilità del predetto comma 2 al contratto oggetto di causa, ma nei limiti della riconosciuta facoltà della parte di rimodulare opportunamente la sua richiesta, nei termini anzidetti, e non anche nel senso della fondatezza della sua pretesa a conseguire i maggiori aumenti come effettivamente richiesti. In altri e più espliciti termini, la domanda revisionale, così come formulata dalla società ricorrente, in quanto esorbitante dai limiti di cui al comma 2 dell’art. 106, andava comunque respinta, sia pur con una diversa motivazione. Essa potrà in ogni caso essere correttamente riproposta, nei limiti dei termini prescrizionali desumibili dal diritto comune dei contratti.

10.2.1. La parziale fondatezza dell’appello, nei termini ora detti, non comporta, di conseguenza, l’accoglimento del ricorso di primo grado e l’annullamento della nota ivi impugnata, atteso che, come sopra chiarito, il diniego opposto dalla società ARIA resta comunque giustificato in ragione della predetta esorbitanza della domanda revisionale rispetto ai limiti quantitativi posti dal richiamato comma 2 dell’art. 106 (risultando, deve ripetersi, del tutto ininfluenza sul piano sostanziale la critica formale della motivazione addotta, data la natura della lite e la consistenza delle contrapposte situazioni giuridiche soggettive fatte valere). La società ricorrente, pertanto, potrà, sulla base della presente sentenza, riproporre la domanda revisionale curando di inquadrarla e di dimensionarla correttamente entro i predetti limiti del comma 2 dell’art. 106 del d.lgs. n. 106 del 2016.

10.3. Per mera completezza di esame della fattispecie, rileva infine il Collegio che non potrebbe comunque trovare applicazione nel caso dedotto la previsione della lettera e) dell’art. 106, ossia il caso delle modifiche non sostanziali ai sensi del comma 4, posto che, in tutta evidenza, le modifiche richieste dalla società ricorrente sono senz’altro “*sostanziali*” agli effetti predetti, poiché idonee a introdurre “*condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d’appalto iniziale, avrebbero*

consentito . . . l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione” e a cambiare “l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale”.

11. La parte appellante ha poi insistito nel giudicare sufficienti le proprie produzioni procedurali e nel criticare il provvedimento e la sentenza qui gravata per non aver ritenuto prova sufficiente quanto sarebbe risultato *“sia dalle quotazioni ufficiali pubblicate da GME sia dalle bollette prodotte in giudizio da SOL, . . . che mentre fino al momento di sottoscrizione della convenzione il costo dell'energia al MW/h pagato da SOL oscillava intorno ai 70 euro, invece, a dicembre 2021, ossia nel periodo in cui è stata presentata l'istanza, il costo pagato da SOL era già salito ad euro 266 e ad aprile 2022, ossia nel momento in cui è stata rigettata l'istanza, il costo pagato da SOL era salito ad euro 310”.* Ma tale parte del ricorso in appello si appalesa irrilevante nella presente sede, atteso che, una volta esclusa l'applicabilità, nella fattispecie, dell'art. 1, comma 511, della legge n. 208 del 2015, richiamato dalla lettera *a*) del comma 1 dell'art. 106 del codice dei contratti pubblici, e una volta acclarata l'applicabilità al rapporto convenzionale in discorso della sola ipotesi revisionale di cui al comma 2 del predetto art. 106, esula dall'oggetto di questo giudizio la valutazione, ai fini dell'applicabilità di tale ultima previsione, che dovrà essere richiesta dalla società appellante con una nuova domanda, dell'idoneità probatoria delle intervenute variazioni dei prezzi dei mezzi documentali e informativi prodotti nel procedimento (e richiamati dalla ricorrente nei due gradi di giudizio), mezzi documentali che dovranno essere esaminati e valutati secondo correttezza e buona fede dalla società convenuta qui appellata.

12. Caduto il riferimento alla lettera *a*) del comma 1 dell'art. 106 del codice dei contratti pubblici, restano irrilevanti e ininfluenti sull'esito della causa i rilievi, svolti nell'atto di appello, circa la oggettività e la valenza probatoria dei dati forniti dalla società GME S.p.a., dall'Enea o dall'Istat in ordine all'aumento dei prezzi, offerti dalla società ricorrente a corredo della domanda revisionale, così come le pure prospettate tematiche relative alla natura giuridica e al ruolo del GME o dell'Enea e dell'Istat, *etc.*

13. Sono parimenti da respingere le contestazioni proposte nel terzo motivo di appello in ordine alla omessa pronuncia del Tar in merito al terzo motivo di ricorso (riprodotto nelle pagg. 24 ss. dell'atto di appello), con conseguente difetto di motivazione della sentenza. Anche in questo caso, il richiamo generico degli artt. 95, comma 12, e 97 del codice dei contratti pubblici, nonché dei principi di corrispettività e del titolo oneroso del contratto di fornitura, risulta privo di ogni possibile incidenza utile sulla fondatezza della pretesa revisionale della parte e sull'accogliibilità della sua domanda. L'assorbimento di tale prospettazioni da parte del primo giudice è del tutto

comprensibile e non ha determinato nessuna incidenza negativa sull'esito della causa. Infondata si appalesa infine la censura di omessa pronuncia circa la dedotta illegittimità del comma 4 dell'art. 8 dello schema di convenzione allegato al disciplinare di gara, dichiarato in realtà nullo dal Tar.

13.1. Né, in conclusione, può ritenersi che l'esito del giudizio, così come definito in base alla suesposta motivazione, conduca a risultati iniqui, ingiustamente incidenti sull'equilibrio economico delle parti contrattuali (addirittura incidendo sulla natura corrispettiva e sul titolo oneroso del contratto di fornitura). La società ricorrente, infatti, oltre a giovare (sussistendone i presupposti) degli aiuti e dei sostegni economici e finanziari erogati dallo Stato con la surrichiamata decretazione d'urgenza (ad es., i contributi pubblici per l'acquisto dell'energia elettrica in favore delle imprese energivore di cui al decreto-legge n. 115 del 2022, così detto "Decreto Aiuti *bis*", che prevede un credito di imposta del 25 per cento per le spese sostenute per la componente energetica acquistata), potrà, come detto, domandare l'applicazione dell'ipotesi revisionale del comma 2 dell'art. 106 citato, ancorché nei limiti quantitativi ivi previsti.

14. La novità delle questioni trattate e l'esito di parziale accoglimento dell'appello giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato, lo accoglie in parte, nei limiti e sensi e con gli effetti di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Paolo Carpentieri, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere