

1. Nel procedimento per la revisione dei prezzi, l'art. 10 bis L. 7 agosto 1990 n. 241 non è applicabile, dal momento che la pretesa ad ottenere la revisione dei prezzi si configura come un diritto soggettivo e, pertanto, l'eventuale accertamento di una violazione procedimentale non può incidere sul riconoscimento o meno di tale diritto. (1)

2. Non è in contrasto con la disciplina in tema di revisione dei prezzi (art. 6, L. 24 dicembre 1993, n. 537 e s.m.i.) la clausola contrattuale che prevede un termine perentorio per la presentazione della domanda di revisione (nella specie, individuato nel sessantesimo giorno dalla definitiva conclusione del rapporto contrattuale). (2)

3. Il rinnovo del contratto di appalto, in attuazione dell'articolo 27, comma 6, della L. 23 dicembre 1999 n. 488 (che prevedeva, prima dall'abrogazione da parte dell'articolo 3, comma 166, L. 24 dicembre 2003 n. 350, la possibilità di rinnovare i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi delle amministrazioni statali "a condizione che il fornitore assicuri una riduzione del corrispettivo di almeno il 3%"), non consente all'appaltatore di invocare una diversa normativa per ottenere la revisione dei prezzi, eliminando così, di fatto, lo sconto accettato. (3)

4. La revisione prezzi può operare solo per quei contratti ad esecuzione periodica o continuativa la cui effettiva durata non sia inferiore a sei mesi (nella specie, il Collegio ha dato atto della durata mensile o trimestrale delle lettere di ordinazione della stazione appaltante). (4)

Con nota dell'Avv. Andrea Faccon

(1) E' dibattuta in giurisprudenza la natura della situazione giuridica soggettiva dell'imprenditore circa l'an della revisione dei prezzi ex art. 6, L. 24 dicembre 1993 n. 537.

Come si sa, in tema di revisione dei prezzi, l'orientamento consolidato assume che la posizione dell'appaltatore - che è di norma tutelabile davanti al giudice amministrativo, configurandosi come interesse legittimo - acquista natura e consistenza di diritto soggettivo, tutelabile davanti al giudice ordinario, quando l'amministrazione abbia già adottato un espresso provvedimento attributivo del compenso revisionale ed insorga controversia limitatamente all'ammontare del relativo importo o sui criteri e parametri di liquidazione.

Tuttavia, a partire dal 2002, in relazione alle controversie relative all'acquisto di beni e servizi, si è profilato un indirizzo che, discostandosi dal tradizionale orientamento giurisprudenziale, qualifica come diritto soggettivo la posizione dell'imprenditore rispetto all'an della pretesa al compenso revisionale ex art. 6, L. n. 537/93.

Secondo tale indirizzo, l'imprenditore è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo al compenso revisionale, cui corrisponde un obbligo della P.A. di liquidare il compenso in esito ad apposita istruttoria (v. per tutte, CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 19 febbraio 2003 n. 916, in questa rivista, nonché Id., 16 giugno 2003, n. 3373).

La conclusione fa leva prevalentemente sulla natura imperativa della norma dell'art. 6, L. n. 537/93, che si inserisce nel regolamento contrattuale indipendentemente dal silenzio o dalla diversa disciplina convenuta dalle parti, in forza del combinato disposto dagli artt. 1339 e 1419 c.c. (v. già T.A.R. SARDEGNA - Sentenza 8 novembre 2000, n. 985; v., in senso analogo, CORTE DEI CONTI - Sez. contr. Stato, 21 settembre 2000, n. 86 e 27 aprile 2000, n. 37).

In particolare, CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE QUINTA - Sentenza 13 marzo 2006 n. 1295, in questa rivista e citata in motivazione, ha ritenuto che "se in generale la posizione dell'appaltatore in relazione alla corresponsione del compenso revisionale assume consistenza di diritto soggettivo in quanto la sua pretesa sia riconosciuta dall'amministrazione appaltante e la controversia si incentri soltanto sul quantum ed all'opposto, ha consistenza di interesse legittimo la pretesa relativa all'an, ovvero all'esistenza dei presupposti per il riconoscimento della revisione prezzi (cfr. Cons. St., Sez. V, 17 marzo 2003, n. 1362), nondimeno l'art. 6 della legge n. 537 del 2003, mediante la previsione dell'obbligatoria inserzione della clausola revisionale nei contratti pubblici di appalto di fornitura di beni e servizi (la disposizione è da ritenere ora abrogata per incompatibilità a seguito dell'entrata in vigore degli artt. 26 e 27 della legge 23 dicembre 1999, n. 488: cfr. Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 2003, n. 921 e 8 gennaio 2002, n. 100 e Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686), e della coeva nullità parziale dei contratti in contrasto, con in meccanismo di integrazione ex lege del contratto, ha riconosciuto un vero e proprio diritto al compenso revisionale, salva la sua liquidazione mediante istruttoria, da condurre ai sensi del successivo art. 6 (nel senso che esso è "...norma che detta una disciplina speciale in materia di revisione prezzi, la quale ha natura imperativa che si impone nelle pattuizioni considerate modificando ed integrando la volontà delle parti contrastante con la stessa; ne consegue che le clausole difformi contenute nei contratto della tipologia

presa in considerazione sono nulle per contrasto con la norma imperativa e la nullità non riveste l'intero contratto in applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur* di cui all'art. 1419 c.c., ma colpisce la clausola contrastante con la norma considerata": cfr. Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373; id., 19 febbraio 2003, n. 916, ex multis)".

La *ratio* della norma, secondo questo indirizzo, si fonda sulla valorizzazione della posizione dell'imprenditore, il quale sarebbe tutelato, mediante la doverosa corresponsione del compenso revisionale, dal coefficiente di aleatorietà insito nel rapporto di durata. Non si ignora ovviamente l'interesse della P.A. alla corretta esecuzione del rapporto, ma tale interesse appare sullo sfondo, soddisfatto, in via mediata e di riflesso, tramite la garanzia dell'interesse dell'imprenditore.

In questa direzione, si riconosce che *"la clausola di revisione periodica di tali contratti ha lo scopo di tenere indenni gli appaltatori della p.a. da quegli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione che, incidendo sulla percentuale di utile stimata al momento della formulazione dell'offerta, potrebbero indurre l'appaltatore a svolgere il servizio o ad eseguire la fornitura a condizioni deteriori rispetto a quanto pattuito o, addirittura, a rifiutarsi di proseguire nel rapporto, con inevitabile compromissione degli interessi della p.a.."*. (T.A.R. PUGLIA - LECCE - SEZIONE II - Sentenza 29 novembre 2007 n. 4111, in questa rivista; v., inoltre, CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE QUINTA - Sentenza 19 febbraio 2003, n. 916 cit.).

L'orientamento, per così dire, tradizionale ribadisce, invece, che la pretesa alla revisione è qualificabile come interesse legittimo a fronte di un potere discrezionale della P.A. (v. CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE - Sentenza 25 novembre 2008 n. 28042 e 11 settembre 2008 n. 23385).

L'indirizzo è stato, come ricordato, ribadito di recente anche dal CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 9 giugno 2008 n. 2786 cit..

La decisione, invero, in linea con il primo indirizzo, sottolinea che la norma detta una disciplina imperativa che prevale su quella generale di cui all'art. 1664 c.c. ed attribuisce alle imprese il diritto alla revisione dei prezzi; tuttavia, precisa che tale diritto sorge solo *"successivamente alla determinazione discrezionale della stazione appaltante cristallizzata in un espresso provvedimento attributivo del beneficio, ovvero desumibile da comportamento implicito quale il pagamento di acconti"*. Tale decisione richiama, inoltre, pronunce della Suprema Corte di Cassazione (SEZIONE PRIMA - Sentenza 25 settembre 2005, n. 19921) e del CONSIGLIO DI STATO (SEZIONE QUINTA - Sentenza 18 marzo 2004, n. 1420), che hanno ribadito la natura di interesse legittimo della posizione dell'imprenditore e la necessità di un espresso provvedimento attributivo di un diritto al compenso revisionale.

A sostegno della conclusione raggiunta, la sentenza n. 2786/2008 assume una *ratio* della norma diversa da quella sottesa al primo orientamento, facendo leva sull'interesse pubblico tutelato dalla norma sul compenso revisionale e considerando, in via mediata, la posizione dell'imprenditore: la norma dell'art. 6, L. n. 537/03 cit., si assume, mira a *"coniugare l'esigenza di interesse generale di contenere la spesa pubblica, con quella, parimenti generale, di garantire nel tempo la corretta e puntuale erogazione delle prestazioni dedotte nel programma obbligatorio. L'istituto della revisione è infatti preordinato, nell'attuale disciplina, alla tutela dell'esigenza dell'amministrazione di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo (talora frutto di illecite collusioni), tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto. Solo in via mediata l'istituto tutela l'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verificano durante l'arco del rapporto e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni."* (v. anche T.A.R. Sardegna, 1 febbraio 2002, n. 104, annullata da CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 19 febbraio 2003 n. 916, cit.).

Non manca l'indirizzo (CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE QUINTA - Sentenza 6 febbraio 2007, n. 483), che ha ritenuto che in materia di appalti pubblici di servizi è legittima la clausola contrattuale con la quale le parti hanno escluso qualsiasi revisione del prezzo. Né manca la tesi, come T.A.R. LAZIO - SEZIONE I - Sentenza 31 marzo 2005 n. 2367, citata in motivazione di T.A.R. Sardegna in epigrafe, che, da un lato, valorizza un diritto soggettivo dell'imprenditore alla previsione contrattuale del compenso revisionale e, al contempo, predica la natura provvedimentale/discrezionale della decisione sul *quantum*: *"in soggetta materia l'applicazione delle relative norme di legge da parte della Amministrazione appaltante sfugge al vaglio discrezionale della stessa, non potendo esso riguardare che un profilo meramente dichiarativo e ricognitivo in ordine alla normativa applicabile. Nè rileva, ai detti fini, la natura discrezionale del procedimento previsto dall'art. 6, legge n. 537/93, che attiene invece alla successiva fase dell'accertamento del quantum oggetto di revisione, alla stregua degli elenchi dei prezzi del mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalle P.A., con comparazione tra questi ultimi ed i prezzi di mercato, ma non all'an circa l'applicabilità dello stesso procedimento. Ne consegue che l'azione di accertamento di diritto nascente da legge - in specie diritto all'inserimento di clausola di revisione del prezzo contrattuale - è esercitabile, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nell'ordinario termine di prescrizione del diritto, non occorrendo l'instaurazione di un giudizio di*

annullamento di atto amministrativo nel termine decadenziale di sessanta giorni. A tanto segue che la posizione asseritamente lesa dalla violazione della norma imperativa, per esserne stata omessa l'applicazione, è di diritto soggettivo, non comprimibile per il solo fatto che l'Amministrazione ha ritenuto, a torto o a ragione, di non applicarla. Diversamente opinando, si dovrebbe ritenere in capo all'Amministrazione appaltante un potere "discrezionale" circa l'individuazione della cornice normativa di riferimento nel corso dello svolgimento del rapporto contrattuale instaurato dopo procedura concorsuale, il che non è, dovendosi, di contro, ritenere tamquam non essent gli eventuali erronei richiami normativi. "

La natura imperativa della norma, su cui insistono entrambi gli orientamenti, implica, innanzitutto, che la disciplina della revisione dei prezzi deve trovare applicazione in tutti i contratti della P.A., se del caso tramite il meccanismo della nullità parziale di cui al combinato disposto dagli artt. 1339 e 1419 c.c..

In altre parole, la mancata previsione della clausola nel contratto con la P.A. non può privare l'imprenditore della pretesa a veder esaminata, dalla P.A. e/o dal Giudice, la sua richiesta di revisione dei prezzi (v. T.A.R. PUGLIA - LECCE - SEZIONE II - Sentenza 2 dicembre 2002 n. 7104, con nota di CARPARELLI).

La divergenza verte, quindi, sulla qualificazione della pretesa circa l'*an* della revisione e sul contenuto del comportamento doveroso imposto da tale norma alla P.A.: obbligo di riconoscere *de plano* la revisione, il cui *quantum* è da liquidare in esito ad apposita istruttoria, ovvero, obbligo di avviare il procedimento, all'esito del quale riconoscere o meno il diritto alla revisione.

In tale contesto, l'opzione qualificatoria ha indiscutibili riflessi anche in merito all'applicabilità delle garanzie del procedimento amministrativo, ivi compresa, a seguito delle recenti riforme della L. 7 agosto 1990 n. 241, la garanzia del preavviso di rigetto, su cui sofferma la propria attenzione il Collegio sardo.

La soluzione della questione, però, non sembra dover discendere dalla natura imperativa o meno della norma di cui all'art. 6, L. n. 537/93 bensì da una verifica circa la sussistenza o meno del potere discrezionale della P.A., indagando i profili di interesse pubblico e privato sottesi alla norma in esame ed influenti sulla posizione fatta alla P.A. nella relazione con l'imprenditore.

Peraltro, la natura imperativa della norma non sembra neppure escludere che la disciplina contrattuale possa in concreto conformare le modalità di attivazione della pretesa, anche attraverso la previsione di termini perentori per la presentazione della domanda di compenso revisionale.

Attualmente, la disciplina economica dei contratti pubblici di servizi e forniture è contenuta nel Codice dei contratti, art. 115, D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, rubricato "Adeguamenti dei prezzi" e recettivo dell'art. 6, comma 4, legge n. 537/1993: "*1. 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'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5.*". L'art. 6 è stato integralmente abrogato dall'art. 256 del Codice.

Nel settore degli appalti pubblici di lavori vigeva, invece, già dal 1992, un divieto di revisione dei prezzi, con la conseguenza di negare in radice l'esistenza di qualsivoglia potere discrezionale della P.A. in merito alla revisione dei prezzi: CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE - ORDINANZA 5 aprile 2007, n. 8519, secondo cui "*Il divieto contenuto nel D.L. n. 333 del 1992, art. 3, infatti, non consente più alcuno spazio all'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione, sul quale si fondava la regola enunciata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, secondo cui il diritto soggettivo dell'appaltatore alla revisione prezzi sorgeva soltanto quando l'amministrazione - ad esito di valutazione discrezionale - aveva espressamente riconosciuto tale diritto. Si deve osservare che tale divieto è stato ripetuto dall'art. 26, comma 3, della legge - quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, il quale esclude, altresì, l'applicazione dell'art. 1664 cod. civ., comma 1.*

Il divieto della revisione prezzi deve, quindi, considerarsi un vero e proprio principio regolatore degli appalti pubblici.

Venuto meno il potere delle amministrazioni appaltanti di concedere la revisione, non può, di conseguenza, prospettarsi una corrispondente tutela d'interesse legittimo in capo all'appaltatore, ma soltanto un problema di validità delle clausole contrattuali che abbiano - nel sopravvenuto regime di divieto - riconosciuto il diritto alla revisione. Si tratta, all'evidenza, di un accertamento che non implica alcun sindacato sull'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione ed è quindi, secondo le ordinarie regole di riparto della giurisdizione, devoluto al giudice ordinario, il quale dovrà verificare se una clausola che preveda la revisione prezzi sia contraria a una norma imperativa, e sia pertanto nulla ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., comma 1. Anche se si volesse ricondurre la controversia ad un rapporto di pubblico servizio, la giurisdizione, in difetto di attività discrezionali - autoritative, e non potendo configurarsi un'ipotesi di concessione poichè si tratta di contratto d'appalto, non potrebbe ritenersi devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, come modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7, secondo le regole tracciate dalla sentenza n. 204/2005 della Corte Costituzionale."

Attualmente la disciplina economica dei lavori pubblici è contenuta nell'art. 133, rubricato " *Termini di adempimento, penali, adeguamenti dei prezzi*", che ha recepito l'art. 26, L. 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m.i..

(2-4) In senso conforme alla quarta massima, CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE QUARTA - Sentenza 20 settembre 2006, n. 5497, secondo cui la revisione prezzi di cui all'art. 44 l. n. 724 del 1994, può operare solo per i contratti ad esecuzione periodica o continuativa la cui effettiva durata non sia inferiore a sei mesi, essendo semestrale il termine (30 giugno e 31 dicembre di ogni anno) di pubblicazione degli elenchi dei prezzi rilevati che rappresentano il necessario ed indispensabile elemento di riferimento per l'attività istruttoria finalizzata all'accertamento da parte della p.a. delle variazioni di prezzo eventualmente giustificatrici della revisione dei prezzi.

Tale indirizzo, recepito dal Collegio sardo, pare di dubbia coerenza, oltre che il tenore letterale della norma, con la qualificazione di diritto soggettivo della pretesa alla revisione, che, a ben vedere, non tollera valutazioni aprioristiche in ordine alla durata del contratto ed alla cadenza della pubblicazione degli elenchi prezzi.

Al di là della qualificazione della situazione soggettiva dell'imprenditore, poi, la ritenuta applicabilità del compenso revisionale solo ai contratti di durata almeno semestrale non sembra aderente alla realtà applicativa del dato normativo.

Al riguardo appaiono significative le considerazioni, che si trovano in Consiglio di Stato n. 2786/2008, secondo cui:

- il meccanismo di rilevazione dei prezzi, su base semestrale, di cui ai commi 4 e 6 dell'art. 6, L. n. 537/93 è rimasto sostanzialmente inattuato ed è stato sostituito, nella prassi, dal ricorso all'indice F.O.I. (come noto, l'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, oggetto di una rilevazione e pubblicazione su base mensile; sul punto, v. anche T.A.R. PUGLIA - LECCE - SEZIONE II - Sentenza 19 luglio 2006, n. 4027, secondo cui in mancanza di dati semestrali, la revisione dei prezzi deve essere operata "sulla base dell'indice di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (cd FOI) mensilmente pubblicato dall'ISTAT (Consiglio di Stato, sez. V, 8 maggio 2002 n. 2461; Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2002, n. 4801; Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373)";

- l'indice F.O.I. segna soltanto un limite massimo oltre il quale, salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall'impresa, non può spingersi nella determinazione del compenso revisionale, ma non esonera la stazione appaltante dal dovere di istruire il procedimento tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto al fine di esprimere la propria determinazione discrezionale.

Sembra muoversi nella stessa direzione anche CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE QUINTA - Sentenza 14 dicembre 2006 n. 7461, secondo cui " *I due periodi del 4° comma dell'art. 6 l. n. 537/1993 enunciano principi di estrema chiarezza: il primo impone la revisione periodica del prezzo di tutti i contratti pubblici ad esecuzione periodica e continuativa, il secondo stabilisce che l'entità di tale revisione deve scaturire dagli esiti di un'apposita istruttoria condotta dall'amministrazione; orbene, è vero che il successivo 6° comma individua all'uopo alcuni parametri statistici ai quali ancorare le valutazioni amministrative in materia, ma emerge con altrettanta evidenza che siffatto «modello istruttorio» è stato disciplinato dal legislatore soltanto al fine di «orientare» (così è l'incipit del comma) l'operato della parte pubblica.* ".

(3) E' controverso in giurisprudenza se il diritto alla revisione spetti o meno in sede di rinnovo: per la positiva, CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 6 settembre 2007 n. 4679; per la negativa, T.A.R. PUGLIA - LECCE - SEZIONE II - Sentenza 14 settembre 2007 n. 3239, entrambe in questa rivista.

In motivazione, conforme alla terza massima v. CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE SESTA - Sentenza 25 luglio 2006 n. 4640, secondo cui l'impresa che ha beneficiato di una speciale disposizione che prevede la possibilità di rinnovo del contratto senza gara a condizione di una concordata riduzione del prezzo non può poi pretendere di applicare allo stesso contratto il meccanismo della revisione dei prezzi, che condurrebbe ad effetti del tutto opposti rispetto alla pattuita riduzione del corrispettivo. Tuttavia, in senso contrario, v. T.R.G.A. - SEZIONE DI TRENTO - Sentenza 14 aprile 2005 n. 102, in questa rivista, secondo cui la revisione prezzi è senza limiti ed è, quindi, applicabile anche nel caso in cui all'atto di rinnovo contrattuale sia stato applicato uno sconto del 3%, non potendo presumersi la volontà di rinunciare al diritto in questione per il solo fatto di aver accettato uno sconto funzionale al rinnovo contrattuale. (A. Faccon)