

Pubblicato il 05/06/2023

N. 01400/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00730/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 730 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Siram S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Clarizia, Mario Pagliarulo, Andrea Bonanni, Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Milano, via Freguglia, 1 e con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

nei confronti

Provincia di Lecco, Comune di Romano di Lombardia, Comune di Costa Volpino, Comune di Milano, Provincia di Bergamo, Comune di Novate Milanese, Comune di Gallarate, Comune di Caselle Landi, Comune di Bollate, Comune di San Rocco al Porto, Comune di Paderno Dugnano, Comune di Nuvolera, Comune di Nuvolento, Corte D'Appello di Milano, Comune di

Mariano Comense, Comune di Cinisello Balsamo, Comune di Arese, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Giustizia, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Assistal – Associazione Nazionale Costruttori di Impianti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Arrigo Varlaro Sinisi, Giovanna Fersurella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Assistal – Associazione Nazionale Costruttori di Impianti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Arrigo Varlaro Sinisi, Giovanna Fersurella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Arrigo Varlaro Sinisi in Roma, via Sebino n. 29;

per l'annullamento

1) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- in parte qua dell'“Allegato D”, in tema di “Corrispettivi e Tariffe”, alla “Convenzione per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni” (ai sensi dell'articolo 26, L. n. 488/1999 e dell'art. 58, L. n. 388/2000, ed. n. 3, id 1178, SIE 3, lotto 2, cig 4227546950), pubblicato da Consip s.p.a. sul portale “acquistinretepa” in data successiva al 27.1.2022, segnatamente nella parte in cui - ai fini della revisione dei prezzi unitari della componente energetica “E”, in relazione al IV° trimestre 2021 - ha definito le voci “A.M”, “A.T”, “Ab.M” e “Ab.T”, tenendo conto delle previsioni introdotte dall'art. 2, comma 1, D.L. n. 130/2021 (conv. L. 171/21) in materia di IVA;
- della determinazione, di estremi e contenuti sconosciuti, con la quale Consip s.p.a. ha approvato il suddetto “Allegato D”;
- di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e comunque consequenziale.

2) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Siram S.p.A. il 23/6/2022:

in parte qua dell'“Allegato D” (doc. 1), in tema di “Corrispettivi e Tariffe”, alla “Convenzione per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni” (ai sensi dell'articolo 26, L. n. 488/1999 e dell'art. 58, L. n. 388/2000, ed. n. 3, id 1178, SIE 3, lotto 2, cig 4227546950), pubblicato da Consip s.p.a. sul portale “acquistinretepa” in data successiva al 23.4.2022, segnatamente nella parte in cui - ai fini della revisione dei prezzi unitari della componente energetica “E”, in relazione al I trimestre 2022 - ha definito le voci “A.M”, “A.T”, “Ab.M” e “Ab.T”, tenendo conto, a decorrere dal IV trimestre 2021, delle previsioni introdotte dall'art. 2, comma 1, D.L. n. 130/2021 (conv. L. 171/21) e dall'art. 1, comma 506, della legge n. 234/2021 in materia di IVA;

- della determinazione, di estremi e contenuti sconosciuti, con la quale Consip s.p.a. ha approvato il suddetto “Allegato D”;

- di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e comunque consequenziale;

nonché

- si opus sit, per la declaratoria di parziale nullità dell'art. 12.7.2 del Capitolato tecnico (doc. 2);

nonché

- per l'accertamento del diritto della ricorrente Siram S.p.a. alla revisione e all'adeguamento del corrispettivo alla stessa dovuto per il I trimestre 2022, in relazione all'esecuzione della Convenzione stipulata con Consip S.p.a. avente ad oggetto “l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni” (ai sensi dell'articolo 26, L. n. 488/1999 e dell'art. 58, L. n. 388/2000, ed. n. 3, id 1178, SIE 3, lotto 2, cig 4227546950) e dei relativi contratti attuativi in essere con le amministrazioni aderenti, nella corretta misura quantificata nel presente atto e/o comunque risultante dalla corretta applicazione della formula di revisione prezzi, di cui all'art. 12.7 del

Capitolato Tecnico, come richiesto dalla ricorrente, oppure nel diverso importo ritenuto di giustizia;

- per la condanna di Consip S.p.a. a rideterminare l'indice di riferimento "Ir" di cui all'art. 12.7.2 del capitolato tecnico, in relazione al I trimestre 2022, nella misura e comunque secondo i criteri indicati nel presente atto e, per l'effetto, a rideterminare i corrispettivi e le tariffe nella corretta misura quantificata nel presente atto e/o comunque risultante dalla corretta applicazione della formula di revisione prezzi, di cui all'art. 12.7 del Capitolato Tecnico, come richiesto dalla ricorrente, oppure nel diverso importo ritenuto di giustizia.

3) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Siram S.p.A. il 9/11/2022:

- in parte qua degli allegati "D", in tema di "Corrispettivi e Tariffe", alla "Convenzione per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni" (ai sensi dell'articolo 26, L. n. 488/1999 e dell'art. 58, L. n. 388/2000, ed. n. 3, id 1178, SIE 3, lotto 2, cig 4227546950), pubblicati - da Consip s.p.a. sul portale "acquistinretepa" - in data successiva al 27.1.2022 (in relazione al IV° trimestre 2021), nonché in data successiva al 23.4.2022 (in relazione al I° trimestre 2022), nonché in data successiva al 4.8.2022 (in relazione al II° trimestre 2022);

- della determinazione, di estremi e contenuti sconosciuti, con la quale Consip s.p.a. ha approvato i suddetti "Allegato D";

- di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e comunque consequenziale.

4) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Siram S.p.A. il 2/1/2023:

- in parte qua degli allegati "D", in tema di "Corrispettivi e Tariffe", alla "Convenzione per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni" (ai sensi dell'articolo 26, L. n. 488/1999 e dell'art. 58, L. n. 388/2000, ed. n. 3, id 1178, SIE 3, lotto 2, cig 4227546950),

pubblicati - da Consip s.p.a. sul portale “acquistinretepa” - in data successiva al 27.1.2022 (in relazione al IV trimestre 2021), nonché in data successiva al 23.4.2022 (in relazione al I trimestre 2022), nonché in data successiva al 4.8.2022 (in relazione al II trimestre 2022), nonché in data successiva al 25.10.2022 (in relazione al III trimestre 2022);

- delle determinazioni, di estremi e contenuti sconosciuti, con la quale Consip s.p.a. ha approvato i suddetti “Allegato D”;

- di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e comunque consequenziale;

nonché

- si opus sit, per la declaratoria di parziale nullità dell’art. 12.7.2 del Capitolato tecnico;

nonché

- per l’accertamento del diritto della ricorrente Siram S.p.a. alla revisione e all’adeguamento del corrispettivo alla stessa dovuto a decorrere dal IV trimestre 2021, in relazione all’esecuzione della Convenzione stipulata con Consip S.p.a. avente ad oggetto “l’affidamento del Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni” (ai sensi dell’articolo 26, L. n. 488/1999 e dell’art. 58, L. n. 388/2000, ed. n. 3, id 1178, SIE 3, lotto 2, cig 4227546950) e dei relativi contratti attuativi in essere con le amministrazioni aderenti, nella corretta misura quantificata nel presente atto e/o comunque risultante dalla corretta applicazione della formula di revisione prezzi, di cui all’art. 12.7 del Capitolato Tecnico, come richiesto dalla ricorrente, oppure nel diverso importo ritenuto di giustizia;

- per la condanna di Consip S.p.a. a rideterminare l’indice di riferimento “Ir” di cui all’art. 12.7.2 del capitolato tecnico, a decorrere dal IV trimestre 2021, nella misura e comunque secondo i criteri indicati nel presente atto e, per l’effetto, a rideterminare i corrispettivi e le tariffe nella corretta misura quantificata nel presente atto e/o comunque risultante dalla corretta applicazione della formula di revisione prezzi, di cui all’art. 12.7 del

Capitolato Tecnico, come richiesto dalla ricorrente, oppure nel diverso importo ritenuto di giustizia.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2023 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che:

- il 23.05.2012, Consip S.p.a. indiceva una gara per l'affidamento del servizio Integrato Energia per le pubbliche amministrazioni;
- Siram S.p.a. conseguiva l'aggiudicazione in relazione al Lotto n. 2 e il 3.2.2020 sottoscriveva con Consip S.p.a. la relativa Convenzione;
- l'art. 1 del Disciplinare di gara stabiliva che i servizi oggetto di appalto [erano] remunerati attraverso il pagamento di un canone forfetario di cui al paragrafo 12 del Capitolato Tecnico;
- l'art. 12.6 del Capitolato Tecnico prevedeva che all'Assuntore fosse riconosciuto un corrispettivo trimestrale, nei termini e alle condizioni indicate nello Schema di Convenzione, comprensivo di tutte le prestazioni stabilite dal presente capitolato e attivate dall'Amministrazione;
- trattandosi di un contratto a esecuzione periodica e continuativa, si faceva applicazione del meccanismo di revisione periodica del prezzo di cui all'art. 115 del D.lgs. 163/2006;
- l'art. 12.7 del Capitolato Tecnico disciplinava la revisione prezzi unitari e stabiliva che la stessa avvenisse separatamente per i prezzi unitari per la componente energetica e per i prezzi unitari per la componente gestione, conduzione e manutenzione;

- in relazione alla Componente energetica, considerata quale elemento costitutivo del canone annuo, che rappresenta il corrispettivo per i servizi offerti da Siram, l'art. 12.7.2 prevedeva che il calcolo dei prezzi unitari per i vettori energetici fosse sottoposto a revisione trimestrale, da effettuare attraverso il calcolo dell'indice di riferimento (di seguito Ir);
- in relazione agli Impianti del Servizio Energia "A", l'Ir è pari alla media dei valori GASn e GAS n-1, dove GASn è la media pesata dei prezzi del gas naturale, incluse le imposte, definita da AEGG (oggi ARERA) per le utenze con consumi inferiori a 1.400 mc/anno, e GASn-1 è la media pesata dei prezzi del gas naturale, incluse le imposte, definita per le medesime utenze ma nel trimestre precedente a quello di riferimento;
- l'art. 10 della Convenzione stabiliva che i corrispettivi dovuti al Fornitore dalle singole Amministrazioni, calcolati secondo il meccanismo revisionale suesposto, fossero indicati nell'offerta economica e nel documento riepilogativo Allegato "D", che veniva aggiornato da Consip con cadenza trimestrale e pubblicato sul sito [acquistinretepa](http://acquistinretepa.it);

2) Con un primo gruppo di censure, la ricorrente chiede l'annullamento dell'Allegato "D", pubblicato da Consip sul sito [acquistinretepa](http://acquistinretepa.it) in data successiva al 27.01.2022, nella parte in cui, nel calcolare la revisione dei prezzi unitari della componente energetica "E" per il IV trimestre 2021, ha previsto la riduzione della quota relativa alle "imposte", in applicazione dall'art. 2 c. 1 del D.L. 130/2021 in materia di IVA.

In particolare, si sostiene che il calcolo dell'indice revisionale applicabile al IV trimestre 2021 sia stato erroneamente determinato, perché, tra le imposte considerate nel calcolo dei valori GASn e GASn-1, Consip ha ritenuto di includere anche l'IVA, applicando la percentuale del 5% per la stessa stabilita dall'art. 2 c. 1 del D.L. 130/2021 per i contratti di somministrazione di gas metano per usi civili e industriali di cui all'art. 26 c. 1 del d.lgs. 504/1995.

Tuttavia, tale interpretazione sarebbe contraria a buona fede e correttezza, nonché al criterio ermeneutico funzionale, essendo l'IVA un'imposta neutra, il

cui costo grava sull'utente finale e non sull'operatore economico.

L'interpretazione di Consip avrebbe conseguentemente comportato una riduzione ingiusta del corrispettivo maturato dalla ricorrente che invece sarebbe pari, per il solo IV trimestre 2021, a € 1.434.852,82.

In subordine, la ricorrente chiede di dichiarare la nullità dell'art.12.7.2 del Capitolato Tecnico per violazione degli artt. 115 e 7, comma 4 lett. c) e comma 5 del D.lgs. 163/2006, nonché dell'art. 1419 c.c., nella parte in cui include l'IVA tra gli elementi da considerare ai fini della revisione dei prezzi unitari della componente energetica "E".

La ricorrente sostiene che la disciplina in materia di revisione dei prezzi abbia carattere imperativo, essendo volta a garantire l'equilibrio contrattuale e ad evitare il rischio di un ingiustificato arricchimento in capo alla stazione appaltante.

Si conclude, pertanto, per l'annullamento degli atti suindicati e per il conseguente accertamento del diritto della ricorrente all'adeguamento del corrispettivo alla stessa dovuto per il IV trimestre 2021.

Con la proposizione di più ricorsi per motivi aggiunti, Siram s.p.a. ripropone le censure suesposte anche con riferimento al I, II e III trimestre del 2022.

Con riferimento al II e al III trimestre del 2022, la ricorrente espone che il calcolo dell'indice revisionale Ir sarebbe erroneo anche sotto un altro profilo.

In particolare, si sostiene che Consip abbia illegittimamente considerato, nella componente correlata alla voce "Spesa per oneri di sistema", la tariffa UG2c, a compensazione dei costi di commercializzazione della vendita al dettaglio di gas naturale, finalizzata a contemperare gli obiettivi di contenimento della spesa dei clienti finali con bassi consumi.

Tale componente è stata aggiornata con la Deliberazione ARERA del 30 marzo 2022 n. 148/2022/r/gas, attraverso l'applicazione di una componente di segno negativo agli scaglioni di consumo con valore massimo fissato a 5.000 Smc/annui.

Sostiene la ricorrente che questo ulteriore decremento, operato sulla base dell'applicazione della tariffa UG2c ai servizi offerti da Siram S.p.a., troverebbe applicazione unicamente per clienti finali con bassi consumi e di piccole dimensioni, rispetto ai quali sussiste l'esigenza di contenimento della spesa del gas naturale.

3) Parte resistente eccepisce, in via pregiudiziale, l'incompetenza territoriale del Tribunale adito a favore del T.A.R. Lazio, nonché l'inammissibilità del ricorso.

3.1) L'eccezione di incompetenza territoriale sollevata da Consip spa non può essere condivisa, in quanto, come già evidenziato in sede cautelare:

- un bando di gara pubblica suddiviso in lotti – come nel caso di specie - è un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione (Consiglio di Stato, sez. III, 21 febbraio 2022, n. 1281; Consiglio di Stato, sez. III, 13 aprile 2021, n. 3023; Consiglio di Stato sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481);

- ai sensi dell'art. 13, comma 1, c.p.a. “sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede”;

- ai fini dell'individuazione del tribunale amministrativo competente a conoscere del ricorso avverso gli atti di una procedura di evidenza pubblica (ivi compresi eventuali provvedimenti di esclusione), deve aversi riguardo al luogo di produzione degli effetti diretti cui è preordinato l'atto finale della procedura, ossia all'ambito territoriale di esplicazione dell'attività dell'impresa aggiudicataria conseguente all'emanazione dell'atto di aggiudicazione e alla

stipula contrattuale indipendentemente dalla sede della stazione appaltante, dal luogo di svolgimento delle operazioni di gara e dalla sede dei partecipanti alla gara (cfr. ex multis: Tar Lazio, sez. I, ordinanza n. 10172/2017; Tar Calabria, sez. I, 12 dicembre 2018, n. 739);

- avuto riguardo al criterio degli “effetti diretti dell’atto” (derogatorio di quello della sede dell’ente), nella fattispecie in esame non può che rilevarsi la competenza di questo Tar, attenendo la controversia all’affidamento dello specifico lotto da eseguirsi nell’ambito della circoscrizione di questo Tribunale.

Ne consegue l’infondatezza dell’eccezione in esame.

3.2) Deve essere altresì respinta l’eccezione di inammissibilità del ricorso, formulata dalla parte resistente in ragione della ritenuta tardività dell’impugnazione della clausola revisionale.

Alla luce di un consolidato orientamento giurisprudenziale (Cons. di Stato, A.P. 1/2003, id. A.P. 4/2018, Cons. di Stato n. 1491/2019), le clausole del bando ritenute illegittime devono essere impugnate unitamente al provvedimento che rende concreta e attuale la lesione della posizione giuridica dell’offerente (id est il provvedimento di esclusione dalla gara o l’aggiudicazione del terzo), a meno che tali clausole non siano immediatamente escludenti.

Quest’ultima ipotesi si verifica quando una clausola preclude ab origine la partecipazione alla procedura di gara, nella misura in cui, mancando una fase valutativa in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti di partecipazione, il concorrente, sin dall’origine, non ha alcuna chance di ottenere l’aggiudicazione del contratto.

La clausola è altresì immediatamente escludente quando prevede “disposizioni abnormi o irragionevoli, condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale obiettivamente non conveniente, imposizione di obblighi contra jus, gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta, formule matematiche errate”, che rendano la

partecipazione inutile, contra jus o eccessivamente gravosa (Cons. di Stato, A.P., 26 aprile 2018, n. 4).

Nel caso di specie, la clausola revisionale è priva delle caratteristiche che ne legittimano l'immediata contestazione, perché non incide sui requisiti di partecipazione alla gara, ma si limita a intervenire sull'oscillazione del prezzo del gas naturale, al fine di preservare l'equilibrio negoziale in corso di esecuzione del contratto.

Né, del resto, può essere condivisa la tesi secondo cui la partecipazione alla gara implica la tacita accettazione delle regole della procedura prive di immediata lesività, essendo le stesse sempre impugnabili unitamente al successivo atto pregiudizievole di cui rappresentano il presupposto giuridico.

Va pertanto ribadita l'infondatezza della censura in esame, in relazione a tutti i semestri oggetto di contestazione.

4) Con il primo motivo di impugnazione la ricorrente sostiene che il calcolo dell'indice revisionale operato dall'Amministrazione ai fini della revisione del prezzo in relazione al IV trimestre 2021, nonché al I, II e III trimestre 2022, sia inesatto.

La stazione appaltante avrebbe erroneamente considerato, ai fini della revisione del prezzo, un decremento dei costi correlati alla voce "imposte" determinato dall'incidenza delle misure introdotte dall'art. 2, comma 1, del decreto-legge n. 130/2021, che hanno ridotto al 5% l'aliquota IVA applicabile alle forniture di gas metano.

Tale decurtazione è illegittima in quanto in contraddizione con la ratio e con la funzione del meccanismo revisionale, perché la revisione dei prezzi si giustifica solo in relazione a uno squilibrio dei costi effettivamente sostenuti, che incidono sull'utile di impresa, mentre l'IVA corrisposta dall'appaltatore del servizio integrato Energia integra un fattore neutro, e, pertanto, irrilevante ai fini di tale calcolo.

La censura è fondata.

4.1) Va preliminarmente rammentato che l'istituto della revisione dei prezzi ha una duplice finalità: da un lato tutela l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non subiscano una diminuzione qualitativa a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, con ciò impedendo al fornitore di farvi fronte (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 435 del 18 febbraio 2021; Cons. di Stato, Sez. VI, n. 2295 del 7 maggio 2015; Cons. di Stato, Sez. V, n. 3994 del 20 agosto 2008; Cons. di Stato, Sez. III, n. 4985 del 20 agosto 2018); dall'altro garantisce l'equilibrio contrattuale del rapporto negoziale di durata, evitando che il corrispettivo della prestazione pattuita subisca aumenti incontrollati (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, n. 2052 del 23 aprile 2014; Cons. di Stato, Sez. III, n. 1074 del 4 marzo 2015).

Di conseguenza, l'art. 115 del d.lgs. 163/2006 rappresenta un rimedio conservativo dell'equilibrio economico del contratto, volto a gestire le sopravvenienze giuridicamente rilevanti, intervenute nel corso di un rapporto contrattuale di durata (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 435 del 18 febbraio 2021; cfr. Corte Cost. 447/2006).

Il meccanismo revisionale opera sulla base di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, che è espressione di un potere autoritativo di carattere tecnico-discrezionale (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, n. 4207 del 6 agosto 2014; id. Sez. V, n. 4444 del 3 agosto 2012).

La ratio dell'istituto ora richiamata impone che l'attività amministrativa volta al riconoscimento e alla quantificazione del compenso tenga conto dello squilibrio effettivamente verificatosi a causa di fatti sopravvenuti e, pertanto, dei costi realmente sostenuti dall'impresa, per evitare che attraverso la revisione del prezzo si realizzi un ingiustificato arricchimento in favore della controparte.

Alla clausola di revisione prezzi si applicano i criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1362 e ss. c.c. in ordine all'interpretazione del contratto, che, in generale,

si estendono anche agli atti amministrativi, compresi i bandi di gara (Consiglio di Stato sez. III, 23/11/2022, n.10301; Consiglio di Stato sez. V, 17/07/2020, n. 4599).

A tal proposito, l'elemento letterale, pur assumendo funzione fondamentale nella ricerca della effettiva volontà delle parti, deve essere considerato congiuntamente agli ulteriori criteri e, in particolare, a quelli dell'interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c. e dell'interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c., avuto riguardo allo "scopo pratico" perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto, e quindi alla relativa "causa concreta" (Cass. Civ., Sez. 3, Ordinanza n. 34795 del 17/11/2021).

L'art. 1366 c.c. impone di interpretare le clausole del contratto secondo buona fede mentre, a norma dell'art.1369 c.c., le clausole suscettibili di assumere più significati devono essere intese in modo più conforme alla natura e all'oggetto del contratto (c.d. criterio funzionale).

Il dovere di comportarsi secondo buona fede oggettiva – che è espressione del canone di solidarietà sociale enunciato dall'art. 2 Cost. – esprime un principio generale dell'ordinamento, che impone di compiere quanto necessario o utile a tutelare gli interessi della controparte, nei limiti di un proprio apprezzabile sacrificio.

Sul punto, la Relazione ministeriale al codice civile specifica il perimetro del principio di buona fede, il quale “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”.

Esso dunque non solo è fonte di obbligazioni a partire dalla fase precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.) sino a quella esecutiva del contratto (artt. 1375 e 1175 c.c.), ma coinvolge altresì l'interpretazione dell'accordo negoziale.

Quale strumento ermeneutico, la buona fede si sostanzia nel “non suscitare falsi affidamenti e nel non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nella

controparte contrattuale” (Cass., Sez. III, n. 6675 del 19.03.2018; Cass., Sez. III, n. 11295 del 23/05/2011).

Assume dunque fondamentale rilievo che il contratto venga interpretato avuto riguardo alla sua ratio, alla sua ragione pratica, in coerenza con gli interessi che le parti hanno specificamente inteso tutelare mediante la stipulazione contrattuale (Cass., n. 23701 del 22/11/2016).

Le considerazioni che precedono permettono di superare interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non rispondenti al significato conforme alla ragion pratica o causa concreta del negozio (Cass., Sez. III, n. 23701/2016).

Il criterio ermeneutico di cui all’art. 1366 c.c. va quindi letto in combinato disposto con il criterio c.d. funzionale di cui al successivo art. 1369 c.c., secondo il quale “le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all’oggetto del contratto”.

La norma citata guarda alla complessiva funzione economica perseguita dai contraenti e, nel dubbio, attribuisce al negozio il senso più consono alla sua funzione concreta e agli effetti essenziali divisati dalle parti.

In definitiva, i suddetti criteri servono per individuare, fra i vari significati di una clausola, quello che risulta più prevedibile e determinabile secondo una valutazione ex ante, nonché il più rispondente allo scopo concreto perseguito dai contraenti.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte precisato che l’interpretazione secondo buona fede e quella c.d. funzionale del contratto, storicamente elaborate nel settore del diritto civile delle obbligazioni e dei contratti, trova piena cittadinanza nel diritto amministrativo, ogniqualvolta la formulazione di atti amministrativi dia adito a dubbi ermeneutici.

In questo senso, è stato osservato che “gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di

buon andamento, che impone alla P.a. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative” (Cons. di Stato, Sez. V, 29/07/2022, n. 6699; Cons. di Stato, Sez. V, 16/01/2013, n. 238; Cons. di Stato, 05/09/2011, n. 4980).

Applicando al caso di specie le coordinate ermeneutiche suesposte, il Tribunale evidenzia che l’interpretazione fornita da Consip S.p.a. al criterio di calcolo dell’indice di riferimento Ir contenuto nell’ “Allegato D”, nella parte in cui considera l’IVA tra le imposte rilevanti ai fini dei valori GASn e GASn-1, si pone in contrasto tanto con il criterio che impone una interpretazione secondo buona fede (1366 c.c.) quanto con quello funzionale di cui all’art. 1369.

In particolare, la clausola revisionale, per come interpretata dall’Amministrazione, viola l’art. 115 del D.lgs. n. 163/06, contravvenendo alla ratio sottesa all’istituto della revisione prezzi volto a garantire la sussistenza, per tutta la durata del rapporto contrattuale, del medesimo equilibrio economico instaurato tra le parti all’atto della stipulazione del contratto (Tar Lazio, Sez. III, n. 12875 del 10.10.2022).

Non si può infatti ritenere che le variazioni relative al regime IVA vadano a determinare fluttuazioni economiche rilevanti per l’operatore del mercato, né per la stazione appaltante, essendo al più modifiche “a somma zero”; l’IVA infatti è un’imposta c.d. neutra, il cui costo grava esclusivamente sul consumatore finale (nel caso di specie, le pubbliche amministrazioni destinatarie dell’affidamento del servizio integrato energia).

Conseguentemente, essa non può costituire un costo rilevante per il fornitore-appaltatore, anello centrale della catena tenuto a indicare tanto l’IVA a debito, per i beni e servizi da lui acquistati, quanto l’IVA a credito per i beni ceduti e i servizi offerti.

In definitiva, a prescindere dall’aliquota applicata, l’IVA non rappresenta un costo per l’appaltatore del servizio energia e, pertanto, non va considerata

nell'ambito delle voci rilevanti ai fini del calcolo revisionale.

4.2) A ciò si aggiunga che, come condivisibilmente considerato dalla ricorrente, le misure introdotte dall'art. 2 c. 1 del D.L. 130/2021 non possono trovare applicazione al contratto in esame, perché riguardano i contratti di somministrazione di gas metano usato per combustione per usi civili e industriali e mirano ad attenuare gli effetti prodotti dall'incremento del prezzo del gas naturale a beneficio di utenti finali di piccole dimensioni.

La norma citata non trova applicazione al caso in esame, perché si riferisce unicamente ai contratti di somministrazione, ossia a quei contratti con cui, ai sensi dell'art. 1559 c.c., “una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose”.

Il contratto in esame, invece, obbliga il fornitore all'erogazione di una serie di servizi integrati, finalizzati all'efficientamento energetico degli edifici pubblici e non si traduce nella mera somministrazione di gas metano per usi civili o industriali.

Per completezza di trattazione, il Tribunale evidenzia che, l'interpretazione ora prospettata trova condivisione nel parere dell'Agenzia delle Entrate n. 284/2022, che espressamente evidenzia che “il contratto servizio energia, come disciplinato dal d.lgs. n. 115 del 2008, è finalizzato a garantire un uso razionale ed efficiente dell'energia, assicurando nel contempo la manutenzione degli impianti termici (cfr. in tal senso punto 4, comma 1, lettera l), dell'Allegato II previsto dall'art. 16, comma 4 del d.lgs. n. 115 del 2008), e si struttura in due componenti economiche: una riguarda i servizi di conduzione e manutenzione e altre prestazioni tecniche, mentre l'altra componente riguarda la fornitura di energia termica. L'elemento distintivo di tale tipologia contrattuale è caratterizzato, infatti, dalla cessione al cliente finale di energia termica, in luogo della fornitura diretta di combustibile. Nell'ambito del Contratto Servizio Energia è quindi il fornitore ad acquistare i combustibili al fine di impiegarli nella generazione di calore, che viene venduto all'utenza finale. Alla luce di quanto riportato, si ritiene che tale

tipologia contrattuale preveda e si concretizzi nella cessione al cliente finale di energia termica e non, direttamente, la “somministrazione di gas metano usato per combustione per usi civili e industriali”, come invece previsto dall’articolo 2 del decreto legge n. 130 del 2021 e dal successivo articolo 1, comma 506, della legge n. 234 del 2021. Si ritiene, pertanto, non applicabile a tale fattispecie avente ad oggetto la cessione di energia termica tramite contratti di servizio energia, l’aliquota IVA agevolata del 5 per cento prevista sulla base di tale normativa”.

Sul punto, non è condivisibile la tesi prospettata da Consip S.p.a. laddove sostiene che la clausola revisionale vada riferita anche all’IVA perché in passato erano state interamente recepite nel calcolo dell’indice di riferimento le variazioni dell’aliquota IVA favorevoli al ricorrente, che nulla aveva contestato in proposito.

Invero, la circostanza che Consip abbia considerato l’IVA nelle precedenti revisioni dei prezzi favorevoli all’operatore non supera l’accertata illegittimità della clausola revisionale così interpretata.

Parimenti, non esclude la sussistenza dell’interesse concreto ed attuale all’impugnazione della clausola, atteso che, solo le determinazioni contestate hanno inciso in modo pregiudizievole sulla sfera giuridica del ricorrente.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame.

La fondatezza della doglianza ora esaminata preclude la trattazione delle successive proposte in via meramente subordinata con il ricorso principale.

5) Con il secondo e il terzo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente contesta, ancora con riferimento al calcolo dell’indice revisionale riferito al II e al III trimestre 2022, che Consip ha considerato un inesistente decremento della componente correlata alla voce “spesa per oneri di sistema”, generato dalle misure introdotte con Deliberazione ARERA n. 148/2022, che ha inciso sulla componente tariffaria UG2c.

La determinazione n. 148/2022 ARERA assume che: “nell’ambito del servizio di distribuzione trova applicazione la componente UG2c, articolata

nell'elemento UG2c, a compensazione dei costi di commercializzazione della vendita al dettaglio di gas naturale, espresso in euro per punto di riconsegna e in centesimi di euro per standard metro cubo, differenziato per scaglioni di consumo e finalizzato a contemperare gli obiettivi di contenimento della spesa dei clienti finali con bassi consumi e di garanzia di remunerazione degli esercenti, e nell'elemento UG2k a copertura degli oneri connessi alla rideterminazione delle condizioni economiche del servizio di tutela per il biennio 2010-2012, in ottemperanza alle sentenze del Consiglio di Stato 4825/2016 e del TAR Lombardia 38/20200; le attuali esigenze congiunturali e le tensioni che si registrano nel settore rendono necessario intervenire con urgenza, anticipando i possibili effetti a beneficio della clientela finale; sia urgente trasferire fin da subito alla generalità dei clienti finali di piccole dimensioni i potenziali benefici derivanti dalle misure che potrebbero essere adottate, anche in seguito agli esiti della prima attività di monitoraggio dell'Autorità".

Sulla base di tali presupposti, ARERA ha ritenuto necessario aggiornare l'aliquota dell'elemento UG2c, attraverso l'applicazione di una componente di segno negativo agli scaglioni di consumo con valore massimo fissato a 5.000 Smc/annui, e ha conseguentemente applicato tale misura ai rapporti intestati a Siram.

Al contrario, a detta della ricorrente, la delibera ARERA sopra citata incide unicamente sugli scaglioni di consumo fino al valore massimo di 5.000 smc/annui e quindi non si applica alle utenze volturate da Siram, che invece superano la soglia del 4° scaglione e alcune eccedono anche il 7° (oltre 200.000 smc/anno).

Né – si aggiunge – tale misura può trovare fondamento nell'art. 12.7 del Capitolato tecnico, ove si richiama la media pesata dei prezzi unitari del gas naturale come “definiti dall'AEEG per le utenze con consumi inferiori a 1.400 m³/anno”.

La censura merita accoglimento.

In particolare, il Tribunale evidenzia l'erronea applicazione, da parte di Consip, dell'indice revisionale "Ir", calcolato al netto della riduzione della componente tariffaria UG2c.

Come condivisibilmente sostenuto da Siram, la delibera ARERA sopra citata incide esclusivamente sugli scaglioni di consumo fino al valore massimo di 5.000 smc/annui, nei quali non rientrano le utenze volturate da parte ricorrente, che invece superano abbondantemente tale soglia.

Il riconoscimento di un decremento correlato alla voce "spesa per oneri di sistema", operato sulla base dell'applicazione della componente UG2c alle utenze intestate a Siram, si traduce in un illegittimo depauperamento in danno di quest'ultima, contrariamente alla ratio della misura disposta da ARERA.

Invero, l'intervento dell'Autorità di regolazione del mercato dell'energia ha lo scopo di contenere la spesa dei clienti finali con bassi consumi e di piccole dimensioni, attraverso una riduzione del costo di approvvigionamento del gas a beneficio di questi ultimi.

Questa esigenza, tuttavia, non si riscontra nei rapporti intestati a Siram, affatto diversi da quelli considerati dalla delibera ARERA, in quanto involgenti un'impresa di grandi dimensioni, la quale voltura utenze che in alcuni casi eccedono finanche il 7° scaglione (oltre 200.000 Smc/anno).

L'interpretazione assunta da Consip S.p.a., e la conseguente decurtazione operata sulla base dell'applicazione della componente UG2c al rapporto in esame, conduce a un calcolo errato dell'indice revisionale "Ir" e, pertanto, a un illegittimo decremento dei costi che Siram è chiamata a sostenere per l'esecuzione del contratto.

6) È altresì condivisibile l'ulteriore censura proposta dalla ricorrente, secondo cui l'applicazione della formula revisionale, per come interpretata da Consip, non può neanche trovare legittimazione nel parametro richiamato dall'art. 12.7 del Capitolato, che fa riferimento alla media pesata dei prezzi unitari del gas naturale come "definiti dall'AEGG per le utenze con consumi inferiori a 1.400 mc/anno".

La disposizione del Capitolato deve essere interpretata alla luce dei già richiamati criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. c.c.; in particolare del criterio che fa applicazione del principio generale di buona fede e di quello funzionale.

Sotto quest'ultimo profilo, è determinante rilevare che la finalità della disposizione in esame è quella di calmierare i prezzi del gas naturale per gli utenti finali di piccole dimensioni, in particolare per gli utenti domestici in regime di tutela (c.d. mercato tutelato).

Le utenze intestate a Siram, al contrario, esulano da tale logica, essendo caratterizzate da livelli di consumo che superano di gran lunga il limite dei 1400 mc/anno.

Parimenti, l'applicazione dell'art. 12.7 del Capitolato tecnico viola l'interpretazione secondo buona fede di cui al già richiamato art. 1366 c.c., perché conferisce alla disposizione un significato che suscita falsi affidamenti nella impresa aggiudicatrice.

Invero, considerare il parametro dei 1400 mc/anno un valore limite per la determinazione dell'indice revisionale "Ir" anziché una base di calcolo determina una distorsione del meccanismo revisionale e dell'equilibrio del contratto, in aperta contrarietà con la ratio dell'istituto della revisione dei prezzi, oltre che con il ragionevole affidamento riposto dal fornitore nella corretta applicazione del valore in esame (T.A.R. Lazio, Sez. III quater, n. 13695 del 25-10-2022; T.A.R. Lazio sez. III, n. 12875 del 10/10/2022).

L'interpretazione fornita da Consip S.p.a. produce l'effetto di parametrare la revisione dei prezzi non sui costi realmente sostenuti dalla ricorrente, bensì sui prezzi calmierati sostenuti dagli utenti domestici in regime di mercato c.d. tutelato.

Ritiene pertanto il Tribunale che il parametro del prezzo del gas come definito dall'ARERA per le utenze con consumi inferiori a 1.400 mc/anno costituisce la base, e non il limite, delle valutazioni in ordine alla variazione del

prezzo che la stazione appaltante è tenuta a condurre alla luce dei costi realmente gravanti sull'appaltatore.

Conseguentemente, la clausola de qua non trova applicazione ai rapporti intestati a Siram S.p.a.

Pertanto, gli atti impugnati devono essere annullati a decorrere dal IV trimestre 2021 e va, di conseguenza, rideterminato il compenso revisionale spettante alla ricorrente, secondo i canoni fissati nella presente decisione.

7) In definitiva, il ricorso principale e i ricorsi per motivi aggiunti sono fondati nei limiti di quanto dianzi esposto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo nei rapporti tra la società ricorrente e l'amministrazione resistente, mentre sussistono giusti motivi per compensarle nei rapporti tra le altre parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

1) accoglie il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti, nei limiti di quanto esposto in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, indicato in epigrafe, recante la determinazione della revisione prezzi;

2) condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidandole in euro 8.000,00 (ottomila), oltre accessori di legge, mentre compensa le spese nei rapporti tra le altre parti.

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

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

Antonio Vinciguerra, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO