

## CONTRATTI PUBBLICI

# La revisione prezzi della componente energia nei contratti di rendimento energetico (EPC)

**SOMMARIO:** 1. Premessa 2. Inquadramento della revisione prezzi nei contratti pubblici 3. La specialità della revisione prezzi della componente energia nei contratti EPC 4. Conclusioni.

DI ROCCO STEFFENONI

**ABSTRACT:** Nel contesto giuridico della codificazione in materia di contratti pubblici e della congiuntura macroeconomica eccezionale che ha interessato il settore energetico nel biennio 2021-2022, l'articolo intende fornire un'analisi degli strumenti revisionali della componente energia nei contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (*Energy Performance Contract-EPC*) per gli edifici pubblici. In particolare, esaminata la principale giurisprudenza di riferimento in tema di revisione prezzi, si avanza la tesi circa la specialità della revisione del vettore energetico nell'ambito dei contratti EPC attingendo altresì alle bozze di contratto e capitolato tipo per cui Anac ha terminato la propria consultazione tra settembre 2023 e luglio 2024 alla luce dei meccanismi revisionali generali previsti per gli appalti e per le concessioni. L'articolo, ribadito l'"interesse unitario", a livello di sistema sia giuridico che economico, a che vi sia e persista nell'ordinamento un generalizzato obbligo di revisione prezzi, conclude che la disciplina della revisione prezzi in relazione ai vettori energetici si caratterizza come speciale rispetto alle previsioni generali della contrattualistica pubblica di riferimento, pur rimanendo applicabili, per il resto, ai contratti EPC, in forma di appalto o concessione, le previsioni a tutela della conservazione dell'equilibrio del sinallagma contrattuale o del piano economico e finanziario.

**ABSTRACT:** *This article examines the price revision mechanisms of Energy Performance Contracts (EPCs) for public buildings as influenced by the significant macroeconomic shifts of 2021-2022 in the energy sector. It scrutinises relevant case law on price revision and the guidelines issued across 2023 and 2024 by the Italian Authority for the public procurement sector (Anac), Treasury (MEF) and Agency for energy development (ENEA). The paper argues that price revisions specific to energy vectors in EPCs presents relevant elements of speciality from the general public procurement rules. The article also advocates for a systematic approach to price revisions in EPCs addressing the complexities of volatile energy markets and economic contingencies while ensuring contractual equilibrium and financial stability.*

## 1. Premessa.

La disciplina della revisione prezzi nei contratti pubblici offre un punto di vista privilegiato del dialogo, non certo risolto, tra finanza pubblica ed esecuzione di contratti di durata. Il fenomeno, che riguarda peraltro sia gli appalti pubblici che le concessioni, pur con differenti presupposti, modalità e conseguenze, è nevralgico per gli obiettivi

della contrattualistica pubblica<sup>(1)</sup>, ormai positivamente intesa in termini di risultato<sup>(2)</sup>, oltre che per gli effetti di mercato<sup>(3)</sup> e di equilibrio di bilancio<sup>(4)</sup>.

Il presente contributo intende soffermarsi, in particolar modo, sulla revisione prezzi nell'ambito dei contratti misti, a prevalente carattere di servizi, aventi ad oggetto il rendimento energetico o prestazione energetica (c.d. *Energy Performance Contracts*, "EPC")<sup>(5)</sup>. I contratti EPC regolano le modalità per il miglioramento dell'efficienza energetica da parte di un operatore economico, qualificato come società di servizi energetici (ESCO)<sup>(6)</sup>, che sostiene un investimento, e i rendimenti attesi da quest'ultimo in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica attraverso la verifica/monitoraggio nel corso della fase esecutiva in base ad indicatori condivisi e quantificabili che tengano conto dei consumi<sup>(7)</sup>.

Nell'approfondire il tema della revisione prezzi verranno presi in esame i profili relativi all'aggiornamento del vettore energetico, mentre non verrà preso in considerazione, nel dettaglio, il diverso tema dell'aumento dei costi dei materiali quale conseguenza dell'incidenza dello scenario macroeconomico e geopolitico sull'aumento del

1 Tra le molte, si vedano le considerazioni del Consiglio di Stato nella sentenza della Terza Sezione n. 6848 del 17 luglio 2023 per cui "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" e ancora Cass. Civ., sez. I, 3 aprile 2024, n. 8718 per cui già nel 1940 il Legislatore con il Regio decreto-legge 13 giugno 1940, n. 901 aveva avvertito sì "l'esigenza di una rivisitazione dei prezzi così da adeguarli al mercato" ma "al contempo, di evitarne la lievitazione incontrollata con pregiudizio per l'Erario". A livello più micro, sui profili di squilibrio, invece, del quadro finanziario della commessa in ragione della revisione prezzi, si veda Cons. St, Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7756 e le ivi richiamate decisioni id., n. 2052/2014; id., Sez. III, n. 1074/2015; id., Sez. V, n. 4079/2009; id., Sez. III, n. 4827/2018. Si veda anche *infra* nt 34.

2 Art. 1, Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice 2023). Circa la qualifica del principio di risultato come "criterio prioritario di bilanciamento" si veda la Consiglio di Stato, *Relazione agli articoli e agli allegati*, 7 dicembre 2022, 11 (Relazione Consiglio di Stato 2022). In relazione agli obiettivi per la pubblica amministrazione, si richiamano, tra l'altro, il Piano d'azione italiano per l'efficienza energetica (PAEE) del giugno 2017; il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (CAM) dell'agosto 2023; Programma di interventi per il miglioramento della prestazione energetica degli immobili della pubblica amministrazione centrale (PREPAC) del 2023.

3 M. CAPPELLETTI, L. M. GIUFFRIDA e G., Banca d'Italia, Temi di discussione (Working papers), *L'effetto delle commesse pubbliche sulla sopravvivenza delle imprese (Procuring survival)*, febbraio 2024. Sulla riconduzione da parte della Corte costituzionale della disciplina dell'istituto della revisione prezzi tra le "norme fondamentali di riforma economico-sociale" in quanto rappresentativo di un "interesse unitario, afferendo a scelte legislative di carattere generale che implicano «valutazioni politiche e riflessi finanziari»" si veda Corte cost. sent. 28 dicembre 2006, n. 447 (e similmente, id., 9 luglio 1993, n. 308).

4 Tra le molte, si veda in relazione al rapporto tra revisione prezzi ed esigenze di contenimento della spesa pubblica Cons. St., Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 935.

5 Da non confondersi con l'omonimo acronimo per i contratti di *Engineering, Procurement and Construction*. In relazione ai contratti di rendimento energetico, si vedano E. VALERIANI, *Strumenti contrattuali per la Missione «Rivoluzione verde e transizione ecologica»: il ruolo degli energy performance contracts*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 377-407; *Id.* (a cura di), *Energy performance contracts. Modelli e strategie per la riqualificazione del patrimonio immobiliare pubblico*, Milano, 31 maggio 2022; P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, Torino, 2011; Francesco Scalia, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, Federalismi.it, 6 marzo 2019; M. G. LANDI e altri, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, RT/2017/39/ENEA, 2017; M. G. LANDI e altri, *Aspetti normativi del contratto EPC e dei suoi elementi di garanzia per la Pubblica Amministrazione*, Report Enea RdS/2013/274, 2013.

6 Si vedano a tal proposito l'art. 3, Decreto Legislativo n. 30 maggio 2008, n. 115 e la certificazione UNI-CEN11352/2010.

7 Cfr. art. 200, Decreto Legislativo n. 36/2023; art. 2, lett. n), Decreto Legislativo 4 luglio 2014, n. 102 in attuazione della Direttiva 2012/27/UE, già art. 180, Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dall'art. 8, comma 5, d.l. 16 luglio 2020, n. 76; e precedentemente art. 2, comma 1, lett. l), Decreto Legislativo 30 maggio 2008, n. 115.

prezzo dell'energia<sup>(8)</sup>. Allo stesso tempo non verranno esplorate le implicazioni della revisione prezzi sotto il profilo della giurisdizione che rappresentano un autonomo punto di osservazione della questione revisionale e, peraltro, ad oggi ormai piuttosto compiuto<sup>(9)</sup>.

## 2. Inquadramento della revisione prezzi nei contratti pubblici.

Nella trattazione dell'istituto della revisione prezzi appare, a buon diritto, piuttosto ricorrente il riferimento al dualismo tra rischio di impresa e adeguatezza nell'esecuzione di un rapporto contrattuale ad esecuzione continuata o periodica.

Difatti, il meccanismo revisionale impone ad amministratori e interpreti di bilanciare il rischio di un impatto sugli standard qualitativi delle prestazioni contrattuali, in assenza di revisione,<sup>(10)</sup> con un eccessivo interventismo revisionale del contratto tale da annichilire il rischio di impresa rappresentato dall'alea contrattuale propria dell'imprenditore nel rapporto tra costi e ricavi a fronte della "oscillazione generale e diffusa dei prezzi"<sup>(11)</sup>.

Il riferimento ai costi e ai ricavi impone però la doverosa precisazione che la dinamica dei costi dell'operatore economico è, secondo la giurisprudenza, un aspetto prettamente endoaziendale e pertanto si pone, come tale, al di fuori della revisione prezzi essendo la rimodulazione del corrispettivo ricollegata "alla rilevazione degli aumenti medi dei prezzi di beni e dei servizi"<sup>(12)</sup> e comunque soggetta ad una compiuta istruttoria in termini di adeguatezza<sup>(13)</sup>.

In quest'ottica, si può affermare che non è suscettibile di astratta rilevanza ogni squilibrio in termini di costi rispetto al prezzo offerto in gara ma è necessario che

8 A titolo di esempio degli impatti sul mercato energetico, secondo i dati ARERA, tra gennaio e dicembre 2021 i prezzi medi mensili dei mercati all'ingrosso (prezzo spot al TTF e PUN) hanno subito rispettivamente un aumento di ca. il 500% per il gas naturale e del ca. 400% per l'energia elettrica. Per gli scenari geopolitici, risale al 24 febbraio 2022 la data di inizio dell'invasione russa in Ucraina. Per una analisi delle diverse previsioni di legge che hanno disciplinato il regime di supporto al fenomeno dell'aumento esponenziale dei prezzi, si vedano M. LUCETTI, *Revisione prezzi materiali (Decreto Sostegni bis): profili procedurali e provvedimenti nell'ipotesi di diniego del MIMS*, in Il Diritto Amministrativo, Anno XVI, n. 5, maggio 2024; P. CUCUMILE, *Aumento dei costi e revisione dei prezzi. Un binomio possibile*, in LexItalia.it, n. 12/2022, 12 dicembre 2022. Si veda anche *infra* nt 35. Alcune misure di sostegno hanno riguardato anche l'acquisto della componente energia di riferimento, tra queste si vedano l'art. 1, Decreto Legge 9 agosto 2022, n. 115 e l'art. 1, Decreto Legge 23 settembre 2022, n. 144 che hanno introdotto alcuni crediti di imposta l'acquisto del gas nel terzo trimestre e nei mesi di ottobre-novembre 2022.

9 Le pronunce sulla giurisdizione amministrativa esclusiva o ordinaria in merito alla revisione prezzi sono numerosissime, una interessante quanto recente disamina, anche sulle potenziali implicazioni del Codice 2023, e in particolare dell'art. 60 sulla revisione prezzi, in punto di giurisdizione, si veda TAR Sicilia (Catania), Sez. III, 4 marzo 2024, n. 812.

10 Qualificato alla stregua di un "interesse pubblico" a che "le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo [...] al rischio di una diminuzione qualitativa delle attività contrattualizzate" (Cons. St., Sez. IV, 7 luglio 2022, n. 5667).

11 TAR Lombardia, Sez. I, 18 febbraio 2021, n. 435. Sotto il profilo del rischio imprenditoriale, si richiama che "Nella disciplina di diritto positivo dell'istituto non è affatto stabilito che la revisione prezzi abbia come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi" (TAR Lombardia, Sez. IV, 26 gennaio 2022, n. 181). Nei termini anche Id., Sez. II, 9 gennaio 2023, n. 103. Per un richiamo esterno dell'art. 1664 cod. civ quale al parametro del rischio di impresa, in relazione al rischio c.d. "di costruzione" per un concessionario, nella soglia del 10%, cfr. TAR Veneto, Sez. I, 7 marzo 2019, n. 302 (non appellata).

12 TAR Puglia, Sez. I, 29 giugno 2016, n. 1051, ripresa anche da TAR Lazio, Sez. II, 31/07/2023, n. 12916.

13 TAR Lombardia, Sez. I, 5 giugno 2023, n. 1400 per cui "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". A titolo di esempio, proprio in ragione della necessaria completezza e onnicomprensività, l'istruttoria dovrà tenere compiutamente conto degli eventuali contributi pubblici ricevuti (cfr. nt 9, per un esempio in relazione alla crisi energetica). Per la possibilità poi, a fronte di circostanze eccezionali, rispetto alle quali l'onere della prova sta in capo all'appaltatore, di ricorrere a "differenti parametri statistici" per la determinazione del quantum in deroga all'indice FOI dell'ISTAT si vedano, Cons. St., Sez. III, 24 aprile 2023, n. 4115, Id., V, 6 settembre 2022, n. 7756, Id., Sez. III, 9 gennaio 2017, n. 25.

sussista in concreto un nesso tra l'aumento o la diminuzione dei costi e le circostanze imprevedibili o comunque fuori dalla sfera di controllo dell'operatore economico<sup>(14)</sup>, dovendosi altrimenti ritenere che la revisione prezzi possa inopinatamente diventare uno strumento per sanare *“le eventuali inefficienze della funzione produttiva del singolo contraente, a tutto danno delle finanze pubbliche”*<sup>(15)</sup>.

Al centro di questa operazione di bilanciamento si trova l'equilibrio economico contrattuale e la necessità che, altresì sotto il profilo della buona fede (e fiducia) nell'esecuzione contrattuale<sup>(16)</sup>, si dia piena ed effettiva esecuzione al contratto anche giovandosi della revisione prezzi, quale rimedio conservativo di tipo manutentivo, volto proprio a gestire le sopravvenienze intervenute nel rapporto contrattuale e nella sua economia che si qualificano come giuridicamente rilevanti<sup>(17)</sup>.

A questo dualismo si tende poi ad aggiungere un terzo elemento che consiste nel rispetto delle regole concorrenziali quale necessario contraltare nell'individuazione della regola del caso concreto in tema di revisione prezzi<sup>(18)</sup>. Il rispetto delle regole concorrenziali ha come obiettivo, anche a seguito della riflessione della giurisprudenza europea<sup>(19)</sup>, quello di evitare uno stravolgimento postumo delle originarie aspettative degli operatori economici in relazione al funzionamento contrattuale dell'economia del contratto, tale per cui *“se [una data clausola fosse stata] presente nel bando di gara, avrebbe consentito agli offerenti di presentare un'offerta sostanzialmente differente”*<sup>(20)</sup>. In altri termini, come precisato dalla giurisprudenza nazionale, il limite esterno della tutela della concorrenza consiste nel non poter *“giung[ere] ad una rideterminazione del prezzo originario del servizio”*<sup>(21)</sup>.

In questo contesto si inserisce la disciplina in materia di revisione prezzi, nell'ambito della quale, tenendo in considerazione come orizzonte di analisi, per esigenze di esposizione, un periodo di circa quarant'anni si può rilevare come siano stati assunti diversi orientamenti precettivi da parte del legislatore, *“giustificati da esigenze e finalità*

14 TAR Lombardia, Sez. I, 18 febbraio 2021, n. 435.

15 Cons. St., Sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7461, ripresa da TAR Trento, 15 aprile 2015, n. 147.

16 Sotto il profilo della buona fede nell'esecuzione, si vedano, pur nella nota specialità della contrattualistica pubblica, le riflessioni sugli artt. 1374, 1375, 1366, 1467 cod. civ. e sull'art. 2 Cost. da parte dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione nella Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 per cui *“La buona fede rappresenta, dunque, un importante metro di approccio alle problematiche correlate all'esecuzione del contratto, possedendo valore d'ordine pubblico, collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale e rivelando un fondamento etico che trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale”* (pp. 21-22). Una interessante disamina in relazione sotto il profilo ermeneutico della buona fede in tema di revisione prezzi si veda, TAR Lombardia, Sez. III-Quater, 25 ottobre 2022, n. 13695. Per quanto concerne il rapporto tra principio di fiducia e di risultato in termini nell'ambito dei contratti pubblici si veda l'art. 2, comma 2 Codice 2023.

17 Sul punto si veda TAR Lazio, Sez. II, 1/08/2023, n. 12968. Per una definizione della revisione prezzi come *“rimedio temperato”* si veda, tra l'altro, TAR Bolzano, 21 febbraio 2023, n. 39. Il principio di conservazione della conservazione dell'equilibrio nei contratti pubblici è stato, da ultimo, statuito all'art. 9 del Codice 2023 dove però, da un lato, si limita la portata qualora la parte che voglia far valere lo squilibrio *“abbia volontariamente assunto il relativo rischio”* (comma 1), dall'altro, si favorisce l'inserimento di clausole di rinegoziazione nei contratti di durata.

18 Sul punto, si vedano Cons. St. n. 6848/2023 (nt 2, §7.3); TAR Lazio, Sez. I-bis, 31 luglio 2023, n. 12851 nel rigettare una richiesta di rimessione alla Corte costituzionale circa la scelta del legislatore del 2016 di non introdurre, in via generalizzata, come precedentemente fatto nel 2006, la disciplina della revisione prezzi, trattandosi di *“legittimo esercizio di una discrezionalità legislativa”* volta a proteggere, tra l'altro, la *“concorrenza e [la] “par condicio” tra le imprese di un determinato settore”*.

19 A partire dalla sentenza CGUE, 19 giugno 2009, C-454/06, *Pressetext* circa la nozione di *“aggiudicare”* in relazione a clausole contrattuali che contenevano un importo di aumento massimo di indicizzazione dei prezzi sulla base di un indice dei prezzi al consumo e, a seguire, delle precisazioni di *Id.*, 7 settembre 2016, C-549/14 - *Finn Frogne* sulla portata di modifiche sostanziali non previste in clausole andate a gara e di *id.*, 19 aprile 2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi* con specifico riferimento alla revisione prezzi (in quel caso nei settori speciali).

20 CGUE, 29 aprile 2004, C496/99, *Commissione/CAS Succhi di Frutta*, 116, principio affermato in termini generali con riferimento ad una clausola relativa alle condizioni di pagamento ma assimilabile, per analogia, anche alle clausole revisione prezzi.

21 Cons. St., Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 935.

di volta in volta diverse a seconda del momento storico”<sup>(22)</sup>, che, con buona probabilità, non hanno contribuito né a creare un adeguato mercato delle aspettative tra gli operatori economici né ad agevolare la funzione nomofilattica da parte della giurisprudenza.

A seconda dei periodi, infatti, il metro dell'oscillazione della normativa di riferimento è rappresentato principalmente dalla – non necessariamente coesistente – variazione di diversi elementi come (i) il perimetro di applicazione dei limiti alla revisione prezzi in termini di scopo (es. lavori<sup>(23)</sup>, servizi e forniture<sup>(24)</sup>), (ii) la soglia temporale di rilevanza<sup>(25)</sup>, (iii) l'importo massimo di incidenza della variazione sul valore della prestazione (es. 5%<sup>(26)</sup>, 10%<sup>(27)</sup>) oppure ancora (iv) l'individuazione di meccanismi di c.d. “prezzo chiuso” di tipo “non puro” con variazioni predeterminate in misura fissa<sup>(28)</sup> o di c.d. “prezzo chiuso” di tipo “puro” con esclusione della revisione prezzi ma con applicazione di aggiustamenti secondo indici sintetici<sup>(29)</sup> e/o meccanismi compensativi sopra determinate soglie (es. 10%)<sup>(30)</sup> o comunque entro determinate soglie massime di variazione (es. 80%)<sup>(31)</sup>.

La causa dell'oscillazione della produzione normativa si può rinvenire, invece,

22 Corte cost., n. 447/2006.

23 Art. 14, Legge 3 gennaio 1978, n. 1 che prevede l'applicabilità ai soli lavori; art. 26, commi 3 e 4, l. 11 febbraio 1994, n. 109 che si riferiscono solo ai lavori.

24 Art. 33, comma 3, Legge 28 febbraio 1986, n. 41 estende l'applicazione della revisione prezzi anche ai contratti di servizi e forniture; art. 1, comma 511, Legge 28 dicembre 2015, n. 208; art. 106, Codice 2016; art. 60, comma 2, Codice 2023.

25 Art. 33, commi 2 e 3, l. 28 febbraio 1986, n. 41 che, da un lato, esclude l'applicabilità della revisione prezzi ai contratti inferiori ad un anno e, dall'altro, ammette la revisione prezzi solo a partire dal secondo anno contrattuale.

26 Art. 14, Legge 3 gennaio 1978, n. 1 in relazione all'importo dei lavori; art. 60, comma 2, con riferimento all'importo complessivo (in aumento o in diminuzione).

27 Art. 33, comma 3, Legge 28 febbraio 1986, n. 41 (in aumento o in diminuzione); art. 106, comma 2, Codice 2016 per i servizi e forniture e peraltro alzato al 15% per i lavori.

28 Art. 33, comma 4, l. 28 febbraio 1986, n. 41 per cui il prezzo del lavoro (al netto del ribasso di asta) veniva aumentato automaticamente del 5% per ogni anno sino alla ultimazione dei lavori con la conseguente esclusione del ricorso alla revisione prezzi. Lo strumento del “prezzo chiuso” è stato poi generalizzato dall'art. 3, Decreto Legge 11 luglio 1992, n. 333 che ha abrogato i precedenti meccanismi revisionali di cui alla l. n. 41/1986 e ulteriormente ripreso e riaffermato come obbligatorio – ma nella sua versione c.d. “pura” ovvero senza alcun meccanismo revisionale – da parte dell'art. 15, comma 5, della legge 23 dicembre 1992, n. 498.

29 Art. 15, comma 5, della Legge 23 dicembre 1992, n. 498 (c.d. meccanismo chiuso di tipo “puro”); art. 26, commi 3 e 4, Legge 11 febbraio 1994, n. 109 che esclude la revisione dei prezzi ed espressamente prevede che non si applichi l'art. 1664 cod. civ., ad eccezione di un aggiustamento all'inflazione nel caso in cui “la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2 per cento”. L'art. 106, Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, almeno per tutto ciò che non rientra in clausole “clausole chiare, precise e inequivocabili” come previsto al comma 1, lett. a), come peraltro utilmente rettificato con l'introduzione dell'inciso “alle variazioni dei prezzi” (G.U. n. 164 del 15 luglio 2016), e comunque senza che si alteri “la natura generale del contratto o dell'accordo quadro” (ibid.).

30 L'art. 1, comma 550, Legge 30 dicembre 2004, n. 311 introduce all'art. 26, Legge n. 109/1994 il comma 4-bis recante un ulteriore meccanismo di aggiustamento, oltre a quello inflattivo (superiore al 2%), con riferimento al prezzo per i materiali da costruzione che subiscano variazioni, come rilevate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT, oggi MIMS), in aumento o in diminuzione, superiori al 10%, per l'ammontare eccedente tale soglia (cfr. sul punto la Circolare del MIT al prot. n. 871/CD del 4 agosto 2005). Tale previsione è stata poi recepita dall'art. 133 Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice 2006) e, in seguito, dall'art. 106, comma 1, lett. a), Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Si segnala poi la previsione di cui all'art. 1, comma 511, Legge 28 dicembre 2015, n. 208, come espressamente richiamata dal successivo art. 106 del Codice (2016), che introduce una disciplina specifica per i contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore in cui la clausola di revisione e adeguamento dei prezzi sia collegata o indicizzata al valore di beni indifferenziati che, in caso di variazione in aumento o diminuzione del prezzo in misura superiore al 10%, e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale, accertato da una Autorità indipendente, può comportare una riconduzione ad equità o revisione del prezzo, salva la facoltà di entrambe le parti di recedere o risolvere consensualmente, senza ulteriori indennizzi, il rapporto contrattuale. Sul punto si veda TAR Lazio, Sez. III-Quater, 10 ottobre 2022, n. 12875, appellata con procedimento *sub judice* al r.g. 9823/2022.

31 Art. 60, comma 2, Codice 2023 per cui la variazione opera nel limite dell'80% della stessa.

nell'alternarsi di misure acceleratorie delle opere pubbliche<sup>(32)</sup> più lasche rispetto al funzionamento della revisione prezzi e misure di contenimento della spesa pubblica più rigide rispetto al fenomeno revisionale: forze contrapposte, in termini più o meno marcati, a seconda del variare del contesto storico-politico, macroeconomico e di politica economica di riferimento<sup>(33)</sup>.

Da ultimo, con il Codice 2023, che viene approvato non a caso nel pieno di una tempesta macroeconomica, si è optato per una formulazione che prevede espressamente come norma di default – e quindi non più in termini solo eccezionali, come nel precedente Codice del 2016 (art. 106) – l'obbligo di inserimento di clausole di revisione prezzi, in aumento o in diminuzione, comunque entro soglie massime del 5% dell'importo complessivo e dell'80% della variazione rilevata<sup>(34)</sup> in base a specifici indici sintetici diffusi dall'ISTAT<sup>(35)</sup>.

In tal senso, avendo a disposizione i due principali modelli di revisione (formule di compensazione e formule di indicizzazione) e avendoli utilizzati entrambi nel passaggio tra gli ultimi due Codici quando si è preso atto che l'assenza del meccanismo revisionale rischiava di fermare il buon andamento delle commesse pubbliche<sup>(36)</sup>, il legislatore ha optato infine per una generalizzazione del modello di indicizzazione<sup>(37)</sup>

32 Ne è un esempio l'art. 14 Legge 3 gennaio 1978, n. 1 "Accelerazione delle procedure per la esecuzione di opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali", il Decreto Legge 23 ottobre 2008, n. 162 "Interventi urgenti in materia di adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione [...]" che ha introdotto un meccanismo acceleratorio e di maggior sensibilità alle variazioni dei materiali rispetto all'art. 133 d.lgs. n. 163/2006, nonché il Decreto Legge 30 aprile 2022, n. 36 "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)" nella parte in cui ha precisato, tramite l'art. 7, comma 2-ter, che l'art. 106, comma 1, lett. c), numero 1) si dovesse interpretare che "tra le circostanze indicate al primo periodo sono incluse anche quelle imprevedute ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera", così come le misure introdotte durante il periodo della pandemia da Covid-19 sull'aggiornamento dei prezzi, art. 26, Decreto Legge 17 maggio 2022, n. 50 "Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina".

33 Non è un caso che alcune misure restrittive in materia di revisione prezzi siano state poste in essere nell'ambito di testi legislativi volti espressamente a contenere la spesa pubblica (es. art. 33, comma 2, l. 28 febbraio 1986, n. 41 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 1986)"; art. 3, comma 1, d.l. 11 luglio 1992, n. 333 "Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica"; art. 15, comma 5, l. 23 dicembre 1992, n. 498 "Interventi urgenti in materia di finanza pubblica"). Si noti poi come l'introduzione da parte dell'art. 1, comma 550, Legge 30 dicembre 2004, n. 311 di alcune misure compensative in relazione agli aumenti rilevati nel modificare l'art. 26 della Legge 11 febbraio 1994, n. 109 abbia però introdotto anche il comma 4-sexies che limita il funzionamento del meccanismo alla concreta disponibilità del quadro economico di ogni intervento; similmente l'art. 133, comma 4, d.lgs. n. 163/2006. E ancora il Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70 "Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia" che, introducendo i commi 4 e 5 al predetto art. 133, ha ridotto della metà l'incidenza delle variazioni dei materiali superiori al 10%. Similmente, l'obbligo di revisione prezzi introdotto all'art. 60 del Codice 2023, pur circoscritto al comma 5 in relazione ai mezzi per farvi fronte, in relazione al quale nella sua relazione il Consiglio di Stato ha precisato essere "valori più vantaggiosi per le imprese, ma assai più rischiosi per la tenuta complessiva del sistema", Relazione Consiglio di Stato 2022, nt. 3, 96.

34 In precedenza, già in base all'art. 29, comma 1, Decreto Legge 27 gennaio 2022, n. 4 (c.d. Decreto Sostegni Ter), per i soli contratti di lavori, era stata introdotta una misura compensativa "per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza".

35 Art. 60, Codice 2023, in base all'art. 1, comma 2, lett. g) della Legge 21 giugno 2022, n. 78 che ha delegato il Governo (Legge delega 2022). L'ISTAT ha pubblicato una pagina di sintesi al link <https://www.istat.it/it/archivio/286358> (ultimo accesso 12 maggio 2024).

36 Nel periodo più recente, specie a fronte dell'aumento dei prezzi per le materie prime, il legislatore ha introdotto, con l'art. 1-septies Decreto Legge 25 maggio 2021, n. 73 (c.d. Decreto Sostegni bis), alcune misure di tipo compensativo per le prestazioni di lavori eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori dal 1° gennaio 2021 e il 31 dicembre 2021. Come precisato dal MIMS con il parere n. 1196/2022, tali misure non rientrano tra le clausole di revisione prezzi ma costituiscono "una sorta di indennizzo" per l'appaltatore e pertanto, come precisato dal parere n. 1244/2022, tali somme "non costituiscono una integrazione del corrispettivo". In seguito, sono stati introdotti anche alcuni meccanismi revisionali temporanei, cfr. nt 34.

37 Relazione Consiglio di Stato 2022, nt. 3, 96 in cui si dà atto che questo avrebbe l'obiettivo di "facilitare e rendere più rapida e sicura" l'applicazione della revisione".

basato su “*particolari condizioni di natura oggettiva*” (art. 60)<sup>(38)</sup>.

Il ritorno ad una tecnica legislativa che prevede la revisione prezzi come obbligatoria e quindi come previsione di *default* nella contrattualistica pubblica dovrebbe consentire di riportare in auge la giurisprudenza che in modo piuttosto granitico<sup>(39)</sup> ha potuto ragionare *ratione temporis* sulle conseguenze della obbligatorietà della revisione prezzi nel Codice 2006 (art. 115)<sup>(40)</sup> prima che venisse poi temporaneamente espunta dal Codice 2016<sup>(41)</sup>, sotto il profilo della qualifica di norma imperativa e conseguentemente della sostituzione di diritto e in via cogente dei patti contrari tra le parti, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1339 cod. civ. sull’inserzione automatica di clausole e 1419 cod. civ. sulla nullità parziale, e quindi non meramente suppletiva “*di aspetti dell’operazione economica che non sono stati regolati in via pattizia*”<sup>(42)</sup>.

Le conseguenze di questa impostazione sistematica sono tanto diverse quanto rilevanti e implicano, a titolo di esempio, non solo che l’indice sintetico richiamato dalla norma imperativa, in questo caso l’art. 60, possa costituire il parametro del limite esterno, in termini di *quantum*, dell’applicazione revisionale qualora il parametro convenzionale sia più basso o più alto dell’indice sintetico di riferimento<sup>(43)</sup>, ma anche che l’effetto della riqualificazione postuma di una clausola pattizia contraria a norma imperativa rilevi sotto il profilo della condotta amministrativa dovendosi ritenere che “*l’ineranza della fattispecie alla correttezza della spesa pubblica, comportava in capo [all’Amministrazione] la necessità di prendere atto dell’evoluzione della disciplina e della sua interpretazione giurisprudenziale in materia di revisione dei prezzi con riguardo alla integrazione del contratto ed alla assunzione delle [conseguenti] determinazioni*”<sup>(44)</sup>.

A lato di ciò, le considerazioni che precedono non parrebbero trovare contrasto nemmeno in uno slittamento dallo schema contrattuale dell’appalto a quello della concessione<sup>(45)</sup>, almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, il Codice 2023 innova, a livello domestico, la portata della revisione prezzi nelle concessioni prevedendo espressamente che nell’ambito delle “*clausole chiare, precise e inequivocabili*” che possono disciplinare ipotesi di modifica contrattuale possano rientrarvi anche le clausole di revisione dei prezzi (art. 189); così superando la scelta del Codice 2016 di non dare una “*piena omogeneità del testo [...] con la*

38 Nell’ottica di aumentare gli elementi di automatismo, è da notare come rispetto al comma 2 nello schema del Codice dei contratti pubblici come elaborato dal Consiglio di Stato, in sede legislativa si sia espunto l’inciso “*non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta,*” del resto in linea con il passaggio dell’art. 1, comma 2, lett. g), Legge delega 2022 (nt 36) in cui veniva fatto riferimento al “*verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta*”. In senso contrario, ritenendo che il mero riferimento all’indice non sia sufficiente per il conseguente automatismo revisionale e che serva altresì “*la dimostrazione circa l’aumento dei costi e della correlativa incapacità di farvi fronte (assenza di equilibrio economico), si da comportare un azzeramento dell’utile e dunque la seria compromissione delle prestazioni oggetto di appalto*” (TAR Campania, Sez. I, 27 marzo 2024 n. 737).

39 Si vedano, tra le molte, TAR Lazio, Sez. II, 22 ottobre 2020, n. 10771; Cass. Civ., Sez. I 3 aprile 2024, 8718.

40 A simili conclusioni in termini di imperatività era giunta la giurisprudenza anche in relazione alla precedente disciplina di cui all’art. 33, comma 3, della Legge 28 febbraio 1986, n. 41 (cfr. *supra* nt 26), TAR Lazio, Sez. IV, 21 aprile 2022, n. 4793.

41 A conferma dell’assenza di alcun automatismo ex 1339 cod. civ. rispetto al Codice 2016, si veda TAR Lazio, Sez. I-Bis, 31 luglio 2023, n. 12851 per cui “*Può dunque dirsi che non è rinvenibile, né a livello normativo, [...] alcun dovere dell’Amministrazione di considerare la pretesa revisionale di parte ricorrente attivando apposito procedimento amministrativo volto alla verifica dei presupposti e delle modalità per di ricondurre il contratto entro non meglio definiti limiti di equità e/o di sostenibilità economica*”.

42 Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2018, n. 6421.

43 Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2008 n. 2786; *Id.*, 20 novembre 2015, n. 5291 (richiamata da *Id.*, Sez. III 24 aprile 2023, n. 4115).

44 Cons. Stato, n. 6421/2018 (nt 43). Tale ultima conclusione potrebbe oggi essere utilmente letta unitamente anche all’art. 2, comma 3, del Codice 2023 in relazione al principio di fiducia sotto il profilo della colpa grave.

45 Sulla concessione come contratto alla luce del Codice 2023, si veda A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni.*, in Giustizia-amministrativa.it.

*direttiva*” in materia di concessioni<sup>(46)</sup>.

In secondo luogo, pur in assenza di un vincolo nella Direttiva 2014/23/UE (art. 43), il Codice 2023 opta per la limitazione del meccanismo revisionale “*agli indici sintetici di cui all’articolo 60, comma 3*” sottoponendo, in tal modo, le concessioni al medesimo parametro di indicizzazione delle variazioni dei prezzi previsti nella disciplina dell’appalto, senza però richiamare i limiti del relativo comma 2 sulle variazioni “*in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell’importo complessivo e operano nella misura dell’80 per cento della variazione stessa*”.

Tale ultimo riferimento agli indici sintetici nell’ambito delle concessioni non farebbe comunque venire meno la possibilità di procedere con l’attivazione del procedimento ex art. 192 Codice 2023 di revisione del piano economico finanziario; ciò al fine di riequilibrare lo squilibrio verificatosi (art. 9) a fronte di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili non imputabili al concessionario – tra i quali è stato, tra l’altro, autorevolmente riconosciuto anche l’aumento eccezionale dei prezzi dell’energia<sup>(47)</sup>.

In tal senso, quantomeno sotto il profilo del superamento dello squilibrio, sia esso relativo al sinallagma contrattuale dell’appalto o all’equilibrio economico-finanziario della concessione, nel Codice 2023 appare sempre più sfumata, se non in termini procedurali e di effettività/tempestività degli strumenti di tutela, la distinzione tra appalto e concessione a fronte di eventi quali un aumento eccezionale del prezzo dell’energia.

Al verificarsi di un evento avente natura destabilizzante, la conservazione del contratto di cui al richiamato art. 9 è garantita per gli appalti dalla applicazione del comma 8 dell’art. 120 del Codice 2023 secondo il quale il contratto squilibrato è “*sempre modificabile*”, sia in presenza che in assenza di clausole di rinegoziazione già contrattualizzate, fino alla possibilità di chiederne l’accertamento e la condanna, essendo positivamente statuito che la parte svantaggiata possa “*agire in giudizio per ottenere l’adeguamento del contratto all’equilibrio originario*”. Al contempo, per le concessioni rimane ferma la necessità che permangano, anche a seguito dell’attività del riequilibrio, i rischi propri del concessionario in base alle condizioni del piano economico e finanziario.

### 3. La specialità della revisione prezzi della componente energia nei contratti EPC.

Dopo aver rappresentato le linee evolutive e interpretative della disciplina della revisione prezzi negli appalti e nelle concessioni, è possibile interrogarsi sulla eventuale specificità di tale istituto nell’ambito dei contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC).

L’impianto contrattuale dei contratti EPC è strutturalmente atipico ma si presenta, nella combinazione di lavori, servizi e talvolta anche di fornitura di vettori energetici<sup>(48)</sup>, come un contratto di durata avente il miglioramento dell’efficienza energetica quale obbligazione di risultato<sup>(49)</sup>.

Il Codice 2023 ha poi mantenuto la collocazione di tale tipologia contrattuale tra i contratti di partenariato pubblico privato (PPP), aventi quindi carattere latamente concessorio, confermando la centralità della collaborazione tra Amministrazione e

46 Relazione Consiglio di Stato 2022, nt. 3, 225. Cfr. art. 43, par. 1, lett. a), Direttiva 2014/23/UE.

47 Con riferimento ad una concessione per la gestione di impianti di pubblica illuminazione e fornitura di energia elettrica, si veda il parere del Nucleo di consulenza per l’attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS) n. R1 del 25 ottobre 2022.

48 “*La complessità contenutistica dell’EPC [...] è incompatibile con la categoria della prestazione (qualitativamente) prevalente, alla base dell’operatività della disciplina del contratto misto*” (Cons. St., Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1327). Si noti come l’art. 174, comma 3, Codice 2023 preveda la figura della concessione tra le figure del “*partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale*”.

49 *Supra* n. 8.

operatore economico<sup>(50)</sup>. Pur non essendo certo esclusa la possibilità a che si configurino i contratti EPC come appalti<sup>(51)</sup>, la principale conseguenza è di finanza pubblica in quanto, risultando in tal caso strutturalmente l'investimento in capo all'Amministrazione attraverso il pagamento del canone all'operatore economico, l'operazione di EPC non potrà che essere registrata contabilmente nel bilancio dell'Ente di riferimento (c.d. "on balance")<sup>(52)</sup>. Da qui la preferenza per lo schema del partenariato a condizione che "the EPC-contractor bears the majority of the risks and rewards related to the use of the EPC assets" risultando così "off balance"<sup>(53)</sup>; diventa quindi centrale per i contratti di rendimento energetico non solo l'elemento dell'investimento in termini di titolarità ma anche del rischio operativo che ne consegue per l'operatore economico.

In questo contesto, nei contratti EPC la centralità del meccanismo revisionale si mostra in particolar modo quando agli impegni dell'operatore economico di miglioramento dell'efficienza energetica in termini di lavori e servizi si aggiunge anche la fornitura del vettore energetico<sup>(54)</sup>. Difatti, la fornitura del vettore è ritenuta a tutti gli effetti ancillare ed eventuale rispetto alle prestazioni tipiche del contratto EPC<sup>(55)</sup>.

A riguardo, il tema della revisione prezzi nel mercato dei contratti EPC nei confronti degli enti pubblici trova una specifica fonte di regolazione nell'Allegato 8 del Decreto Legislativo 4 luglio 2014, n. 102<sup>(56)</sup> dove tra i c.d. "elementi minimi" che devono figurare nei contratti di rendimento energetico si richiamano le disposizioni che "chiariscono la procedura per gestire modifiche delle condizioni quadro che incidono sul contenuto e i risultati del contratto" tra cui la "modifica dei prezzi dell'energia"<sup>(57)</sup>.

Tale richiamo espresso assume rilievo in quanto non solo va ad assegnare alle Amministrazioni un chiaro indirizzo programmatico e precettivo ma ha un impatto anche sotto altri profili in quanto l'eventuale discostamento da questo modello tipico comporta la mancata attribuzione della qualifica di contratto EPC con importanti impatti anche in punto di incentivazione<sup>(58)</sup>.

Allo stesso tempo, nell'ottica di cercare una coerenza nel sistema giuridico di riferimento, si rende necessaria una distinzione in termini di modello per i contratti EPC da cui far discendere alcune preliminari conclusioni in termini di operatività o meno del meccanismo revisionale, oltre che degli impatti sulla disciplina della contabilità

50 E più precisamente "L'EPC, pur presentando requisiti propri della concessione di lavori e della concessione di servizi, evidenzia come tratto differenziale e specializzante quello per cui il corrispettivo dell'EPC è parametrato al risparmio energetico conseguito per effetto dell'intervento. Da ciò il corretto riferimento al PPP come strumento di cooperazione tra pubblico e privato" Cons. St., n. 1327/2020 (nt. 49).

51 Sul punto si veda anche la considerazione "Ad ogni modo, non può neppure escludersi l'impostazione dell'EPC quale contratto di appalto", Gruppo di lavoro su EPC, "Relazione illustrativa al "Contratto tipo di rendimento energetico o di prestazione energetica (Energy Performance Contract) per gli edifici pubblici" Revisione RGS, giugno 2023, 9 (Gruppo di lavoro su EPC, *Relazione Illustrativa in consultazione*). Tale statuizione è stata poi confermata in sede di versione finale del contratto tipo EPC pubblicata da Anac in data 23 luglio 2024 giusta delibera n. 349 del 17 luglio 2024 a fronte delle precedenti determinazioni del Ragioniere Generale dello Stato con determina del 22 luglio 2024 e della nota del Presidente di Enea con prot. n. 51288 dell'11 luglio 2024 (Gruppo di lavoro su EPC, *Relazione Illustrativa finale*). Sulla disciplina contabile degli EPC in forma di appalto, si veda la FAQ n. 52 di ARCONET del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 27 settembre 2023.

52 Gruppo di lavoro su EPC, *Relazione Illustrativa in consultazione*, nt 52, 16.

53 Commissione europea, *Eurostat Guidance Note: The recording of energy performance contracts in government accounts*, 19 settembre 2017, 4.

54 Si noti come alla lettera n) dell'art. 2, comma 1 nella definizione di "contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC)" si facciano rientrare tra gli "investimenti" non solo i lavori e servizi ma anche le forniture.

55 Eurostat, *A Guide to the Statistical Treatment of Energy Performance Contracts*, maggio 2018, 62 (Eurostat 2018).

56 Tale Decreto recepisce la Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che, a sua volta, modifica le Direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le Direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

57 *Ibid.*, Allegato 8, lett. k).

58 D.M. 16 febbraio 2016 ("Conto termico").

pubblica<sup>(59)</sup>.

Per questo è necessario che in termini contabili vi sia per ciascun contratto EPC una gestione separata tra i canoni previsti, da un lato, per le prestazioni di lavori per la riqualificazione energetica e del servizio di prestazione energetica e, dall'altro lato, per i canoni relativi alla fornitura dei vettori energetici.

Un primo modello prevede che il prezzo del vettore sia imputato all'Amministrazione secondo una logica passante (c.d. "pass through") sulla base del costo sostenuto dall'operatore economico. Tale meccanismo passante consentito per il vettore è invece espressamente escluso che possa trovare luogo per tutte le componenti della remunerazione dell'investimento da parte dell'operatore economico che non rientrino nel vettore energetico, a meno di non rendere *on balance* l'operazione economica in questione<sup>(60)</sup>.

In quest'ottica, a lato della corresponsione del costo del vettore, l'operatore economico è remunerato sulla base del servizio di prestazione energetica reso, e che abbia raggiunto il risparmio minimo garantito e il livello obiettivo per ciascuna prestazione contrattuale, tenendo altresì conto delle prestazioni di gestione e manutenzione degli impianti oltre che del recupero degli investimenti sostenuti (al netto del contributo pubblico eventualmente ricevuto). In particolare, l'attività di gestione e manutenzione degli impianti potrà essere, pur sempre, indicizzata su base ISTAT ai sensi dell'art. 60, comma 3 del Codice 2023. Inoltre, anche l'attività di costruzione, e più precisamente relativa ai lavori di efficientamento, può essere oggetto di revisione secondo un indice sintetico di riferimento<sup>(61)</sup>, benché non in termini automatici e comunque "a fronte di una variazione rilevante"<sup>(62)</sup>.

Un secondo modello presenta le medesime caratteristiche del precedente ad eccezione della disciplina del vettore energetico che viene invece messo a gara, facendo così rientrare il relativo canone, sotto il profilo della tariffa di fornitura (c.d. rischio prezzo), tra i parametri di competizione da esplicitarsi tramite ribassi d'asta a fronte della condivisione *ex ante* dei consumi stimati dei volumi energetici dell'Amministrazione<sup>(63)</sup>.

A questo proposito giunge in supporto la consultazione, prima, e la relazione finale, poi, ad opera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) e della Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA) per un contratto tipo di prestazione energetica con riferimento all'efficientamento degli edifici pubblici<sup>(64)</sup>. In tal

59 Si veda sul punto l'art. 175, comma 9, Codice 2023 per cui "Ai soli fini di contabilità pubblica, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni".

60 Eurostat 2018 nt 56, 62. A riguardo, non appare del tutto chiaro il riferimento ai costi da parte di Eurostat piuttosto che dei prezzi. Circa la irrilevanza dei costi di impresa rispetto ai prezzi cfr. *supra* nt. 15 e nt. 16.

61 Questo aspetto trova conferma ulteriore da parte di Eurostat nelle proprie *Clarification on the application of a Guide to the Statistical Treatment of PPPs: responses to frequently asked questions* del 20 giugno 2022, 2 (Eurostat, FAQ 2022), dove si precisa che è ammissibile, e quindi senza implicazioni sul trattamento statistico, l'assunzione da parte del concedente del "risk of movements in construction prices" con espressa esclusione "other construction risks such as delay, choice of material, quantity of materials, construction defects, etc." e purché le variazioni siano soggette ad una "objective verification", come ad esempio il riferimento ad un indice ISTAT.

62 Sul punto, il Gruppo di lavoro su EPC, *Relazione Illustrativa finale*, nt 52, 118. Si veda anche *Id.* 117 dove si propone, in via interpretativa, di restringere l'applicazione del meccanismo revisionale ai sensi dell'art. 189 del Codice 2023 alla sola lettera a) dell'art. 60 del Codice 2023 per la parte quindi relativa ai lavori e non anche alla lettera b) del medesimo articolo relativa ai servizi e forniture per cui vi sarebbe già una regolamentazione contrattuale nella bozza standard preparata dal medesimo Gruppo di lavoro.

63 Gruppo di lavoro su EPC, *Relazione Illustrativa finale*, nt. 52.

64 Come ha potuto precisare il Gruppo di lavoro su EPC, *Relazione Illustrativa finale*, nt 52, 96 "La revisione del prezzo [del vettore energetico] è annuale e calcolata alla scadenza di ogni Periodo di Riferimento, quindi relativamente al Prezzo Unitario del servizio di fornitura dei vettori energetici ed esclusivamente in caso di variazione (in aumento o in riduzione) superiore ad una percentuale stabilita contrattualmente".

caso, infatti, seguendo proprio la logica della bozza di capitolato tecnico pubblicato da Anac, la revisione dei prezzi unitari dei vettori energetici andrebbe a seguire il criterio già individuato da Consip per i contratti EPC di servizio energia che prevede che abbia rilievo una percentuale, definita convenzionalmente, pari all'80% della variazione del prezzo unitario di riferimento (indice ARERA) e prevista nel capitolato Consip "SIE4" rimanendo quindi fissa per il restante 20%<sup>(65)</sup>.

Pur con le specificità ora descritte, entrambi i modelli, tenendo conto anche delle relative considerazioni di Eurostat, sembrano quindi confermare la specialità della disciplina della revisione prezzi in relazione ai vettori energetici rispetto alle previsioni generali della contrattualistica pubblica di riferimento. Ciò non toglie che le previsioni generali in materia di contratti pubblici, siano essi appalti o concessioni, continuano a trovare applicazione anche per i contratti EPC per la parte che non concerne la componente energetica, ivi incluse le previsioni a tutela della conservazione dell'equilibrio del sinallagma contrattuale o del piano economico e finanziario.

#### 4. Conclusioni.

La revisione prezzi, quale istituto di matrice civilistica e di rilevanza pubblicistica, appare centrale nell'esaminare la tenuta del sistema giuridico dei contratti pubblici, in forma di appalti e concessioni, in ragione dei suoi impatti sull'economia delle imprese e al contempo sulla finanza pubblica.

Come tale, la disciplina della revisione prezzi non può che rientrare tra le leve giuridiche della politica economica dello Stato e, a ben vedere, la Corte costituzionale ha potuto confermare in più occasioni come essa rientri tra le "norme fondamentali di riforma economico-sociale" recante necessariamente un "interesse unitario". Pur nel tendenziale accentramento delle competenze legislative, nel corso degli anni non si è invece potuta garantire adeguatamente una ragionevole continuità nell'utilizzo dello strumento revisionale in termini sia di creazione di aspettative sulle imprese sia di bilanciato utilizzo della spesa pubblica.

Infatti, da una analisi diacronica delle previsioni nazionali in materia di revisione prezzi lungo oltre un quarantennio, si è potuto rilevare il susseguirsi di una acuta alternanza, per non dire erraticità, di scelte di politica legislativa a tratti di tipo centripeto verso il mondo delle imprese e a tratti centrifugo rispetto alle stesse in favore, invece, di una maggiore conservazione degli spazi di bilancio.

In questo contesto giuridico di riferimento, sono state prima approfondite le caratteristiche del contratto EPC, quale contratto in ambito energetico che contempera un investimento da parte di un operatore economico e la sua remunerazione sulla base dei rendimenti attesi in funzione dell'effettivo miglioramento dell'efficienza energetica, e si è potuta poi avanzare la tesi circa la specialità della revisione prezzi della componente energia nei contratti EPC.

In quest'ottica sono stati quindi individuati e analizzati due modelli di EPC in relazione all'impianto revisionale della componente energia, tenendo conto anche della elaborazione finale nel luglio 2024 da parte di ANAC, MEF ed ENEA del "contratto tipo" di EPC per gli edifici pubblici.

In un primo caso, oltre alla componente di gestione e manutenzione degli impianti che viene indicizzata su base ISTAT e, in taluni casi, anche dei prezzi di costruzione

65 Art. 13.11.1 rubricato "Revisione Prezzi Unitari relativi alla componente energetica "E"" della gara a procedura aperta indetta da Consip S.p.A. per l'affidamento del Servizio integrato energia e dei servizi connessi per le PA (edizione 4, c.d. "SIE4"), come modificato dall'errata corrige n. 1 che, tra l'altro, ha alzato lo scaglione di riferimento a 28.000 smc/anno. Per completezza, e in coerenza con quanto precede, si riporta che nell'ambito del SIE4, la revisione dei prezzi unitari relativi alla componente di gestione, conduzione e manutenzione avviene già in misura pari al 100% della variazione ISTAT in base all'indice famiglie di operai e impiegati (c.d. "FOI") relative all'anno precedente.

relativi ai lavori di efficientamento, i vettori energetici sono qualificati come passanti (“*pass through*”) e quindi remunerati al mero costo così da assicurare che il contratto non impatti sul bilancio dell’Amministrazione (“*off balance*”) in base alle regole Eurostat.

In un secondo caso, ferme le medesime considerazioni con riferimento alla componente di gestione e manutenzione degli impianti, nonché dei lavori, le tariffe dei vettori energetici sono fatte rientrare tra le componenti oggetto di competizione in sede di gara e quindi soggette a ribasso rispetto alla base d’asta, trovando così applicazione il meccanismo revisionale convenzionale – ad esempio quello definito nel capitolato Consip per il SIE4, secondo la ricostruzione proposta da ANAC, MEF e ENEA – che tiene conto, almeno in parte, del c.d. “rischio prezzo” assunto dall’operatore economico sulla base di una valutazione prognostica dei volumi energetici stimati. In tal modo, a fronte della mitigazione della sensibilità del canone relativo al vettore energetico all’andamento reale dei prezzi, e quindi più o meno indirettamente dei costi di approvvigionamento, l’operatore economico concessionario dovrà di necessità individuare, a sua volta, adeguati meccanismi – anche di tipo finanziario – a copertura del rischio di mercato (c.d. “*hedging*”).

Così descritta la specificità della revisione prezzi con riferimento alla componente energia dei contratti EPC, non vengono comunque meno, per il resto, le previsioni generali in materia di contratti pubblici volte alla conservazione dell’equilibrio del sinallagma contrattuale o del piano economico e finanziario, a seconda che si facciano rientrare i contratti EPC tra gli appalti o le concessioni, da ritenersi applicabili quantomeno agli scenari eccezionali di aumento dei prezzi dell’energia.