



16 SETTEMBRE 2026

Contratti pubblici, clausole di revisione
dei prezzi e riparto di giurisdizione:
profili evolutivi e questioni applicative

di Federica Sammarco
Consigliere parlamentare della Camera dei deputati

Contratti pubblici, clausole di revisione dei prezzi e riparto di giurisdizione: profili evolutivi e questioni applicative^{*}

di Federica Sammarco

Consigliere parlamentare della Camera dei deputati

Abstract [It]: Il contributo esamina il tema del riparto di giurisdizione nella materia dei contratti pubblici alla luce della crisi della teoria bifasica e con specifico riferimento alle controversie aventi a oggetto l'applicazione delle clausole di revisione del prezzo del contratto. In particolare, attraverso l'analisi della normativa e della più recente giurisprudenza, il lavoro indaga il rapporto tra esercizio del potere e tutela del privato e ricostruisce i confini della giurisdizione ordinaria e amministrativa sulla pretesa revisionale nella fase esecutiva del contratto.

Title: Public contracts, price-adjustment clauses and allocation of jurisdiction: evolutionary aspects and implementation issues

Abstract [En]: The article examines the issue of the allocation of jurisdiction between ordinary and administrative courts in the field of public procurement in view of the crisis of the two-phase theory and with specific reference to disputes concerning the application of contractual price-adjustment clauses. Specifically, through an analysis of both legislation and recent case law, the essay investigates the relationship between the exercise of public power and the protection of private contractors and reconstructs the boundaries of ordinary and administrative jurisdiction over review claims during the contract's execution phase.

Parole chiave: Contratti pubblici, giurisdizione, revisione del prezzo, equilibrio contrattuale

Keywords: Public procurement contracts, jurisdiction, price-adjustment clause, contractual balance

Sommario: 1. Il riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici. 1.1. La fase pubblicistica. 1.2. La fase privatistica. 2. La crisi della tradizionale impostazione bifasica: la fase intermedia tra aggiudicazione e stipula del contratto. 3. Il riparto di giurisdizione nelle controversie inerenti all'applicazione delle clausole di revisione prezzi. 4. Conclusioni.

1. Il riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici

Nell'evoluzione fisiologica dell'*iter* procedimentale successivo all'emanazione del bando di gara, alla fase di selezione del contraente che abbia presentato la migliore offerta tra quelle pervenute dovrebbe far seguito la stipulazione del relativo contratto e, quindi, la regolare esecuzione dello stesso.

Nella realtà operativa, tuttavia, non sempre tale percorso si sviluppa in maniera lineare, risultando al contrario frequenti le ipotesi di instaurazione di un contenzioso, che può investire qualunque fase del procedimento, con inevitabili ripercussioni sulla durata di quest'ultimo. Naturalmente, l'ipotesi che per prima viene alla mente è l'impugnazione proposta dal concorrente risultato secondo classificato all'esito della selezione, e quindi una fase processuale che nasce e trova la sua ragion d'essere nell'avvenuta conclusione della procedura comparativa. Non bisogna, però, dimenticare i tanti momenti, antecedenti

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

all'aggiudicazione, nei quali pure si può incardinare un giudizio: è quanto si verifica, ad esempio, all'esito della comunicazione di avvenuta esclusione dalla partecipazione alla gara disposta dalla stazione appaltante nei confronti di un concorrente o, ancor prima, in una fase assolutamente preliminare della procedura, nel caso in cui un operatore economico lamenti di non essere stato neppure messo nelle condizioni di prendere parte alla procedura in quanto da essa escluso alla luce dei requisiti di partecipazione (si assume, illegittimi) stabiliti nel bando¹.

In ogni caso in cui sia attivato il sindacato giurisdizionale su un determinato aspetto della procedura, ci si trova di fronte a una deviazione dal percorso normale della stessa, che certifica la natura patologica della situazione che ha originato tale sviluppo processuale.

Tanto premesso, è evidente che, nel momento in cui appaia inevitabile l'instaurazione di un giudizio nel corso o all'esito di una procedura di selezione del contraente, il nodo che logicamente dev'essere sciolto per primo è l'individuazione dell'organo giurisdizionale dinanzi al quale formulare le proprie doglianze e connesse istanze di tutela.

Con il che, si arriva al tema che qui occupa, vale a dire il riparto della giurisdizione nella specifica materia dei contratti pubblici².

La questione si pone poiché, secondo la lettura tradizionale che ne fornisce la dottrina e che trova riscontro anche nelle pronunce giurisdizionali, nel procedimento a evidenza pubblica si riscontra l'esistenza di due distinti momenti: il primo, caratterizzato dall'esercizio autoritativo del potere da parte dell'amministrazione, con conseguente (tendenziale) posizione di soggezione del privato operatore economico che vi entra in contatto, va idealmente dall'emanazione del bando (inclusa l'attività propedeutica e preparatoria alla predisposizione, approvazione e pubblicazione degli atti di gara) sino

¹ In tema di clausole escludenti, sia consentito rinviare all'approfondita analisi di G. VELTRI, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, n. 4, 2013; ma v. anche M. NATOLI, *Le clausole immediatamente escludenti negli appalti pubblici: un decalogo operativo dal Consiglio di Stato*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2025, n. 1350, in *ItaliAppalti*, 2025; e ancora, D. MARRAMA, *Clausole escludenti e domanda di partecipazione. Per la serie: a volte (... legittimamente ...) ritornano*, in *Federalismi.it*, n. 34, 2022. Per un approccio più generale, cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto, Molfetta, 2025; E. FERESIN, *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2011; R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, nota a Tar Veneto, Sez. I, 13 settembre 2011, n.1376, in *Urb. e app.*, n. 2, 2012; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Giuffrè, Milano, 2008; F. RISSO, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 9, 2013.

² La letteratura sull'argomento è vastissima: per tutti, sia sufficiente il rinvio a F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2025; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, VI, Il Mulino, Bologna, 2024; M. GIUSTINIANI, P. FONTANA, *Il nuovo processo dei contratti pubblici*, Dike giuridica, Roma, 2024; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVII, Giappichelli, Torino, 2026; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, III, Giappichelli, Torino, 2025; ma v. pure F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, in F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, *Trattato di giustizia amministrativa*, II, Giuffrè, Milano, 2008; e ancora, A. MASSERA, v. *I contratti con la pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Giuffrè, Milano, 2006.

all'aggiudicazione del contratto; il secondo, invece, origina dall'avvenuta stipulazione del contratto e vede mutare la natura e i poteri dell'amministrazione, la quale si trova ora a rapportarsi con l'aggiudicatario-contrante su un piano di (anche qui, tendenziale) parità. In altre parole, la prima fase risulta caratterizzata da una connotazione schiettamente pubblicistica del rapporto tra amministrazione e privati, mentre nella seconda fase si assiste all'emersione della disciplina civilistica e dei principi, che la governano, di parità ed eguaglianza tra i contraenti, principi che si impongono e trovano la loro ragion d'essere nell'avvenuta sottoscrizione del contratto³.

Dal che consegue che le controversie inerenti all'esercizio, al cattivo esercizio o al mancato esercizio da parte dell'amministrazione del potere attribuitole dalla legge saranno devolute alla cognizione del giudice amministrativo, in linea con quanto stabilito in via generale dall'articolo 7 c.p.a., a mente del quale «[s]ono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»⁴, con la precisazione che la nozione di pubbliche amministrazioni, ai fini del Codice del processo amministrativo, include anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

L'articolo 7 c.p.a. va naturalmente letto e interpretato alla luce del dettato costituzionale e, in particolare, dell'articolo 103, primo comma, della Costituzione, a mente del quale il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi, nonché dell'articolo 113, primo comma, della Costituzione, che garantisce, contro gli atti della pubblica

³ Sia consentito rinviare, al proposito, all'insegnamento sempre attuale di S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, UTET, Torino, 1989; naturalmente imprescindibile M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, e specialmente 3.1.: *L'attività amministrativa* e 3.2.: *L'attività amministrativa: continuazione e fine*, Giuffrè, Milano, 1967 e, dello stesso A., v. *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958; si vedano poi G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Giuffrè, Milano, 1986; S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2008; A. CROSETTI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Giappichelli, Torino, 1984; P. VIRGA, v. *Contratto (dir. amm.) – Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in AA. VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988; in termini, si veda anche Cons. St., Sez. V, sent. 27 ottobre 2021, n. 7217, secondo cui «[l]a disposizione riflette la costruzione c.d. bifasica tradizionale, per la quale nella formazione dei contratti ad evidenza pubblica le "procedure di affidamento" si collocano in una fase pubblicistica perché consistono in peculiari procedimenti amministrativi, che si concludono con il provvedimento di aggiudicazione; a questa segue la "stipulazione del contratto" che comporta la formale assunzione degli impegni negoziali e dà luogo alla fase esecutiva, la quale, ponendo le parti in posizioni sostanzialmente paritetiche, è rimessa alla cognizione del giudice ordinario».

⁴ Resta pacificamente esclusa l'impugnabilità degli atti politici, ossia di quegli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

amministrazione, la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa⁵.

Resteranno invece attratte nella sfera della giurisdizione ordinaria tutte le questioni che originino dalla sottoscrizione del contratto e, ovviamente, dall'esecuzione che a esso verrà data dall'aggiudicatario.

Occorre, tuttavia, sottolineare che quanto sinora detto costituisce la semplificazione di un criterio tanto intuitivo nell'enunciazione, quanto difficile nella sua applicazione concreta, non essendo infrequenti le ipotesi, che si presentano nella realtà operativa, nelle quali il confine risulta essere estremamente labile e che possono perfino arrivare a fondare la giurisdizione del giudice ordinario in quella che sarebbe, a tutti gli effetti, la fase pubblicistica (o a essa immediatamente precedente) della procedura: si pensi, per fare solo un esempio, alla fattispecie di responsabilità precontrattuale da lesione dell'affidamento, che la giurisprudenza più recente demanda alla cognizione del giudice ordinario in quanto «controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi»⁶.

Al fine di risolvere simili dubbi e stabilire correttamente la giurisdizione del giudice ordinario ovvero amministrativo, occorrerà pertanto fare ricorso, quale criterio discrezionale, al *petitum* sostanziale: il giudice adito dovrà, cioè, individuare e correttamente definire la questione controversa per poi ricondurla alla cognizione di questo o quel giudice a seconda che, fondamentalmente, essa riguardi la lesione di una posizione di interesse legittimo ovvero di diritto soggettivo.

È quanto ribadito, anche di recente, dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con una pronuncia che si colloca nel solco di una consolidata giurisprudenza⁷ e che individua quale elemento determinante ai fini del riparto di giurisdizione, per l'appunto, «il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi* ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione»⁸.

⁵ Si rinvia, per tutti, a G. BERTI, *Art. 103 e Art. 113*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Foro italiano, Bologna - Roma, 1987; in tema, cfr. anche M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2010.

⁶ Così, Cass., Sez. Un., ord. 29 febbraio 2024, n. 5441; in termini anche id., 17 giugno 2021, n. 17329 e 4 luglio 2017, n. 16419. In dottrina, *ex plurimis*, si rinvia a S. INGEGNATTI, *Sui presupposti fondanti la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*, in *Giur. it.*, n. 3, 2022; cfr. anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit.; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, VIII, Giappichelli, Torino, 2025; D. BARBIERATO, *La responsabilità precontrattuale della stazione appaltante. Profili risarcitori*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 6, 2014; R. GIOVAGNOLI, *La responsabilità extra e pre-contrattuale della P.A. Pervorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009; V. CARBONE, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 5, 2012; F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2015.

⁷ Per tutte, basti citare Cass., Sez. Un., ord. 22 gennaio 2024, n. 2147; id., 7 dicembre 2023, n. 34277; id., 7 settembre 2018, n. 21928; id., 15 settembre 2017, n. 21522; id., 11 ottobre 2011, n. 20902.

⁸ Cass., Sez. Un., ord. 29 febbraio 2024, n. 5441, già citata; in dottrina cfr., per tutti, R. VILLATA, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, II, Cedam, Padova, 2025; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino, 2025;

Dal che deriva la naturale conseguenza che «le norme che attribuiscono al giudice amministrativo la giurisdizione in particolari materie - nella specie che qui interessa: l'art. 133, lett. e1), c.p.a., in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - si devono interpretare nel senso che non vi rientra ogni controversia che in qualche modo riguardi una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente il dato della mera attinenza della controversia con la materia, ma soltanto le controversie che abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri»⁹.

1.1. La fase pubblicistica

Alla luce di quanto sinora detto, e con tutti i *caveat* del caso, si può quindi affermare che, nella c.d. fase pubblicistica della procedura, il rapporto che si instaura tra l'amministrazione e il privato costituisce manifestazione di un rapporto di diritto pubblico, nel quale cioè la prima si trova in una posizione sovraordinata rispetto alla platea dei destinatari dei suoi atti, in quanto depositaria dell'interesse pubblico, per il cui perseguimento la legge le attribuisce l'esercizio di determinati e specifici poteri.

L'emanazione degli atti e provvedimenti amministrativi e, a monte, la scelta stessa se emanarli o meno ricade, pertanto, nella sfera dell'agire autoritativo, che non presuppone, né richiede, la previa acquisizione del consenso del privato: al contrario, caratteristica tipica dell'azione di diritto pubblico della pubblica amministrazione in generale è proprio la capacità di incidere unilateralmente sulla posizione del privato, la cui situazione giuridica può pertanto definirsi di soggezione e suscettibile di trovare tutela solo laddove traducibile nella titolarità di un interesse legittimo, sia esso pretensivo ovvero oppositivo.

Con la dovuta precisazione – e la premessa – che la lesione dell'interesse del privato e il danno che a questi ne derivi a causa dell'attività pubblica, in tanto sono concepibili dall'ordinamento quale conseguenza dell'operato dell'amministrazione, in quanto questa abbia dovuto sacrificare le aspettative del singolo per poter perseguire (o perseguire al meglio) l'interesse della collettività che è la ragion d'essere stessa dell'attribuzione del potere.

In questa prima fase del rapporto negoziale, pertanto, il riferimento è all'articolo 7, comma 3, c.p.a., a mente del quale la giurisdizione amministrativa si articola in generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito.

Nella prima ricadono le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, anche se introdotte in via autonoma.

sempre preziosa la lettura di MALINVERNO R., “*Causa petendi*”, “*petitum*” formale e “*petitum*” sostanziale. Estratto da Il Foro Amministrativo (Anno VIII – Fasc. 3-4), Unione Arti Grafiche, Città di Castello, 1932.

⁹ Cass., Sez. Un., ord. n. 5441 del 2024, cit.; in termini, anche Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2011, n. 4614.

Gli altri due ambiti di giurisdizione costituiscono ipotesi tipiche, che ricorrono nelle sole materie indicate dalla legge e, rispettivamente, dall'articolo 133 c.p.a. per la giurisdizione esclusiva e dall'articolo 134 c.p.a. per quella estesa al merito. Nel primo caso, il giudice amministrativo conoscerà, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi mentre, nel secondo caso, al giudice sarà attribuito il potere di sostituirsi all'amministrazione stessa.

Con particolare riferimento all'ambito della contrattualistica pubblica, norma cardine è l'articolo 133 appena citato, che, al comma 1, lettera e), n. 1¹⁰, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi o forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti a evidenza pubblica, ivi incluse le controversie risarcitorie fino ad arrivare alla dichiarazione di inefficacia¹¹ del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.

Tale ultima previsione si ricollega alla più generale disposizione di cui all'articolo 7, comma 7, c.p.a., in forza del quale il principio di effettività della tutela giurisdizionale è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.

Nei contratti pubblici, pertanto, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non si limita solo all'annullamento dell'aggiudicazione, ma giunge fino alla dichiarazione di inefficacia del contratto, nei casi previsti dall'articolo 121 c.p.a. e sempre che non ricorrano esigenze imperative connesse a un interesse generale che imponga il mantenimento degli effetti del contratto pur in presenza delle violazioni ivi enunciate.

Al di fuori delle ipotesi testé elencate, nonché di quanto previsto dall'articolo 123, comma 3¹², c.p.a., il giudice può altresì dichiarare l'inefficacia del contratto nei casi di cui al successivo articolo 122, o meglio, in sede di annullamento dell'aggiudicazione definitiva, egli stabilirà se dichiarare inefficace il contratto, fissandone in tal caso la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio

¹⁰ Rimarcano la continuità con quanto già previsto dal d.lgs. n. 80 del 1998 e dalla l. n. 205 del 2000 L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI, *Manuale dei contratti pubblici*, Dike giuridica, Roma, 2025.

¹¹ Per tutti, si rinvia a S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹² Disposizione ai sensi della quale il giudice applica le sanzioni alternative anche qualora il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero sia stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

A chiusura del sistema di tutela così delineato si pone l'articolo 124 c.p.a., interessato dalla riforma di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici.

Difatti, l'articolo 209 del decreto legislativo n. 36 del 2023 ha novellato la disposizione in parola¹³, relativa alla tutela in forma specifica e per equivalente, estendendo la cognizione del giudice amministrativo anche alle azioni risarcitorie e a quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito (*id est*: violando i doveri di buona fede e correttezza¹⁴), abbia concorso a determinare un esito della gara illegittimo¹⁵. Come sottolineato nella Relazione del Consiglio di Stato al Codice, la modifica in parola è volta a offrire una maggior tutela, dal punto di vista risarcitorio, al terzo pretermesso che lamenti la lesione della propria posizione a seguito dell'illegittimità dell'aggiudicazione, consentendogli di agire non solo contro la pubblica amministrazione, ma anche direttamente nei confronti del concorrente-aggiudicatario che si sia comportato in maniera sleale. Allo stesso modo, è ampliata la possibilità di tutela in capo alla stazione appaltante¹⁶, la quale può essa stessa proporre un'azione di rivalsa nei confronti dell'illegittimo aggiudicatario (o anche del terzo concorrente) che non si sia comportato secondo canoni di correttezza e buona fede e abbia così determinato o comunque concorso a determinare l'esito *contra legem* della procedura¹⁷.

¹³ A mente dell'articolo 229, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici, la modifica in parola ha acquistato efficacia dal 1° luglio 2023.

¹⁴ Cfr. la Relazione del Consiglio di Stato al Codice, in *giustizia-amministrativa.it*. Il principio che impone alle parti di improntare il proprio comportamento al canone di buona fede ha assunto, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, un rilievo del tutto particolare: cfr. in proposito A. SANDULLI, *Il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, III, Giappichelli, Torino, 2025; v. pure L. TORCHIA, *Articolo 5*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2024.

¹⁵ La disposizione in parola prevede, inoltre, al comma 2, che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non abbia proposto la domanda di subentro nel contratto, o non si sia resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

¹⁶ Costituisce insegnamento noto, del resto, quello contenuto nella pronuncia 16 luglio 2016, n. 179, della Corte costituzionale, nel senso che, benché «gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni, da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge».

¹⁷ Nella citata Relazione è poi sottolineato che la novella in esame recepisce quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia n. 2 del 2017 e allo stesso tempo si pone in linea con il contenuto dell'articolo 41, comma 2, c.p.a., a mente del quale: «Qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo», nonché dell'articolo 5, comma 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici che, con riferimento ai «Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento», dispone che: «Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con una condotta contraria ai doveri di buona fede».

1.2. La fase privatistica

Si è detto che, una volta sottoscritto il contratto, questo rimetterebbe l'amministrazione e il privato su un piano di parità ed equiordinazione, eliminando i caratteri tipici dell'azione amministrativa e riportandola nell'alveo del principio dominante nel contratto, ossia il principio del consenso. Tale lettura appare, *prima facie*, desumibile dalla disposizione che figura oggi, a seguito della novella di cui alla legge n. 15 del 2005, al comma 1-*bis* dell'articolo 1 della legge n. 241 del 1990 e a mente della quale «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente»¹⁸.

Tale ultimo inciso e la clausola di salvaguardia che esso reca valgono, però, da soli a connotare di verità solo parziale quanto detto in precedenza. Sicuramente la sottoscrizione del contratto costituisce uno spartiacque in grado di determinare una netta inversione di tendenza e una conseguente – e obbligata – rimodulazione dei rapporti di forza e delle modalità di gestione del rapporto negoziale così instauratosi. È da sottolineare, però, che, per quanto i caratteri tipici dell'*agere* amministrativo risultino grandemente smussati, l'amministrazione non giunge mai, nell'esercizio della sua capacità di diritto privato, a comportarsi esattamente come il privato sua controparte contrattuale. E infatti, vi è un dato ineliminabile che attiene alla natura stessa dell'azione amministrativa, che non è per definizione libera nei fini, come invece è – e non può non essere – quella del privato: la funzionalizzazione dell'attività pubblica al perseguimento del pubblico interesse, in altre parole, permea di sé ogni momento del rapporto negoziale, imponendosi ogniqualvolta debba essere assunta una determinazione da parte dell'amministrazione. Com'è stato efficacemente affermato in dottrina, sono i mezzi (intesi come moduli dell'azione amministrativa) a cambiare, mai il fine¹⁹.

Difatti, anche volendo individuare il più ampio margine di autonomia para-privatistica concesso all'amministrazione nella gestione di un determinato aspetto della procedura, ebbene, pur sempre di procedura si tratterebbe: cioè, l'operato di questa, persino il più libero, risulterà sempre e fisiologicamente costretto entro le maglie del procedimento amministrativo, che nel settore della contrattualistica pubblica si arricchisce peraltro di peculiari connotati di specialità²⁰. Il che ha determinato l'insorgere di dubbi in ordine al riparto della giurisdizione anche in relazione a fattispecie che avrebbero dovuto essere

¹⁸ Sul punto, si segnala l'approfondita analisi di N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis. Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹⁹ Così, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto, Molfetta, 2024, p. 492 e pp. 1368 ss.

²⁰ Si pensi, per tutti, al principio della libertà delle forme di cui agli articoli 1325 e 1350 c.c., che nel contratto di appalto cede alla forma scritta "digitale" a pena di nullità: così, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale, op. ult. cit.*, p. 493, che conclude nel senso che «[l']azione amministrativa, pertanto, anche quando è svolta ricorrendo a moduli privatistici, non può essere in ogni caso equiparata all'azione giuridica dei soggetti privati, essendo sempre al servizio degli interessi della collettività e, quindi, in principio non libera né autonoma, ma finalizzata al raggiungimento di obiettivi e risultati prestabiliti e comunque controllabili».

pacificamente ricondotte alla cognizione del giudice ordinario, come nel caso, che si vedrà più avanti, delle clausole di revisione prezzi.

2. La crisi della tradizionale impostazione bifasica: la fase intermedia tra aggiudicazione e stipula del contratto

La ricostruzione della questione di giurisdizione in relazione alla natura essenzialmente bifasica delle procedure a evidenza pubblica – come sinora vista – è entrata in crisi nel corso degli anni.

Il nodo è l'avvenuta scissione del momento dell'aggiudicazione da quello della successiva stipula del contratto, che invece erano, prima del 2006, coincidenti, o meglio il provvedimento di aggiudicazione costituiva fonte di obblighi negoziali di per sé, senza necessità di addivenire alla stipula di un successivo contratto: la nascita di una tale fase intermedia tra quella pubblicistica e quella privatistica ha pertanto inevitabilmente messo in discussione la ricostruzione bifasica del rapporto e la correlata teoria di riparto della giurisdizione sinora esaminata, originando dubbi applicativi, sfociati in un aperto contrasto giurisprudenziale, con prese di posizione oscillanti da parte delle medesime Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in ordine all'interpretazione da dare all'articolo 133, comma 1, lettera e), n. 1, c.p.a.

Al riguardo, si registrano essenzialmente due orientamenti.

Per il primo, ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie sorte in relazione a una procedura a evidenza pubblica e aventi a oggetto l'operato della stazione appaltante: tanto – com'è pacifico – nella fase pubblicistica vera e propria, quanto nella successiva fase che va dall'avvenuta aggiudicazione sino alla sottoscrizione del contratto, rimanendo invece affidata alla cognizione del giudice ordinario la fase privatistica concernente la fase esecutiva del rapporto²¹.

Per il secondo orientamento, che fa perno su un'interpretazione restrittiva dell'articolo 133, nella fase che intercorre tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto il riparto di giurisdizione dovrebbe essere invece disciplinato secondo le regole generali in materia, e quindi secondo l'articolo 7 c.p.a., ripartendo la giurisdizione a seconda che venga in rilievo la lesione di un interesse legittimo ovvero di un diritto soggettivo²².

Per quanto riguarda la posizione accolta dal Consiglio di Stato, essa coincide con il primo dei suddetti orientamenti e, pertanto, operando un'interpretazione teleologica dell'articolo 7 c.p.a., giunge ad affermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nelle fattispecie relative, ad esempio, all'esercizio di poteri di autotutela successivamente all'aggiudicazione, che precludano la sottoscrizione del contratto, e alle conseguenze risarcitorie che ne derivino²³. Secondo il Consiglio di Stato, in sintesi,

²¹ V. Cass., Sez. Un., ord. 13 marzo 2020, n. 7219; id., 25 maggio 2018, n. 13191; id., 29 gennaio 2018, n. 2144.

²² Per tutte, Cass., Sez. Un., ord. 17 dicembre 2020, n. 28979.

²³ Cfr. sul punto Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

«lo spazio giuridico interinale che segue l'aggiudicazione e precede il contratto [...] non sottrae la relativa sub-fase alla fase pubblicistica (e, di conserva, alla giurisdizione amministrativa), trattandosi di fase ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante»

²⁴.

Tale esito interpretativo sarebbe, innanzitutto, confermato da una lettura sistematica dell'articolo 133, comma 1, lettera e), n. 1, nella parte in cui, riferendosi alle controversie «relative a procedure di affidamento», consentirebbe di includervi anche «quelle che attengono ad atti che, pur collocandosi dopo l'aggiudicazione, riguardano comunque la procedura di affidamento, nel senso che ne determinano le sorti o incidono sull'individuazione del contraente e comunque sono originate dall'adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi».

Né varrebbe richiamare il distinguo tra controversie risarcitorie inerenti alla procedura e controversie risarcitorie solo “occasionate” dalla stessa, operato dalla Corte di Cassazione, poiché, al contrario, ogni controversia risarcitoria sorta in una procedura a evidenza pubblica comunque trova in essa, e nell'esercizio dei poteri di autotutela con i quali siano stati caducati atti del procedimento, la propria ragion d'essere. Nello stesso senso, poi, militerebbero anche delle considerazioni di ordine teleologico, se è vero che la giurisdizione esclusiva è riferita a materie nelle quali diritti soggettivi e interessi legittimi sono tanto compenetrati da risultare impraticabile una scissione nella cognizione del giudice²⁵.

A tutt'altre conclusioni è giunta, invece, ancora di recente²⁶, la Corte di Cassazione, riconoscendo fondata la censura relativa alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione²⁷ in quanto, nella fase procedimentale che si colloca tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto – e che trova la sua *ratio* nella necessità di pervenire al «consolidamento della scelta del contraente»²⁸, consentendo l'espletamento delle dovute verifiche in ordine al possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario e, se del caso, l'esercizio dei poteri di autotutela da parte della stazione appaltante –, la giurisdizione resterebbe regolata dalle norme generali sulla giurisdizione, non potendo tale fase essere considerata *sic et simpliciter* una prosecuzione naturale della fase pubblicistica che precede l'aggiudicazione.

²⁴ Cons. St., Sez. V, n. 7217 del 2021, cit.; conforme, id., 2 agosto 2019. n. 5498.

²⁵ Analogamente, v. Cass., Sez. Un., sent. 29 maggio 2017, n. 13454, che ha riconosciuto l'esistenza di una «situazione d'interferenza tra diritti ed interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo, riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto».

²⁶ Cass., Sez. Un., ord. 4 gennaio 2023, n. 111, su ricorso proposto avverso la già citata pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 7217 del 2021.

²⁷ Si specifica, al riguardo, che i riferimenti normativi della pronuncia sono relativi al Codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame.

²⁸ Cass., Sez. Un., ord. n. 111 del 2023, cit.

Al contrario, la fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto può essere considerata «una fase sì prenegoziale, ma nella quale l'esercizio di poteri discrezionali pubblicistici non viene (più) in rilievo»²⁹, con la conseguenza che «la giurisdizione amministrativa esclusiva indicata dall'art. 133, primo comma, lett. e), n. 1), c.p.a. concerne le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva, mentre le controversie vertenti sull'attività successiva, anche se precedente alla stipula del contratto, debbono di necessità seguire l'ordinario criterio di riparto»³⁰.

Nel caso di specie, pertanto, la domanda di risarcimento del danno proposta dalla stazione appaltante, originaria ricorrente, è stata dalla Corte ricondotta non all'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione in sé, bensì a un più generale contesto di valutazione relativo a comportamenti riconducibili nell'alveo della responsabilità precontrattuale dell'aggiudicatario poi decaduto, con conseguente affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, proiettandosi tale domanda di risarcimento «non nella fase pubblicistica della gara ma in un ambito pienamente contrattuale ovvero pre-contrattuale, in fase successiva all'aggiudicazione definitiva, in cui i soggetti [...] si ritrovano su un piano di perfetta parità»³¹.

3. Il riparto di giurisdizione nelle controversie inerenti all'applicazione delle clausole di revisione prezzi

Se è vero che la questione del riparto di giurisdizione nella fase intermedia tra aggiudicazione e stipula del contratto resta un tema aperto, è anche vero che analoghi dubbi interpretativi e applicativi della disposizione di cui all'articolo 133 c.p.a sono sorti anche nella fase esecutiva del contratto, fase nella quale la giurisdizione dovrebbe essere, come visto, pacificamente attribuita al giudice ordinario.

Il riferimento è alla previsione, contenuta stavolta nel comma 1, lettera e), n. 2, della disposizione citata, la quale riconduce nell'alveo della giurisdizione esclusiva anche le controversie «relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».

Prima di scendere nel dettaglio del tema che qui interessa, occorre premettere che le clausole di revisione dei prezzi sono uno degli strumenti messi in campo dal Legislatore al fine di preservare e mantenere per quanto possibile inalterato l'equilibrio contrattuale ed economico tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario della commessa pubblica, consentendo l'aggiornamento del costo del contratto in corso di esecuzione, sulla base degli indici determinati dalla legge, al fine di far fronte a eventi inattesi e sopravvenuti che minino o possano minare di fatto la sostenibilità economica dell'operazione.

²⁹ Così, Cass. Sez. Un., ord. 6 aprile 2022, n. 11257.

³⁰ Cass., Sez. Un., ord. n. 111 del 2023, cit.

³¹ *Ivi*.

La norma che costituisce il fondamento di una simile previsione è quella desumibile, oggi, dall'articolo 9 del Codice dei contratti pubblici, relativo al principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale³² - elemento che va correttamente riferito all'assetto negoziale come risultante al momento dell'aggiudicazione e non, invece, a quello della presentazione dell'offerta ovvero della sottoscrizione del contratto.

Il fine della disposizione è tutelare la parte svantaggiata³³, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, di fronte alla sopravvenienza di circostanze straordinarie e imprevedibili (estranee alla normale alea del contratto, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato), tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto. In tal caso, sorge il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali, nei limiti di quanto necessario per conseguire il ripristino dell'originario equilibrio del contratto, ma senza alterarne la sostanza economica³⁴.

L'ultimo comma dell'articolo 9 rinvia, quale disposizione che ne costituisce applicazione, all'articolo 60³⁵ del medesimo Codice, che innova la materia rispetto alla disciplina previgente, stabilendo l'obbligatorietà dell'inserimento, nei documenti iniziali di gara, delle clausole di revisione prezzi in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Tali clausole – le quali non devono essere tali da apportare modifiche

³² Su cui, *ex plurimis*, B. MARCHETTI, *Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale* (art. 9), nonché E. GUARNIERI, *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti* (artt. 9, 60, 120, 125), entrambi in M. CLARICH, *Commentario, cit.*; S. VINTI, *Articolo 9*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario, cit.*; F. LIGUORI, P. LA SELVA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, ESI – Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. it.*, n. 8-9, 2023; E. TUCCARI, *Soppravvenienze e revisione del prezzo nel contratto d'appalto: spunti per una ricostruzione sistematica*, in *juscivile.it*, n. 6, 2019; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, IV, Giuffrè, Milano, 2024; V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. - TAR*, n. 5, 2006; F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in G. IUDICA (a cura di), *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, CEDAM, Padova, 1997. Il tema della gestione delle sopravvenienze nei rapporti di durata in generale è stato oggetto di numerose indagini: senza pretesa di esaustività, e in disparte l'ovvio riferimento a R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 2004, come pure a C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, II, Giuffrè, Milano, 2000, e naturalmente a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, UTET, Torino, 1960, si vedano V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, ESI – Editoriale Scientifica, Napoli, 2000; A. BENEDETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, ESI – Editoriale scientifica, Napoli, 2024; G. SICCHIERO, v. *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv – sez. civ., App. agg.*, II, UTET, Torino, 2003; P. GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, CEDAM, Padova, 1992; E. GABRIELLI, *Studi sulle tutele contrattuali*, CEDAM, Padova, 2017 e, dello stesso A., il più recente *Soppravvenienza e rinegoziazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1, 2024; e ancora, F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi - 2*, II, Giuffrè, Milano, 2022.

³³ A tale proposito, è altresì stabilito che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze.

³⁴ Tuttavia, se le circostanze sopravvenute rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale.

³⁵ L'articolo 60 è stato significativamente modificato dal Correttivo al Codice, di cui al d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209. Nell'articolo 9 è poi richiamato l'articolo 120 del Codice, relativo alla possibilità di modifica dei contratti in corso di esecuzione.

che finiscano per alterare di fatto la natura generale del contratto – si attivano, per previsione normativa, al ricorrere di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinino, alternativamente, una variazione del costo dell'opera (in aumento o in diminuzione) superiore al 3 per cento dell'importo complessivo³⁶, ovvero una variazione del costo della fornitura o del servizio (anche in questo caso, sia essa in aumento o in diminuzione) superiore al 5 per cento dell'importo complessivo³⁷.

Come anticipato, la valutazione in ordine all'avvenuto scostamento da quanto inizialmente previsto nel contratto, e la sua entità, sono valutati in relazione a precisi indici normativi, individuati dall'Allegato II.2-*bis*³⁸ del Codice per quanto riguarda i contratti di lavori, e relativi invece agli indici, anche disaggregati, dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e delle retribuzioni contrattuali orarie per quanto riguarda i contratti di servizi e forniture.

Quanto sinora detto non è applicabile, com'è ovvio che sia, agli appalti di servizi e forniture il cui prezzo sia già stato determinato sulla base di una indicizzazione, venendo meno in tal caso l'elemento fondamentale dell'alea del contratto.

Resta fermo che, in aggiunta alle suddette clausole – il cui inserimento, come anticipato, è obbligatorio alla luce del nuovo Codice, che ha pertanto riproposto sul punto la scelta di obbligatorietà contenuta nel Codice del 2006 ma poi disattesa in quello del 2016³⁹ –, per gli appalti di servizi e forniture è possibile prevedere anche meccanismi ordinari di adeguamento del prezzo del contratto a un indice inflattivo convenzionalmente individuato tra le parti: ricorrendo tale ipotesi, l'incremento di prezzo riconosciuto in virtù dei suddetti meccanismi non sarà considerato nel calcolo della variazione del costo del servizio o della fornitura rilevante ai fini dell'attivazione delle clausole di revisione prezzi.

Da quanto sinora esposto, appare evidente che le controversie relative a tali clausole non possono che collocarsi nella fase privatistica del contratto e, pertanto, la giurisdizione dovrebbe spettare al giudice

³⁶ In tal caso, le clausole in esame operano nella misura del 90 per cento del valore eccedente la variazione del 3 per cento applicata alle prestazioni da eseguire.

³⁷ Per fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi, le stazioni appaltanti utilizzano: *a)* nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziare annualmente relativamente allo stesso intervento; *b)* le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti; *c)* le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile.

³⁸ Ai sensi del comma 4-*quater* dell'articolo 60 in esame, tale Allegato II.2-*bis* disciplina le modalità di applicazione delle clausole di revisione dei prezzi, tenuto conto della natura e del settore merceologico dell'appalto e degli indici disponibili e ne specifica le modalità di corresponsione, anche in considerazione dell'eventuale ricorso al subappalto. L'Allegato circoscrive l'ambito oggettivo di applicazione della revisione dei prezzi stabilendo che, negli appalti di lavori, essa si applica ai lavori di nuova costruzione, nonché di manutenzione (sia essa ordinaria ovvero straordinaria), mentre negli appalti di servizi e forniture essa trova applicazione nei soli contratti di durata, il cui oggetto non consista cioè in una prestazione a esecuzione istantanea.

³⁹ Cfr., al riguardo, l'articolo 106, comma 1, lett. a).

ordinario: tuttavia, si registrano posizioni contrastanti in ordine al giudice munito di giurisdizione, da un lato in relazione all'ipotesi in cui rilevi l'applicabilità, *ratione temporis*, dell'articolo 115 del vecchio Codice dei contratti (d.lgs. n. 163 del 2006) e, dall'altro e più in generale, in ordine all'ampiezza dei poteri e alla discrezionalità da riconoscersi in capo alla stazione appaltante dinanzi alla richiesta, formulata dal privato, di attivare la clausola.

Iniziando dal primo aspetto, il problema sorge con riferimento al dettato dell'articolo 133, comma 1, lettera e), n. 2, c.p.a., che, come visto, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie [...] relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163», disposizione quest'ultima che prescrive che la revisione venga operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili.

Ebbene, il contrasto giurisprudenziale in ordine al riparto della giurisdizione è sorto a causa delle incertezze relative alla natura di tale accertamento istruttorio e, soprattutto, ai margini operativi e di discrezionalità che residuano in capo alle stazioni appaltanti: a una prima tesi che individua in tale fattispecie l'esercizio di un potere autoritativo caratterizzato da ampi spazi di discrezionalità da parte della pubblica amministrazione, con conseguente radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si contrappone altra lettura che, al contrario, vede in ciò una mera richiesta di adempimento di un obbligo contrattuale predeterminato sotto ogni aspetto e, pertanto, invoca la giurisdizione del giudice ordinario⁴⁰.

Sulla questione ha avuto modo di pronunciarsi, con una recente sentenza⁴¹, il Consiglio di Stato, che ha superato tali considerazioni, riportando il *thema decidendum* alla questione della mera interpretazione letterale del dettato normativo e pertanto concludendo nel senso che l'unico accertamento da fare sia se la fattispecie concreta rientri o meno nell'articolo 115 del Codice del 2006: rispondendo affermativamente a tale quesito, non residueranno dubbi in ordine al radicamento della giurisdizione amministrativa, in virtù del rinvio di cui all'articolo 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a.

In tal senso propenderebbe, inoltre, la considerazione della *ratio* della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che impone di superare la rigida contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse

⁴⁰ «Nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformità alla previsione di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), del d.lgs. 104 del 2010, sussiste nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla P.A. committente, attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione, mentre, nella contraria ipotesi in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria»: così, Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2020, n. 21990; id., 22 novembre 2021, n. 35952; id., 8 febbraio 2022, n. 3935.

⁴¹ Cons. St., Sez. V, sent. 22 gennaio 2025, n. 489.

legittimo, per operare la concentrazione delle tutele dinanzi a un unico giudice «in una specifica materia contraddistinta da un intreccio di diritti soggettivi ed interessi legittimi e così superare gli inconvenienti pratici connessi al tradizionale criterio di riparto fondato sulla distinzione tra le situazioni giuridiche soggettive ora enunciate»⁴².

Come anticipato, pertanto, il punto dirimente della questione è individuato dal Collegio nella corretta interpretazione da dare all'articolo 133, comma 1, lettera e), n. 2, c.p.a., nella parte in cui opera il richiamo al Codice del 2006. Fermo restando che il predetto articolo 133 c.p.a. sicuramente ricomprende tutte le ipotesi in cui si controverta dell'applicazione di una clausola di revisione del prezzo del contratto, nella specifica ipotesi in cui si ricada nell'ambito dell'articolo 115 del Codice del 2006 risulta essere «ininfluente [...] la verifica della sussistenza o meno di poteri autoritativi dell'amministrazione committente nella conduzione dell'istruttoria», rilevando solo, «nel singolo giudizio nel quale è fatta questione di revisione del prezzo delle prestazioni di un pubblico appalto, [...] la sua riconducibilità alla previsione dell'art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006, come richiamata dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2 c.p.a.»⁴³.

Laddove la fattispecie concreta rientri nell'articolo 115 predetto, perciò, essa sarà senza alcun dubbio da ricondursi alla giurisdizione del giudice amministrativo in virtù del richiamo operato dalla norma processuale, senza necessità alcuna di dover ulteriormente indagare circa la permanenza o meno di poteri di tipo autoritativo in capo alla stazione appaltante in sede di istruttoria⁴⁴.

La sentenza appena illustrata appare interessante anche sotto un altro punto di vista, poiché in punto di diritto il Collegio compie una disamina delle posizioni delineatesi in giurisprudenza in ordine al riparto della giurisdizione, in relazione al riconoscimento o meno della sussistenza di margini di discrezionalità in capo alla stazione appaltante nel momento in cui l'operatore privato richieda l'attivazione della clausola di revisione prezzi (prevista nel bando per obbligo normativo, come disposto nei Codici del 2006 e del 2023, ovvero convenzionalmente inserita dalle parti nell'esercizio di una mera facoltà, come stabilito nel Codice del 2016).

La questione si appunta in ordine al se la stazione appaltante sia senz'altro tenuta a dare seguito alla richiesta, ovvero se possa disattenderla, e conseguentemente si sposta sull'individuazione del giudice dinanzi al quale impugnare l'eventuale diniego⁴⁵. In altri termini, il punto è se, nell'applicare la clausola di

⁴² Così, Cons. St., Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5446; in termini, anche Cass., Sez. Un., ord. 1° febbraio 2019, n. 2160.

⁴³ Cons. St., Sez. V, n. 489 del 2025, cit.

⁴⁴ Come si legge nella citata sentenza, infatti, «[l]a *quaestio iuris* sottesa al criterio di riparto della giurisdizione in tema di revisione prezzi consiste allora nella riconducibilità del caso concreto ovvero dell'una e/o dell'altra delle dette norme successive alla previsione dell'art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2005 [...]. In base a quanto sopra argomentato, la regolazione ai sensi di tale norma è sufficiente a radicare la giurisdizione esclusiva in capo al giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. e), n. 2 c.p.a., senza necessità di ulteriori verifiche in tema di poteri esercitabili o esercitati dalla stazione appaltante nel procedimento iniziato ad istanza dell'appaltatore per la revisione dei prezzi».

⁴⁵ Con la fondamentale premessa che risulta oramai ampiamente superato «il tradizionale orientamento interpretativo secondo cui al giudice amministrativo spettavano le sole controversie relative all'*an* della pretesa alla revisione del prezzo,

revisione prezzi, alla pubblica amministrazione sia consentito, o meno, l'esercizio di valutazioni discrezionali in ordine alla sussistenza dei presupposti e all'ammontare dello scostamento delle condizioni contrattuali da quelle pattuite.

La giurisprudenza pone l'accento sul contenuto concreto delle clausole e, in particolare, sul grado di dettaglio che le caratterizza, imponendo quindi una valutazione caso per caso.

In linea generale, si afferma che, in presenza di una clausola che ponga un obbligo di rinegoziazione chiaro e preciso⁴⁶, la sua attivazione costituirebbe un diritto per il privato e un obbligo per l'amministrazione, con la conseguenza che in capo a quest'ultima non residuerebbero margini di discrezionalità, ma si tratterebbe di adempiere a una prestazione negoziale ponendo in essere, quindi, un'attività vincolata tanto in ordine all'*an*, che al *quantum* della revisione. Pertanto, la stazione appaltante non potrebbe opporre alcun rifiuto all'istanza formulata in tal senso dal privato e, laddove lo facesse, l'impugnazione del provvedimento di segno negativo spetterebbe alla cognizione del giudice ordinario, dovendosi escludere la sussistenza e l'esercizio di un potere autoritativo al riguardo.

In questi termini si è espresso, di recente, il Tar Lazio, che ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario, in quanto la clausola della quale il privato chiedeva l'attivazione – e alla quale la stazione appaltante aveva opposto un rifiuto – conteneva un obbligo preciso e puntuale, tale da far concludere nel senso che non residuasse «in capo all'Amministrazione intimata alcuna posizione di potere, essendole impedita qualsivoglia valutazione discrezionale in ordine al riconoscimento dell'aumento revisionale dei prezzi e tantomeno all'ammontare dello stesso, la cui misura è puntualmente fissata»⁴⁷.

Conseguentemente, collocandosi l'operato della stazione appaltante al di fuori dell'ambito della discrezionalità amministrativa, il Collegio non ha applicato al caso di specie l'articolo 133 c.p.a. e la concentrazione delle tutele dinanzi al giudice amministrativo ivi prevista, bensì ha fatto applicazione delle regole generali sul riparto della giurisdizione e, quindi, venendo in rilievo il diritto soggettivo dell'operatore economico alla revisione del prezzo, ha ritenuto doversi dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario⁴⁸.

Al contrario, in presenza di clausole che non disciplinino compiutamente l'obbligo di procedere alla modifica contrattuale in parola, sussisterebbe in capo alla stazione appaltante un rilevante margine di

mentre competevano al giudice ordinario le questioni inerenti alla quantificazione del compenso»: Cass., Sez. Un., ord. n. 2160 del 2019, cit.

⁴⁶ Per usare le parole dell'articolo 106, comma 1, lettera a), del Codice del 2016, l'obbligo di rinegoziazione del prezzo deve risultare «nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili».

⁴⁷ Tar Lazio, Sez. II-ter, sent. 25 marzo 2024, n. 5886, che a sua volta richiama Cass., Sez. Un., ordd. 8 febbraio 2022, n. 3935; 12 ottobre 2020, n. 21990; 1° febbraio 2019, n. 3160 e 19 marzo 2009, n. 6595.

⁴⁸ In termini, Cons. St., Sez. III, 25 luglio 2023, n. 7291; cfr. anche Cass., Sez. Un., ordd. nn. 3935 del 2022 e 21990 del 2020, cit.

discrezionalità che determinerebbe pertanto l'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Secondo l'insegnamento consolidato della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, infatti, «[n]elle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformità alla previsione di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), del d.lgs. 104 del 2010, sussiste nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla P.A. committente, attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione, mentre, nella contraria ipotesi in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria»⁴⁹.

Ovviamente, tutto quanto sinora detto vale nelle ipotesi nelle quali si abbia l'inserimento nei documenti di gara e, quindi, in contratto, di una siffatta clausola – avvenga ciò, si ribadisce, per obbligo normativo (com'era nel Codice del 2006 e com'è nel vigente) ovvero per libera scelta delle parti (com'era nella vigenza del Codice del 2016).

A tutt'altre posizioni è giunta, invece, la giurisprudenza con riferimento all'ipotesi in cui il privato richieda la rinegoziazione del prezzo del contratto, per l'essere intervenute in corso di esecuzione delle circostanze impreviste (nel caso di specie, la crisi economica derivante dalla pandemia e dall'aumento del prezzo delle materie prime legato al conflitto russo-ucraino), ma nell'assenza di una previsione contrattuale in tal senso.

Al riguardo, è stato affermato che «la revisione del contratto è ammessa, di regola (salve disposizioni di leggi speciali) solo ove espressamente pattuita»⁵⁰, con la conseguenza che, nel caso in cui nel contratto difetti una simile previsione, l'operatore economico non potrà pretendere l'avvio di un'attività istruttoria da parte della stazione appaltante in ordine alla sussistenza dei requisiti per procedere alla revisione del prezzo. Conseguentemente, il rifiuto da questa opposto all'apertura di tale procedimento sarà legittimo, poiché «fuori da una disciplina contrattuale o normativa specifica più stringente, la revisione dei prezzi non costituisce né un dovere in capo all'amministrazione, né un diritto del fornitore ma un'evenienza rimessa al raggiungimento di un comune accordo delle parti»⁵¹.

La posizione vantata dal privato in ordine alla rinegoziazione del prezzo del contratto, pertanto, non può qualificarsi in tal caso come di interesse legittimo né, tantomeno, di diritto soggettivo: in altre parole, il

⁴⁹ Così, Cass., Sez. Un., ord. n. 21990 del 2020, cit.; in termini, v. anche Cass., Sez. Un., 22 novembre 2021, n. 35952.

⁵⁰ Cons. St., Sez. VI, 23 febbraio 2023, n. 1844.

⁵¹ *Ivi*.

privato non può pretendere, in mancanza di siffatte clausole nel contratto, che la pubblica amministrazione prenda in considerazione l'avvenuto cambiamento delle condizioni economiche per sopravvenienze impreviste. Naturalmente, la stazione appaltante potrà valutare di accedere all'istanza dell'operatore economico e concordare con questi una modifica contrattuale sul prezzo, ma tale decisione resta entro un ambito di discrezionalità, il che porta pacificamente a ricondurre la cognizione in ordine all'eventuale provvedimento di rigetto della suddetta istanza al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva⁵².

4. Conclusioni

Il tema del riparto di giurisdizione nella materia dei contratti pubblici presenta, come si è visto, profili di criticità e incertezze applicative di non poco momento. Se, da un lato, ciò discende dalle peculiarità del settore, caratterizzato com'è dalla coesistenza – non sempre facile, non sempre pacifica – di situazioni di libertà e di imperio, riflesso dei valori costituzionali che vengono in rilievo nel suddetto ambito (per tutti, a titolo meramente esemplificativo, si pensi alla libertà di iniziativa economica e alle esigenze di efficienza, efficacia ed economicità in cui si declina il richiamo al buon andamento della pubblica amministrazione), dall'altro non può sottrarsi il continuo processo evolutivo cui è sottoposta la contrattualistica pubblica, per il fisiologico emergere di nuove istanze (anche) di tutela degli operatori economici, nonché per l'incessante fermento interpretativo che tuttora si registra intorno all'idea dell'amministrare per contratti e, più in generale, secondo moduli negoziali e consensuali.

Ciò determina una configurazione quasi magmatica del quadro normativo del settore, soggetto a continue revisioni e fughe in avanti, che la riflessione della dottrina e l'opera di ricomposizione della giurisprudenza tentano di ricondurre a unità, sciogliendo i nodi interpretativi ancora irrisolti. In tal senso, il tema della salvaguardia dell'equilibrio contrattuale si candida a esempio quasi paradigmatico delle nuove frontiere del diritto amministrativo – frontiere mobili e modellabili, che più che tracciare un confine, assicurano oggi un continuo scambio osmotico con il diritto e gli istituti civilistici. Mai come oggi, infatti, i due ordinamenti appaiono vicini, influenzati da reciproche contaminazioni e suscettibili di essere messi a sistema per costruire l'immagine di un'amministrazione nuova, orientata al risultato e in grado di misurarsi con l'autonomia privata anche prescindendo dal ricorso agli strumenti autoritativi classici.

Se questo è l'obiettivo, la sfida sta allora (anche) nel (ri)calibrare il sistema delle tutele, che in tanto potrà definirsi realmente effettivo ed efficace, in quanto risulti dotato di un'intrinseca coerenza che consenta – innanzitutto e perlomeno – di individuare tempestivamente e senza margine di errore il giudice munito

⁵² Così la recente sentenza Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2024, n. 9212.

di giurisdizione in relazione a un determinato aspetto o sviluppo della procedura: è, questo, un aspetto preliminare e, in quanto tale, imprescindibile.

L'opera è certamente complessa ma necessaria: è la costruzione di un'amministrazione moderna, agile e proiettata verso il futuro, che al contempo sia in grado di non perdere di vista le esigenze di tutela dell'affidamento degli operatori economici e più in generale di certezza delle situazioni giuridiche e di prevedibilità delle conseguenze legali, veri e propri interessi superiori dell'ordinamento.