

APPALTI PUBBLICI: T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione I, Sentenza 11 novembre 2025, n. 3669.

1. Appalti - Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – prosecuzione coattiva della gestione Esecuzione – Sopravvenienze – Rinegoziazione – Buona fede

In ipotesi di indeterminata prosecuzione coattiva della gestione oltre la vigenza temporale dell'originario affidamento (preso in considerazione dell'offerta economica o dal PEF se previsto), al fine di ricondurre il rapporto all'originario equilibrio, occorre fare riferimento sia ai rimedi previsti per i rapporti negoziali sia a quelli contemplati nello specifico ambito dei contratti pubblici distinguendo, in questo settore, tra rimedi, ratione temporis vigenti, applicabili in via diretta (art. 9 del d.lgs. n. 36/2023) e in via analogica (art. 165 del d.lgs. n. 50/2016). (1).

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Esecuzione – Sopravvenienze – Rinegoziazione – Buona fede

La rinegoziazione, quale rimedio che si affianca a quelli tipici della risoluzione e revisione, costituisce attuazione del più generale principio rebus sic stantibus che caratterizza i rapporti di durata, nonché del principio di equità sostanziale che trova il proprio ancoraggio nel principio di solidarietà sociale costituzionalmente tutelato. L'istituto de quo mira a riportare il contenuto del rapporto al suo originario equilibrio, allorché, nel corso dell'esecuzione, si verificano sopravvenienze non imputabili alla parte che producono conseguenze pregiudizievoli, non accettate e non rientranti nell'alea giuridica. Realizza, pertanto, sia l'interesse concreto della parte che, altrimenti, rimarrebbe frustrato dal regolamento originario medio tempore squilibratosi, sia l'utilità della complessiva operazione economica predisposta dalle parti. (2).

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Esecuzione – Sopravvenienze – Rinegoziazione – Buona fede

Il rimedio manutentivo, contemplato nell'art. 9 del d.lgs. n. 32 del 2023, consente alla parte svantaggiata, colpita dalla sopravvenienza, di avvalersi del diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali, cui corrisponde l'obbligo della controparte di rinegoziarle secondo buona fede. Consiste non solo nell'obbligo di svolgere trattative (pactum de tractando, che incide sull'an), ma anche nell'obbligo di modificare il rapporto per riportarlo in equilibrio (pactum de contrahendo, che incide sul quid). L'esito della rinegoziazione non può alterare la sostanza economica dello specifico rapporto in essere e, nell'ambito del rapporto concessorio, non può modificare il regime sul rischio operativo assunto dal concessionario.

(1) Conformi: Cons. Stato, sez. V, n. 7478 del 2021.

(2) Conformi: Corte cost., n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sesto Calende;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2025 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

AGRE s.p.a. (già AGES s.p.a.) è un operatore economico che svolge l'attività di distribuzione del gas naturale. Attualmente è gestore del servizio di distribuzione del gas naturale in tre Comuni della Provincia di Varese (Sesto Calende, Besozzo e Golasecca) e in un Comune della Provincia di Milano (Pero), servando complessivamente circa 15 mila utenti.

La gestione del Comune di Sesto Calende, dal punto di vista degli utenti serviti, incide circa per un terzo sull'attività complessiva (5 mila circa su 15 mila complessivi).

Con contratto del 26.5.2005, il Comune di Sesto Calende, previa gara ad evidenza pubblica, ha affidato in concessione il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale AGRE s.p.a. (già Ages s.p.a.) per la durata di dodici anni (dal 26.5.2005 al 25.5.2017). Il contratto di concessione prevede il pagamento di un canone annuale in favore del Comune.

Con contratto del 21.10.2016, le parti definivano hanno definito la nuova base di calcolo del canone annuo a seguito dell'entrata in vigore, con decorrenza 2009, della riforma del sistema tariffario (Deliberazione AEEGSI 159/2008 e allegata RTDG 2009-2012), con effetto retroattivo dall'entrata in vigore della riforma e fermo restando che il canone era dovuto sino alla scadenza contrattuale.

In data 25.5.2017 terminava l'efficacia del contratto di concessione.

Dopo la scadenza del contratto (intervenuta, come detto, il 25.5.2017), aveva inizio la fase di gestione ex lege del servizio, ai sensi dell'art. 14, comma 7, d.lgs. n. 164/2000, sulla base del canone originario. Nel corso del rapporto il Comune ha agito innanzi al giudice ordinario contro AGRE al fine di ottenere il pagamento dei canoni di concessione maturati dopo la scadenza del contratto (a partire dal 26.5.2017 al 2022). I contenziosi sono pendenti in grado di appello.

In data 18.10.2023, AGRE, nella pendenza del contenzioso civile, ritenendo di non poter sostenere economicamente l'originario canone anche durante il periodo di gestione ex lege, ha presentato al Comune una richiesta di rideterminazione del canone scaduto "in funzione di riequilibrio sinallagmatico e sostenibilità economica della gestione" per il periodo dal 2017 al 2025.

A fondamento della richiesta la società invocava l'"applicazione (in via diretta o analogica) dell'art. 165, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell'art. 143, comma 8, d.lgs. n. 163/2006 e/o dell'art. 19, comma 2 bis, l. n. 109/1994 e dell'art. 3, l. n. 415/1998, ovvero in applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede oggettiva, ai sensi dell'art. 1, comma 2 bis, l. n. 241/1990 e degli artt. 1175 e 1375 c.c., nonché del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale oggi sancito dall'art. 9, d.lgs. n. 36/2023".

A seguito dell'istruttoria sull'istanza (nota del Comune del 18.1.2024, nota di AGRE 16.2.2024 e del 4.4.2024, Tavolo tecnico del 4.9.2024, nota di AGRE del 4.11.2024), il Comune con nota del 23.12.2024 comunicava il preavviso di rigetto ex art. 10, legge n. 241/1990.

Non ritenendo di superare i motivi ostativi tramite le osservazioni del 30.12.2024 trasmesse dalla società, il Comune con provvedimento del 18.2.2025 confermava il preavviso di diniego e respingeva l'istanza del 18.10.2024.

AGRE ha impugnato il provvedimento del 18.2.2025 affidando il gravame ad un unico articolato motivo.

La ricorrente sostiene di gestire il servizio pubblico di cui è affidataria ex lege in disequilibrio economico finanziario e che il Comune, non dando seguito all'istanza di riequilibrio, la costringerebbe a gestire il servizio in perdita al di fuori dei suoi obblighi contrattuali, costringendola all'“inevitabile prospettiva dell'insolvenza”.

Afferma l'insostenibilità dell'attuale canone da corrispondere al concessionario, a fronte delle componenti tariffarie volte a remunerare i costi del servizio [i) i costi di capitale; ii) i costi operativi; iii) gli ammortamenti per gli impianti realizzati durante la gestione successiva alla scadenza della concessione] che non sono sufficienti a mantenere in equilibrio economico la gestione (documentazione allegata all'istanza del 18.10.2023).

Evidenzia che il ritardo delle Autorità d'ambito nell'indire la gara per l'affidamento del servizio, rispetto ai perentori termini di legge entro cui avrebbe dovuto essere indetta, ha “determinato una enorme dilatazione della fase di gestione transitoria”. Aggiunge al riguardo che l'elemento modificativo del rapporto “è costituito dalla proroga imposta ex lege (peraltro, di durata indefinita, non essendo prevedibile il momento in cui subentrerà il nuovo concessionario all'esito della gara d'ambito non ancora bandita)”.

Contesta quindi la tesi del Comune secondo cui l'equilibrio originario di cui al contratto di concessione comporta l'impegno del concessionario ad assicurare a tempo indeterminato le condizioni economiche offerte. Al contrario, afferma che l'equilibrio originario del contratto comporta che le condizioni economiche ivi previste valgono sino alla scadenza del contratto.

Di conseguenza, sostiene, dopo la scadenza, era doveroso per il concedente accertare, “all'attualità e sulla base della disciplina settoriale e della regolazione tariffaria vigenti”, se l'equilibrio risulta, o meno, alterato, attese le “implicazioni importanti” per la continuità e regolarità del “pubblico servizio” laddove la gestione non risulti economicamente sostenibile.

A fondamento normativo della propria pretesa pone il rispetto dei “principi della collaborazione e della buona fede oggettiva, a cui, come noto, la P.A. deve conformarsi nella sua intera attività (art. 1, comma 2 bis, l. n. 241/1990). Principi che nella specie si declinano nell'obbligo di rinegoziazione, oggi codificato, anche con valenza retrospettiva, nell'art. 9, d.lgs. n. 36/2023”.

Con riferimenti ai rimedi applicabili, invoca quelli “previsti dall'ordinamento a tutela dell'equilibrio sinallagmatico: sia quelli più specificamente inerenti alle concessioni (art. 165, comma 6, d.lgs. n.

50/2016; art. 143, comma 8, d.lgs. n. 163/2006; art. 19, comma 2 bis, l. n.109/1994 e art. 3, comma 8, l. n. 415/1998), sia quelli “civilistici, compatibilmente con la normativa di settore””.

A sostegno della propria tesi, infine, richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 239/2021 che, nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all’art. 1, comma 453, legge n. 232/2016, afferma che “la proroga ex lege, ricorrendo determinate circostanze, potrebbe effettivamente determinare un irragionevole squilibrio delle prestazioni contrattuali” (par. 6.2 della sentenza) e che “il sopravvenuto squilibrio contrattuale, potrebbe legittimare una richiesta di revisione ...; richiesta che, in caso di mancata o negativa risposta dell’amministrazione, potrebbe anche essere fatta valere nelle competenti sedi giurisdizionali”, tramite i rimedi previsti dall’ordinamento a tutela dell’equilibrio sinallagmatico inerenti alle concessioni o di matrice civilistica (par. 6.3 della sentenza).

La ricorrente, nell’ipotesi in cui l’impostazione adottata dal Comune nel diniego impugnato fosse ritenuta l’unica possibile alla stregua delle norme vigenti, solleva altresì la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 453, l. n. 232/2016, poiché in contrasto con “i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, parte integrante anche dell’ordinamento eurounitario e, più in generale, il principio di ragionevolezza ex art 3, comma 1, Cost., nonché la libertà di impresa (art. 41, comma 1, Cost.; art. 16 CDFUE; artt. 49, 56 e 106 del TFUE), la quale comprende il diritto di concludere contratti garantiti dalla legge e, quindi, la libertà e l’autonomia negoziale dell’imprenditore”.

Formula infine istanza istruttoria volta a disporre una verifica tecnica o una consulenza tecnica finalizzata a “verificare se, assumendo l’invarianza del canone annuale previsto dal contratto di concessione scaduto (art. 21 del contratto rep. 2795 del 26.5.2005, come precisato dal par. 14 dell’Accordo del 21.10.2016), la gestione del servizio di distribuzione del gas naturale da parte di A.G.RE s.p.a. nel territorio del Comune di Sesto Calende, nel periodo di gestione ope legis successivo alla scadenza del contratto (dal 26.5.2017), risulti in una situazione di squilibrio economico finanziario e, quindi, di insostenibilità, sulla base di quanto rappresentato e documentato dalla Società ricorrente nella richiesta di riequilibrio presentata in data 18.10.2023, con i relativi allegati, nonché nelle successive integrazioni e osservazioni”.

Il Comune di Sesto Calende si è costituito in resistenza. Afferma che “ratione temporis, nel caso di specie, il contratto è stato stipulato il 26/05/2005 e, quindi, trova applicazione l’art. 19, comma 2 bis, l. n. 109/1994, norma vigente in materia di riequilibrio economico-finanziario delle concessioni al momento dell’originario affidamento”.

Quindi ritiene che la ricorrente, nel corso del procedimento, non ha fornito all’amministrazione le “integrazioni” richieste ai sensi dell’art. 19, comma 2-bis, cit., ai fini della positiva valutazione

dell'istanza, benché il Comune avesse “ribadito la necessità che le venissero fornite le integrazioni e la documentazione utili per condurre la procedura nell'ambito dei crismi delineati dalla legge e dalla giurisprudenza”.

Precisa infine che “la richiesta basata sugli articoli 1175 e 1375 c.c. rientra nel novero dei rapporti civilistici e, pertanto, non può essere proposta nell'ambito del procedimento in oggetto. Così come su qualsiasi argomentazione diversa da quella codicistica degli appalti, non può (e non poteva) essere presa in considerazione”.

In vista dell'udienza di merito, le parti si sono scambiate articolate memorie difensive.

All'udienza pubblica del 5 novembre 2025, dopo la discussione di rito, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato nei sensi e nei limiti di seguito esposti.

La ricorrente è concessionaria del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale per conto del Comune di Sesto Calende in favore della collettività di quest'ultimo.

La controversia di causa, rientrante nella materia di pubblici servizi [art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.] concerne l'accertamento della legittimità del provvedimento prot. 4433 del 18.2.2025 con cui il Comune ha respinto la domanda del 18.10.2023 avente ad oggetto la richiesta del concessionario di riequilibrio economico del rapporto concessorio scaduto nel 2017 e quindi attinente alla fase di gestione ex legis, successiva alla scadenza della concessione per il servizio pubblico di distribuzione del gas nel Comune di Sesto Calende.

La presente controversia ha quindi un oggetto diverso da quello che riguarda il contenzioso civile pendente tra la parti dove la “questione dibattuta” è la “misura del canone di concessione dovuto a quest'ultimo per la fase di proroga del rapporto per il periodo post scadenza del contratto” (Corte di Appello di Milano, Sez. I, 22.5.2025, n. 1445).

Il quadro normativo all'interno del quale va esaminata la causa odierna è il seguente.

L'art. 14, comma 7, del d.l.gs. n. 164/2000, disciplina l'ipotesi della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale alla scadenza del contratto di affidamento.

Vi si stabilisce che “Gli enti locali avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. Il gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento. Ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, la regione, anche attraverso la nomina di un commissario ad acta, avvia la procedura di gara”.

Con l'art. 1, comma 453, legge n. 232/2016 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019), il legislatore ha dato l'interpretazione autentica dell'art. 14, comma 7, cit..

Vi si stabilisce che “L'articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, si interpreta nel senso che il gestore uscente resta obbligato al pagamento del canone di concessione previsto dal contratto ...”.

L'art. 1, comma 453, cit., è stato oggetto di ricorso innanzi alla Corte costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 97 della Costituzione.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 239/2021 ha concluso il giudizio di legittimità costituzionale nei seguenti termini: “dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 453, della legge 11 dicembre 2016, n. 232”.

Nel caso di specie, il contratto di concessione del 2005 è scaduto nel 2017 e prima della scadenza il canone concessorio è stato allineato, con effetto retroattivo, alla disciplina sul sistema tariffario introdotta da ARERA a partire dal 2009 (deliberazione n. 159/2008 e allegata RTDG 2009-2012).

La ricorrente afferma che a causa dell'obbligo imposto dall'art. 14, comma 7, cit., è tenuta proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento.

Il nuovo affidamento del servizio tuttavia non è ancora verificata per cui la ricorrente è costretta a gestire il servizio ex lege.

Durante il periodo di gestione coattiva la ricorrente ha chiesto, con istanza del 18.10.2023, di riequilibrare le condizioni economiche del rapporto concessorio in quanto il canone dovuto all'ente concedente, stabilito in contratto e allineato nel 2016, non è più sostenibile a causa dell'obbligo di continuare a gestire il servizio anche dopo la scadenza del termine di efficacia della concessione.

Il Comune ha respinto la domanda con il provvedimento prot. 4433 del 18.2.2025.

Il provvedimento si fonda su due presupposti autonomi.

In primo luogo, la richiesta viene inquadrata nell'ambito della disciplina del “riequilibrio economico finanziario, regolata ratione temporis dall'art. 19, comma 2-bis, legge n. 109/1994”, i cui presupposti applicativi (quali la “presenza di specifici eventi che hanno portato alla modifica delle condizioni di equilibrio originarie vale a dire i mutamenti alle condizioni operative apportati dalla stazione appaltante o l'insorgere di norme che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività”) non ricorrono nella fattispecie.

Anche laddove la richiesta fosse inquadrabile nell'ambito della diversa disciplina di cui all'art. 165 del d.lgs. n. 50/2016, tale previsione non troverebbe applicazione. Ciò in quanto secondo l'art. 165 cit. “risulta evidente che non possa considerarsi il superamento della durata formale del rapporto

come un elemento tale da giustificare la revisione dell'equilibrio economico finanziario"; ciò che rileva è semmai l'alterazione dell'"originario equilibrio economico finanziario", fermo restando che non potrà essere comunque modificato il "rischio operativo posto in capo al concessionario".

Né, del resto, l'istanza della ricorrente potrebbe trovare fondamento nei "principi generali di buona fede oggettiva e correttezza" poiché, in questo modo, la "stessa [va] al di là dei limiti che caratterizzano la figura tipizzata dalla legge [pretendendo, di conseguenza] l'applicazione di un istituto giuridico diverso da quello previsto dalla legge".

In secondo luogo, la richiesta non può essere accolta in quanto la ricorrente non ha comunque fornito la documentazione atta a verificare l'alterazione tramite l'"analisi comparativa" (confronto) tra la situazione economica "iniziale" e quella "attuale".

Ad avviso del Collegio, le censure con cui la ricorrente mira a scardinare i presupposti su cui si fonda il rigetto dell'istanza di riequilibrio sono fondate.

In primo luogo, va osservato che non trova applicazione nel caso in esame in esame la disciplina di cui all'art. 19, comma 2-bis, legge n. 109/1994, invocata dal Comune a fondamento della reiezione dell'istanza.

Al di là della circostanza che l'art. 19, comma 2-bis, cit. (relativo alla revisione del piano economico finanziario - PEF) si applica agli appalti di lavori pubblici, mentre qui si discorre di concessione di un servizio pubblico, si rileva che la disciplina applicabile all'istanza era quella vigente al momento del verificarsi dei presupposti da essa previsti.

L'istanza del 18.10.2023 riguarda il riequilibrio economico finanziario della gestione del servizio di distribuzione del gas naturale relativo al periodo temporale decorrente dalla scadenza della concessione, ossia dal 2017 fino al 2025. Sicché è alla disciplina sul riequilibrio economico finanziario, vigente in questo periodo, che occorre fare riferimento per stabilire se la richiesta della ricorrente fosse, o meno, legittima.

Pertanto, a decorrere dalla data di scadenza del contratto - dal 2017 in avanti - non possono trovare applicazione in via diretta gli istituti che, nel corso del tempo, hanno riguardato la regolamentazione del riequilibrio del contratto di concessione (art. 19, comma 2-bis, legge n. 109/1994; art. 165, comma 6, d.lgs. n. 50/2016; art. 192 del d.lgs. n. 32/2023). Tali istituti infatti si applicano in presenza di un rapporto contrattuale in essere e hanno la finalità di riportare in equilibrio economico finanziario l'originaria offerta economica posta a base dell'affidamento che, in quanto frutto dell'autonomia negoziale della parte, è collegata alla vigenza del rapporto.

Nel caso di specie si controverte invece di un rapporto negoziale che si protrae oltre il periodo temporale preso a riferimento dall'offerta economica posta a fondamento dell'originario affidamento (che rappresenta la base economica dell'assunzione degli impegni contrattuali cristallizzati in

quell'affidamento in quanto “il contratto di concessione non corredato da piano economico-finanziario” come attestato nella nota della ricorrente del 16.2.2024), dove il “gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento”.

Scaduto il termine di efficacia della concessione, si apre “una nuova fase che si può definire post-contrattuale in cui le parti continuano a essere in rapporto tra loro poiché permangono reciproci interessi (derivanti dal contratto scaduto ma il cui assetto non è direttamente regolato da questo) la cui realizzazione è possibile solo mediante la reciproca collaborazione” (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 7478/2021).

In ipotesi di indeterminata prosecuzione coattiva della gestione oltre la vigenza temporale dell'originario affidamento (preso in considerazione dell'offerta economica o dal PEF ove previsto), al fine di ricondurre il rapporto all'originario equilibrio occorre fare riferimento ai rimedi manutentivi previsti dall'ordinamento sia in via generale per i rapporti negoziali sia a quelli previsti nello specifico ambito dei contratti pubblici distinguendo, in questo settore, tra rimedi, *ratione temporis* vigenti, applicabili in via diretta (art. 9 del d.lgs. n. 36/2023) e in via analogica (art. 165 del d.lgs. n. 50/2016). Tra i rimedi previsti in via generale dall'ordinamento vi è la rinegoziazione delle condizioni economiche-giuridiche del rapporto scaduto, che trova fondamento nella disciplina recata dagli artt. 1374 e 1375 c.c. nei sensi di seguito esposti.

L'art. 1374 c.c. prevede che “il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge ...”.

L'art. 1375 c.c. stabilisce che “il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”.

Sebbene l'art. 1374 c.c. non richiami in via espressa la buona fede quale fonte di integrazione del contratto, il richiamo alla “legge” va inteso (anche) come richiamo all'art. 1375 c.c. e quindi alla buona fede oggettiva in fase esecutiva del rapporto.

Dalla buona fede oggettiva possono sorgere una serie di obblighi a carico della parte tra cui quello che consiste nell’“adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale” fondato sull'art. 2 Cost. (Cassazione civile n. 20106/2009).

Nell'evoluzione della giurisprudenza, l'obbligo di solidarietà sociale attinente alla fase esecutiva del rapporto è stato ritenuto consistere non solo nell'individuazione di obblighi di comportamento concernenti le “particolari modalità di ... esercizio in concreto” dei diritti scaturenti dal contratto (Sezioni Unite civili n. 24675/2017), ma altresì nell'individuazione di “obblighi contrattuali” ulteriori e nel “bilanciamento di contrapposti interessi delle parti” ad opera del giudice (Cassazione civile, Sez. II, n. 7358/2022), “funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse

del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato” (Cassazione civile, Sez. I, n. 10511/1999).

In virtù della sostanziale costituzionalizzazione del rapporto negoziale (Sezioni Unite civili n. 23726/2007), gli obblighi contrattuali che discendono dalla buona fede non costituiscono un numero chiuso in quanto variano in relazione al caso concreto. Di conseguenza, i rimedi per la violazione di tali obblighi non possono considerarsi tipici poiché vanno conformati in base al bisogno di tutela che viene in emersione.

La disciplina di cui all'art. 2908 c.c., secondo cui “nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”, non può dunque più essere intesa come espressione del “principio di tipicità delle azioni costitutive” (come di recente sostenuto da Cassazione civile n. 16113/2025), poiché la “legge” cui fa riferimento questa disposizione è la legge costituzionale e sovranazionale che fonda e sostanzia le pretese delle parti a cui il giudice deve garantire tutela piena ed effettiva con i mezzi, tipici e atipici, che mette a disposizione l'ordinamento (artt. 24, 103, 113, Cost.).

Il giudice amministrativo, che ha già sperimentato nel corso della sua storia l'evoluzione delle forme di protezione, da tipiche ad atipiche, della situazione giuridica dell'interesse legittimo al fine di assicurarne pienezza ed effettività di tutela (Adunanza Plenaria nn. 1/2011 e 15/2011), è chiamato ora, nell'ambito della giurisdizione esclusiva sui diritti, a garantire analoga pienezza ed effettività di tutela alla posizione giuridica di diritto soggettivo “secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” (art. 1 c.p.a.).

Tra gli obblighi contrattuali derivanti dal dovere di solidarietà sociale può certamente essere ricompreso, per ragioni di giustizia sostanziale, quello di rinegoziare il contenuto del rapporto al fine di riportarlo al suo originario equilibrio laddove, nel corso dell'esecuzione, si verificano sopravvenienze non imputabili alla parte che producono conseguenze pregiudizievoli, non accettate e non rientranti nell'alea giuridica, che si risolvono nella modifica dell'originario regolamento di interessi condiviso, permettendo così di realizzare sia l'interesse concreto della parte che, altrimenti, rimarrebbe frustrato dal regolamento originario medio tempore squilibratosi, sia l'utilità della complessiva operazione economica predisposta dalle parti.

In questo caso, la rinegoziazione ha lo scopo di mantenere in vita il rapporto ripristinando l'originario equilibrio programmato dalle parti e nel far questo non potrà che tenersi presente la natura del rapporto e la ripartizione originaria stabilita dai contraenti del rischio economico dell'operazione negoziale.

In questo senso, la rinegoziazione, quale rimedio che si affianca a quelli tipici della risoluzione e revisione, costituisce attuazione del più generale principio *rebus sic stantibus* che caratterizza i

rapporti di durata, nonché del principio di equità sostanziale che trova il proprio ancoraggio, anch'esso, nel principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. (Corte costituzionale n. 248/2013 e n. 77/2014).

Tra i rimedi previsti dall'ordinamento nel particolare settore dei contratti pubblici (in cui rientra il contratto di concessione), possono annoverarsi il rimedio di riequilibrio di cui all'art. 165 del d.lgs. n. 165/2016 applicabile in via analogica e il rimedio manutentivo di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 32/2023 applicabile in via diretta.

A quest'ultimo riguardo si osserva che con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 32/2023) è stato disciplinato, all'art. 9, un rimedio legale di carattere generale volto a garantire la "conservazione dell'equilibrio contrattuale" in presenza di sopravvenienza che alterano l'equilibrio originario del rapporto (comma 1) oppure che rendono non più utile o utilizzabile la prestazione per la parte creditrice (comma 3).

Il comma 1 dell'art. 9 cit. prevede che "se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali".

Il comma 2 dell'art. 9 cit. precisa che "la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica. [...]".

La previsione del rimedio conservativo si pone in linea con gli approdi sulla nozione della buona fede oggettiva maturati in ambito nazionale e sovranazionale (in ambito internazionale e unionale il riferimento è alla disciplina contenuta nei Principi Unidroit e nel Codice europeo dei contratti) da cui si fa discendere l'introduzione di un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti, in considerazione dell'inadeguatezza della tradizionale tutela demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c. in favore della parte colpita dalla sopravvenienza (che rimane invocabile invece nell'ambito della disciplina della revisione prezzi di cui all'art. 60 del d.lgs. n. 32/2023 a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, c.d. correttivo al codice dei contratti, che ha previsto, all'art. 2, comma 2, dell'allegato II.2-bis, la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta).

La Relazione di accompagnamento allo schema del decreto legislativo del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) evidenzia come la ratio del rimedio pubblicistico sancito dall'art. 9 cit. sia quella di individuare per i "contratti pubblici connotati dalla conformazione in ragione delle finalità di pubblico interesse perseguite che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne

scaturisce” un rimedio che consente “di favorire il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici, nella consapevolezza anche della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di hardship. ... Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all’interesse dei contraenti – e dell’amministrazione in particolare – in considerazione dell’inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall’art. 1467 c.c.”. Il nuovo codice dei contratti pubblici ha così codificato, con una disposizione di carattere generale, il principio secondo cui tutti i rapporti negoziali di natura pubblicistica in essere con l’amministrazione, a prescindere dal titolo giuridico (appalto o concessione), devono essere messi al riparo dagli effetti pregiudizievoli derivanti, nel corso dell’esecuzione, dalle sopravvenienze che, caratterizzate nel senso indicato nella disposizione, alterano l’“originario equilibrio” e minano quindi il sinallagma (corrispettività) tra le prestazioni.

In questo caso la parte svantaggiata, colpita dalla sopravvenienza, “ha diritto alla rinegoziazione”, secondo buona fede, delle condizioni contrattuali e, al contempo, la controparte ha l’obbligo di rinegoziarle secondo buona fede.

Proprio perché ha come destinatarie le parti che operano nell’ambito della propria autonomia negoziale, la rinegoziazione può riguardare sia i profili giuridici che economici del rapporto.

Poiché mira al “ripristino dell’originario equilibrio del contratto”, la rinegoziazione non consiste nel solo obbligo di svolgere trattative (*pactum de tractando*, che incide sull’an), ma anche nell’obbligo di modificare il rapporto per riportarlo in equilibrio (*pactum de contrahendo*, che incide sul quid), con un’intesa sull’intero rapporto giuridico-economico nel rispetto dei doveri e dei limiti della buona fede. Il riequilibrio costituisce, dunque, fine e al contempo limite alla rinegoziazione in quanto rappresenta obbiettivo, oltre il quale non si può andare, su cui riallocare, in presenza di rilevanti sopravvenienze, il rapporto negoziale inteso quale operazione economica programmata dalle parti.

Rimane in ogni caso fermo che l’esito della rinegoziazione non può alterare “la sostanza economica” dello specifico rapporto in essere a tutela della par condicio e quindi, nell’ambito del rapporto concessorio, non può modificare il regime sul rischio operativo assunto dal concessionario (come prevede l’art. 177 del d.lgs. n. 32/2023).

La scelta del rimedio da invocare in concreto, in caso di violazione dell’obbligo di negoziazione, rientra nella discrezionalità della parte, potendo questi optare ad esempio tra la risoluzione o recesso, il risarcimento del danno, la manutenzione del rapporto che può comportare, nei casi estremi in cui non ci può sciogliere per legge dal rapporto, l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo legale di concludere l’accordo manutentivo (artt. 1173 e 2932 c.c.).

La fattispecie di causa costituisce un esempio di come la tutela manutentiva del rapporto rappresenta esigenza imperativa per le parti, in quanto strumentale a garantire, sotto il profilo strutturale, la corretta gestione di un servizio pubblico.

Il concessionario del servizio di distribuzione del gas naturale è tenuto ex lege gestire il servizio limitatamente all'ordinaria amministrazione, per assicurarne la continuità, fino a che lo stesso non venga affidato ad un nuovo concessionario individuato tramite procedura ad evidenza pubblica.

Il concessionario, pur volendo, non può interrompere il servizio recedendo dal rapporto (in forza della previsione di legge speciale di cui all'art. 14, comma 7, d.lgs. n. 164/2000) e quindi è obbligato a gestire il servizio alle condizioni economiche originarie anche durante il periodo di proroga ex lege. Acconsentire il rimedio manutentivo dell'equilibrio del rapporto nei rapporti che riguardano i servizi pubblici necessari costituisce rima baciata rispetto alla ragionevole interpretazione dei principi costituzionali sanciti dagli artt. 41 e 97 Cost. poiché, laddove non si concedesse il rimedio, il gestore si troverebbe gravato da un obbligo di servizio pubblico che non è più in grado di adempiere o di attuare con adeguati livelli di qualità e sicurezza.

Calando la disciplina su esposta nel caso di specie, emerge che la ricorrente si trova oggi legata ex lege ad un rapporto negoziale scaduto da tempo (2017) per la presenza dell'obbligo di servizio pubblico di assicurare continuità al servizio, alle condizioni economiche che aveva stimato congrue al fine di mantenere in efficienza il servizio e di gestirlo in regime di economicità fino al 2017.

Dal 2017 in poi, la continuazione del rapporto, quanto meno per il secondo anno dalla scadenza, non era prevista e comunque non è frutto di una libera scelta, ma, come detto, si è imposta per legge al fine di garantire la continuità del servizio pubblico in favore degli utenti fino al subentro del nuovo operatore (art. 14, comma 7, d.lgs. n. 164/2000).

La causa della continuazione del rapporto oltre la scadenza non è imputabile al concessionario, ma al soggetto pubblico che, in base all'ordinamento settoriale, è competente ad indire ed aggiudicare la gara per l'affidamento del servizio pubblico.

La protrazione del rapporto alle condizioni economiche-giuridiche originarie, che si fondano su di un'offerta economica avente valenza temporale fino al 2017 (pari ai dodici anni di durata dell'affidamento), giustifica l'obbligo a carico della controparte di rinegoziare, secondo buona fede, le condizioni del rapporto al fine di condurlo al suo "originario equilibrio".

L'amministrazione comunale ha giustamente evidenziato nel provvedimento gravato (e nel procedimento con la nota del 23.12.2024) come la procedura di riequilibrio "deve partire dalla situazione definita al momento della stipula della Convenzione e il cd. intervento riequilibratore, preso atto della situazione sussistente al momento della presentazione dell'istanza, deve essere

finalizzato a ripristinare le originarie condizioni di equilibrio”, fermo restando che “in ogni caso gli interventi riequilibratori devono mantenere il rischio operativo in capo al concessionario”.

Tuttavia, ha vincolato il rimedio al ricorrere dei presupposti previsti dall’art. 19, comma 2-bis, legge n. 190/1994, precisando che esso “può trovare attuazione solo in presenza di specifici eventi che hanno portato alla modifica delle condizioni di equilibrio originarie vale a dire i mutamenti alle condizioni operative apportati dalla stazione appaltante o l’insorgere di norme che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l’esercizio delle attività” (provvedimento impugnato e nota comunale del 4.4.2024). Inoltre, ha rilevato come, alla luce dei predetti presupposti, la ricorrente non avesse fornito la “documentazione od elementi atti a comprovare il lamentato disequilibrio economico finanziario della concessione in rapporti ai requisiti sopra evidenziati”, il che non consentiva “di accertare come siano mutate le condizioni economico-finanziarie della concessione rispetto a quelle volontariamente assunte in sede di gara attraverso un confronto tra la situazione iniziale e quella attuale”.

Come correttamente dedotto dalla ricorrente, erra il Comune laddove afferma che l’istanza di riequilibrio non possa essere accolta in quanto non ricorrono gli eventi modificativi delle condizioni di equilibrio richiesti dall’art. 19, comma 2-bis della legge n. 109/1998, giacché l’obbligo di esaminare l’istanza di riequilibrio consegue invece all’obbligo rinegoziale che l’ordinamento pone, ricorrendone i presupposti sopra indicati, a carico del concedente nel rapporto concessorio.

Come allega la ricorrente (anche nel corso del procedimento, con la nota del 30.12.2024), il Comune non considera che le circostanze giustificanti la richiesta di rinegoziazione non risiedono nel “superamento della durata del rapporto [inteso quale] elemento tale da giustificare la revisione dell’equilibrio economico finanziario” (provvedimento impugnato), bensì nella mancata attivazione della procedura selettiva per l’affidamento del servizio da parte delle Autorità competenti, che avrebbero dovuto rinnovare la gara in relazione agli “ambiti territoriali” di riferimento (art. 24, comma 4, d.lgs. n. 93/2011) (Corte costituzionale n. 239/2021; Cassazione civile, Sez. III, n. 24057/2023 e n. 14351/2023) e nella conseguente proroga ultra tempora del rapporto convenzionale scaduto.

Inoltre, dagli atti depositati in giudizio emerge, al contrario di quanto affermato dalla difesa comunale, che la ricorrente ha trasmesso nel corso del procedimento una copiosa documentazione in cui si fa riferimento alle risultanze tariffarie e a quelle contabili e gestionali, nonché alle sopravvenienze normative e regolatorie che si sono registrate nel corso del rapporto (come indicato alle pagine 25 e 26 del ricorso in cui si rinvia agli allegati all’istanza del 18.10.2023).

Tale documentazione è finalizzata a far evincere l’insostenibilità dell’attuale (eccessivo) canone da corrispondere al concessionario a fronte delle (minori) componenti tariffarie volte a remunerare,

tenendo conto del sistema regolatorio vincolante stabilito da ARERA: i) i costi di capitale; ii) i costi operativi; iii) gli ammortamenti per gli impianti realizzati durante la gestione del servizio.

Il Comune, anziché astenersi dall'esaminare l'istanza di riequilibrio della ricorrente, unitamente alla documentazione prodotta, affermando che la stessa non rispettava i requisiti richiesti dall'art. 19, comma 2-bis, cit. oppure che non evidenziava il mutamento delle condizioni economico-finanziarie tra "la situazione iniziale e quella attuale", avrebbe dovuto esaminarla in concreto in base al quadro normativo su descritto che disciplina la rinegoziazione per poi giungere, all'esito dell'analisi della documentazione, con la partecipazione procedimentale dell'interessato, ad esprimere le proprie valutazioni di merito, nel rispetto dell'originario equilibrio economico-giuridico del rapporto.

Il Comune incorre, quindi, in un difetto di istruttoria e di motivazione laddove ritiene erroneamente, da un lato, che il riequilibrio sia possibile solo in presenza dei presupposti di cui all'art. 19, comma 2-bis, legge n. 104/1994 e, dall'altro lato, che la ricorrente non abbia fornito la documentazione sufficiente per svolgere l'analisi sul mutamento delle condizioni economico-finanziarie rispetto a quelle originarie.

Il Collegio ritiene di non poter sindacare oltre la condotta amministrativa contestata, in quanto il Comune non ha di fatto valutato l'istanza di riequilibrio economico finanziario, sicché non è possibile, atteso il divieto sancito dall'art. 34, comma 3, c.p.a., pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", sostituendosi all'amministrazione.

Alla luce delle considerazioni su esposte, il Comune era ed è tenuto, in attuazione del principio della buona fede oggettiva in funzione integrativa e delle attuali disposizioni vigenti sulla rinneazione del rapporto negoziale, ad esaminare l'istanza di riequilibrio economico finanziario del 18.10.2023, così come motivata e documentata dal gestore nel corso del procedimento.

In conclusione, il ricorso è fondato e va pertanto accolto nei sensi e nei limiti innanzi espressi; per l'effetto va annullato il provvedimento del Comune di Sesto Calende prot. 4433 del 18.2.2025.

La soccombenza comporta la condanna al pagamento delle spese di giudizio ai sensi dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 91 c.p.c. che vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento del Comune di Sesto Calende prot. 4433 del 18.2.2025.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente che liquida nella somma di euro 3.000,00 oltre iva, cpa, spese generali, con rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Luca Iera, Primo Referendario, Estensore

Federico Giuseppe Russo, Referendario