



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

Caro prezzi e crisi degli appalti pubblici

Pasquale Pantalone



La revisione dei prezzi nella disciplina previgente

- D.lgs. 163/2006
 - Appalti di lavori (art. 133)
 - Sistema del «prezzo chiuso» e inapplicabilità dell'art. 1664 c.c.
 - Possibili compensazioni qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione per effetto di circostanze eccezionali subisca variazioni > 10% rispetto al prezzo rilevato dal Ministero nell'anno di presentazione dell'offerta
 - Appalti di forniture e servizi (art. 115)
 - Revisione prezzi OBBLIGATORIA sulla base di un'istruttoria (dati ISTAT; in mancanza, indice FOI)

La revisione dei prezzi nella disciplina vigente

- D.lgs. 50/2016
 - Art. 106
 - delinea l'area della rinegoziabilità degli appalti pubblici nei settori ordinari e speciali
 - «tipizza» le possibili modifiche contrattuali nel corso dell'esecuzione del contratto (che devono essere autorizzate dal RUP):
 1. modifiche previste nei documenti di gara
 2. modifiche per prestazioni supplementari
 3. modifiche determinate da circostanze impreviste e imprevedibili
 4. modifiche soggettive
 5. modifiche *de minimis*
 - clausola residuale (→ sono sempre ammesse le modifiche non sostanziali ai sensi del c. 4)
 - Al di fuori di queste ipotesi è necessario fare una nuova gara (concorrenza)

1. Modifiche previste nei documenti di gara

- c. 1, lett. a)
 - Modifiche previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili
 - possono comprendere clausole di revisione dei prezzi
 - non devono determinare una alterazione della natura generale del contratto
 - Lavori: le variazioni di prezzo possono essere valutate solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento (c.d. franchigia) rispetto al prezzo originario (per l'oscillazione si fa riferimento ai prezziari predisposti dalle regioni) e comunque in misura pari alla metà
 - Servizi e forniture: il regime revisionale non deriva più da una norma imperativa, ma deve essere previsto
 - Si richiamano prezzi e costi standard, ove definiti (Anac)
 - Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori, si applica l'art. 1, c. 511, l. 208/2015;

3. Modifiche determinate da circostanze impreviste e imprevedibili

- c. 1, lett. c). Condizioni:
 1. la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili (ivi comprese sopravvenienze normative) per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera;
 2. la modifica non altera la natura generale del contratto;
 3. (comma 7: nei settori ordinari): l'eventuale aumento del prezzo non è superiore al 50% del valore iniziale del contratto. Per ciascuna modifica (in caso di modifiche successive).

5. Modifiche *de minimis*

- c. 2
 - I contratti possono essere parimenti modificati se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:
 - le soglie di rilevanza comunitaria
 - il 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15% del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali.
 - Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche

La clausola residuale

- c. 1, lett. e)
 - sempre ammesse le modifiche se non sono sostanziali ai sensi del comma 4. Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche
 - è sostanziale quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti + ipotesi tipizzate al comma 4

In sintesi

- La revisione dei prezzi è FACOLTATIVA
- SE è prevista nei documenti di gara in clausole chiare, precise e inequivocabili, si applica il comma 1, lett. a)
- SE non è prevista nei documenti di gara?
 - Si può applicare il c. 1, lett. c) (modifiche determinate da «circostanze impreviste e imprevedibili») ?
 - Si può applicare il c. 1 lett. e) (modifiche non sostanziali) o il c. 2 (modifiche de minimis) per gli appalti sotto-soglia ?
 - C'è spazio per il codice civile?

Si può applicare il c. 1, lett. c) (modifiche determinate da «circostanze impreviste e imprevedibili») ?

- TAR Lombardia, Sez. IV, 26.1.2022, n. 181:
 - Le “circostanze impreviste e imprevedibili per l’amministrazione aggiudicatrice” riguardano situazioni che determinino per l’Amministrazione la “necessità di modifica” considerata dalla legge, e non, invece, per l’appaltatore
 - In ogni caso, occorre fornire la prova rigorosa della ricorrenza di fatti eccezionali e imprevedibili tali da abbattere l’alea contrattuale dell’imprenditore
- TAR Lombardia, Brescia, 10.3.2022, n. 239:
 - La norma disciplina un’ipotesi diversa da quella della revisione prezzi, in quanto riguarda le «varianti in corso d’opera», ossia modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale (→nel caso di specie, si richiedeva l’adeguamento prezzo in relazione ad aumenti dei costi del servizio integrato di igiene urbana)

Segue.

- Corte Conti, Sez. Controllo Emilia Romagna, delib. 20/2021
 - Parere in ordine alla legittimità di revisione dei prezzi del servizio di trasporto scolastico in appalto, in ragione dei maggiori costi che il fornitore ha sostenuto per l'adeguamento alle normative di prevenzione della diffusione del Covid-19
 - Sembra ammettere l'applicazione della norma in base a due delibere ANAC (la n. 540/2020 e la 1022/2020), secondo cui l'obbligo di applicare le misure anticovid costituisce presupposto idoneo a giustificare il ricorso a una variante in corso d'opera per circostanze impreviste e imprevedibili ai sensi dell'art. 106 comma 1, lett. c), d.lgs. 50/2016
 - Necessità di motivazione specifica

Si può applicare il c. 1 lett. e) (modifiche non sostanziali) o il c. 2 (modifiche *de minimis*)?

- Si può applicare il c. 1 lett. e) (modifiche non sostanziali) o il c. 2 (modifiche *de minimis*)?
 - Modifiche non sostanziali
 - Sembrano comunque richiedere la previa definizione nei documenti di gara laddove la norma stabilisce che «Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche»
 - Per il criterio di specialità prevarrebbe la lett. a)
 - Modifiche *de minimis*
 - Astrattamente sì, ma occorre il rispetto dei limiti quantitativi e qualitativi ivi previsti

Codice civile?

- 31 c. 8, cod. appalti: «Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, ... alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile»
- Dubbia applicazione del 1664 c.c.:
 - vero è che nella disciplina previgente veniva espressamente esclusa per i lavori)
 - tuttavia sembrerebbe sussistere un rapporto di specialità tra 1664 c.c. e 106 cod. appalti
- Dubbia applicazione del 1467 c.c.
 - Sì per TAR Lombardia, Brescia, 10.3.2022, n. 239
- l'obbligo di rinegoziazione si può fondare sui principi generali di buona fede e correttezza (1175, 1375 cc)?
 - relazione Corte di cassazione 56/2020
 - Sezioni Riunite Controllo, deliberazione 7/2021 (richiesta di riduzione canoni di locazione di immobili di proprietà di enti locali per provvedimenti restrittivi anticovid)
 - NO secondo TAR Sicilia, Catania, 26 ottobre 2021, n. 3185

La disciplina emergenziale

- Tutela «spuntata» per l'op. econ. a fronte di revisioni di prezzi non originariamente previste nei doc. di gara in clausole chiare, precise e inequivocabili
- «Solo il legislatore può intervenire» (TAR Sicilia, Catania, 26 ottobre 2021, n. 3185)
- Già con la l. 311/2004 (art. 1, c. 550, che modificava la l. 109/1994) il legislatore aveva previsto una deroga al generale principio di divieto di revisione dei prezzi, al ricorrere di alcune condizioni
 - Tale modifica aveva trovato le sue ragioni nei cospicui incrementi in alcuni costi di materie prime dovuti al particolare momento storico (nel 2004, l'aumento della domanda di acciai da parte del mercato cinese, produsse un tale aumento del costo di tale materia, essenziale nelle costruzioni, che obbligò il Governo e quindi il legislatore ad intervenire normativamente).

Segue. La disciplina emergenziale

- Art. 1-septies d.l. 73/2021, conv. nella l. 106/2021
 - per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione si prevede, in deroga alla disciplina del codice appalti, un regime di compensazione straordinaria per lavori eseguiti nel I semestre 2021 (poi esteso anche al II semestre 2021 e al primo semestre 2022)
 - Il MIMS rileva le variazioni di prezzo > 8% con decreto
 - DM 11.11.2021 (per I sem. 2021) → annullato da TAR Lazio, Sez. III, 3 giugno 2022, n. 7215)
 - DM 4.4.2022 (per II sem. 2021)

Segue. La disciplina emergenziale

- Art. 29, d.l. 4/2022, conv. nella l. 25/2022 (per i bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto)
 - a) «è obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo del medesimo comma 1» (→Non alterare natura contratto);
 - b) per i contratti relativi ai lavori, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 7.

Segue. La disciplina emergenziale

- Art. 26, d.l. 50/2022:
 - Lavori eseguiti e contabilizzati dal 1.1.2022 al 31.12.2022 (aggiudicati sulla base di offerte presentate entro il 31.12.2021)
 - Riconoscimento dei maggiori oneri sostenuti sulla base dei prezziari regionali aggiornati (che consente una rilevazione più adeguata e aggiornata dei costi)
 - Ciò consente il riconoscimento dei costi complessivi dell'esecuzione delle opere (non solo quelli dei materiali)
 - La stazione appaltante riconosce i maggiori importi, al netto del ribasso formulato in sede di offerta, nella misura del 90%

Segue. Disciplina emergenziale

- Il d.l. 50/2022 ha risolto alcuni problemi applicativi
- La compensazione è diversa dalla revisione prezzi
 - La prima si riferisce a lavori già eseguiti e contabilizzati
- Restano comunque fuori i servizi e forniture, che restano dunque soggetti al 106
- Concessioni?
- Ruolo del CCT

DDL Delega approvato ieri dal Senato in via definitiva

- *g) previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa;*