

*“Effetti dell’aumento dei prezzi
sull’esecuzione degli appalti pubblici”*

In un nostro recente approfondimento, abbiamo preso in esame il tema dell’aumento dei prezzi delle materie prime nell’ambito dei contratti fra soggetti privati (non necessariamente, o comunque non solo, imprenditori) e i possibili rimedi attivabili anche alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e degli indirizzi espressi dalla Corte di Cassazione.

Analogamente, le attuali criticità operative connesse al contesto economico, geopolitico e sanitario internazionale determinano situazioni complesse anche nell’ambito dei contratti pubblici di appalto, affiancandosi alle peculiarità del regime normativo cui è vincolata la Stazione Appaltante che limitano i margini dell’autonomia delle parti.

Ad inizio pandemia, si è osservato nel settore pubblico un aumento dei costi legato essenzialmente all’aggravio delle procedure di sicurezza per il rispetto delle prescrizioni finalizzate al contenimento del virus SARS-COV2, cui le stazioni appaltanti hanno potuto – almeno in parte - porre rimedio applicando l’art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016, trattandosi di circostanza impreveduta e imprevedibile, come chiarito da ANAC con delibera n. 1022/2020.

Successivamente la situazione si è complicata ulteriormente, con il perdurare della pandemia e il blocco del canale di Suez del marzo 2021: il caro materiali e la difficoltà di reperire determinati beni hanno comportato il rischio di fermo ai cantieri ed alle forniture, con aumenti vertiginosi di costi.

Oggi, con la guerra in Ucraina, oltre alle difficoltà nel reperimento di prodotti, aumenti di costo relativi ai trasporti e ritardi nelle consegne, si riscontrano anche aumenti straordinari delle materie prime e dei prodotti energetici.

Si tratta di problematiche che determinano significativi squilibri contrattuali, che possono portare la ditta Appaltatrice a valutare la necessità (o l’obbligo) di rinunciare alla commessa per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Per evitare la conseguente risoluzione dei contratti in essere – in applicazione dei presupposti e delle regole del Codice Civile, fatte salve le conseguenze peculiari della conclusione/interruzione di una commessa pubblica – occorre ricercare strumenti e procedure che consentano, nel rispetto del Codice dei Contratti, alla Stazione Appaltante di portare a termine la commessa senza eccessivi

aggravi della spesa pubblica e alla ditta Appaltatrice di avere comunque un margine di guadagno dall'esecuzione del contratto.

Nell'ambito delle procedura ad evidenza pubblica, infatti, occorre contemperare da un lato *"l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte ad una interruzione o diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte e dall'altro di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto"* (Consiglio di Stato, sez. II, 12 maggio 2021, n. 3768).

Ad oggi, lo stato dell'arte vede l'introduzione da parte del Legislatore di misure *extra ordinem* che si affiancano agli strumenti di tutela tradizionali già previsti nell'ordinamento, disegnando interventi di vario genere che vengono reiterati e tarati via via al fine di frenare l'esorbitante aumento dei prezzi.

Quanto al primo gruppo di misure, per i contratti pubblici di lavoro in corso il Legislatore ha tentato di porre un freno prevedendo - prima con l'art. 1, DL 73/2021 e poi con l'art. 29, DL 4/2022 - uno specifico meccanismo di compensazione per gli aumenti di prezzo di determinati beni e prodotti elencati in modo tassativo nei cc.dd. decreti MIMS (oggi si tratta di n. 56 beni o materiali).

Il meccanismo di compensazione prezzi è stato oggetto di una recente sentenza a seguito di impugnazione del primo decreto MIMS dell'11 novembre 2021 per sottoporre al vaglio del Giudice Amministrativo l'attendibilità delle metodologie di rilevazione e calcolo dell'aumento di 15 su 56 materiali di largo uso nei cantieri. Il Tar Lazio con la recentissima sentenza del 3 giugno 2022, n. 7215 (nonché con analoga sentenza n. 7216 sempre del 3 giugno 2022) ha ritenuto fondato il ricorso osservando anomale oscillazioni sui dati riferiti ai prezzi di alcuni dei materiali monitori per i quali *"emergono invero esorbitanti - e non facilmente giustificabili - differenze idonee a minarne la complessiva attendibilità"*, con conseguente obbligo per il Ministero di provvedere *"all'espletamento - con riguardo ai rilevati incrementi di prezzo dei materiali più significativi in contestazione nel presente giudizio - di un supplemento istruttorio, condotto anche autonomamente ed eventualmente facendo ricorso anche ad altre fonti e tenendo, se del caso, anche conto delle introdotte nuove metodiche di rilevazione, revisione e aggregazione dei dati"*.

Quindi, il meccanismo di compensazione rimane ma occorre un'ulteriore valutazione istruttoria sul calcolo degli aumenti per i materiali contestati che, determinerà, verosimilmente una revisione degli importi erogati o in corso di erogazione per le compensazioni con ulteriori supplementi procedurali per il loro adeguamento.

Il Legislatore, inoltre, con l'art. 26 del decreto 17 maggio 2022, n. 50 ha introdotto anche una serie di misure volte all'impiego di prezzari aggiornati e alle relative modalità di aggiornamento. In particolare ed in deroga all'articolo 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, è stato introdotto l'obbligo per le stazioni appaltanti di applicare i prezzari aggiornati (che dovrebbero vedere la luce entro il 31 luglio 2022), ovvero, nelle more dell'aggiornamento, aumentare al rialzo i prezzari aggiornati al 31 dicembre 2021 fino al 20% per il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni. Il tutto salvo "conguaglio" nei successivi SAL anche nel caso in cui i prezzari prevedano aumenti di costo maggiori rispetto a quelli già riconosciuti alle imprese dalla Stazione Appaltante.

Ulteriore misura *extra ordinem* introdotta dal Legislatore, è contenuta nell'art. 29, comma 1, lett. a), DL 4/2022 secondo cui, fino al 31 dicembre 2023 la Stazione Appaltante ha, di nuovo (cfr. art. 115, d.lgs. n. 163/2006 abrogato), l'obbligo di inserire la clausola di revisione prezzi nei documenti di gara ma solo per i bandi di gara successivi al 27 gennaio 2022; tale novità normativa è già stata recepita da ANAC con la pubblicazione in data 16 marzo 2022 del nuovo bando tipo con l'introduzione della clausola di revisione prezzi obbligatoria. Si tratta di una fattispecie di particolare rilievo in quanto - dopo l'abrogazione dell'obbligo di inserimento della clausola di revisione prezzi a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici con il D.lgs. n. 50/2016 - la clausola di revisione dei prezzi era quasi scomparsa dai contratti, determinando una rigidità contrattuale attualmente non più sostenibile dal sistema imprese.

Ovviamente l'inserimento di una clausola di revisione prezzi non può determinare un totale azzeramento dell'alea tipica di un contratto di durata, altrimenti muterebbe la sua natura in una diversa clausola di indicizzazione prezzi o addirittura in una clausola risarcitoria, come tale non contemplata dal Legislatore. Si ricorda, infatti, che il Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, con la pronuncia n. 14 del 6 agosto 2021 ha escluso *"che l'istituto della revisione prezzi abbia finalità risarcitorie"* in quanto *"concepito dal legislatore unicamente al fine di garantire l'equilibrio del sinallagma contrattuale originariamente pattuito, ed evitare che una parte possa avvantaggiarsi sine titulo (del valore) di un servizio da altri sostenuto nei costi"*.

Questi rimedi, peraltro, pur essendo indubbiamente utili, non apportano alcun significativo miglioramento in relazione ad altre problematiche pure riscontrate nell'ultimo periodo, come, ad esempio, i costi connessi ai rapporti di lavoro, gli aumenti di costo di prodotti o beni non ricompresi nell'elenco delle compensazioni stabilite dal Ministero o, per le forniture, l'adeguamento dei prezzi per contratti sottoscritti antecedentemente al 27 gennaio 2022. Permane, inoltre, il problema dei ritardi nelle consegne ed anche l'impossibilità di reperire determinati beni o materiali.

Nella situazione sopra descritta, occorre quindi fare riferimento alla normativa vigente per verificare se vi siano degli strumenti che, al di là della clausola di revisione prezzi (o in aggiunta ad essa),

possono consentire di “gestire” le problematiche sopra richiamate e che l’operatore può utilizzare per mantenere un certo margine di guadagno ed evitare di rinunciare alla commessa.

Sicuramente rivestono particolare rilievo gli strumenti e le procedure previsti a livello generale dal Codice Civile che, se correttamente applicati, possono essere utilizzati per temperare le esigenze della Stazione Appaltante con quelle della ditta Appaltatrice, in quanto pacificamente applicabili alla fase esecutiva del contratto per il richiamo espresso dell’art. 30, comma 8 del D.lgs. n. 50/2016.

Sul punto, si rinvia al nostro approfondimento precedente, limitandosi in questa sede a ricordare che, secondo l’interpretazione offerta dall’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nella ormai ben nota relazione tematica dell’8 luglio 2020, n. 56, *“a fronte di straordinarie sopravvenienze sperequative - e in assenza di specifiche clausole convenzionali -”* l’art. 1374 c.c. (riconduzione ad equità del contratto) e gli artt. 1175 e 1375 c.c. (correttezza contrattuale e buona fede) *“imporrebbero ai contraenti di rinegoziare il contratto quali autonome fonti obbligatorie, giustificatrici, se non rispettate, del diritto al risarcimento del danno”*.

Peraltro, anche l’art. 1664 c.c. consente una compensazione nel caso di *“difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore”*.

Chiarito il quadro generale, occorre però focalizzare l’attenzione sui meccanismi specifici espressamente e direttamente previsti dal Codice dei Contratti Pubblici quale *lex specialis* della materia.

Quanto ai bandi di gara in corso, sarà necessario valutare caso per caso e con attenzione la possibilità di contestare la *lex specialis* al fine di adeguare i corrispettivi contrattuali alle condizioni economiche vigenti, così da consentire all’operatore economico di formulare un’offerta corretta, adeguata e consapevole e alla Stazione Appaltante di evitare aumenti di costi importanti in corso d’opera (posto che, come noto, il ricorso al recesso o alla risoluzione deve sempre essere valutato alla luce dei principi generali di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa).

Per consolidata giurisprudenza, infatti, sono considerate immediatamente escludenti, quelle clausole che *“prevedono un importo a base d’asta insufficiente alla copertura dei costi”* (cfr. C.d.S. n. 8014/2019, TAR Lombardia, Milano, n. 1559/2021 e di pochi giorni fa TAR Napoli, n. 2117/22) essendo possibile contestare l’incongrua determinazione della base d’asta che, *ex ante*, rende il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente.

Sul punto, peraltro, sono numerose le pronunce estremamente recenti che vedono il blocco di appalti di lavori di interesse nazionale in quanto sottostimati (ad esempio il decreto cautelare del Tar Lazio

sede di Roma, n. 2560 del 15 aprile 2022) e ogni giorno si ha notizia di gare più o meno rilevanti che sono oggetto di ricorso, oppure vanno deserte o che vengono ritirate per rivedere i prezzi o addirittura annullate in autotutela.

Attualmente, quindi, occorre svolgere una ancor più approfondita verifica delle condizioni di base del bando di gara, essendo maggiori rispetto al passato i margini di contestazione delle clausole economiche.

È bene sottolineare, però, che seppure è possibile contestare il bando prima dell'aggiudicazione ove questo palesi una determinazione dei prezzi non supportata da una seria verifica delle congiunture economiche sfavorevoli nonché della reale congruità rispetto alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del contratto, al contrario non è possibile chiedere la revisione prezzi nella fase intermedia fra l'aggiudicazione e la stipula del contratto. Sul punto, infatti, la giurisprudenza, a ben ragione peraltro, non ritiene possibile accedere ad un rimedio contrattuale della revisione prezzi prima che il contratto sia stato stipulato, trattandosi di rimedio utilizzabile solo in costanza di esecuzione del contratto (cfr. TAR Lombardia, Brescia n. 239/2022).

Ciò premesso, occorre poi analizzare i rimedi esperibili durante la fase di esecuzione del contratto stesso.

In primo luogo, si ricorda che, in caso di difficoltà nel reperimento di determinati beni/materiali è possibile richiedere una proroga del termine contrattuale ovvero la sospensione totale o parziale delle lavorazioni o delle forniture (art. 107, comma 1 D.lgs. 50/2016). Al riguardo si è espressa anche ANAC con la delibera n. 227 dell'11 maggio 2022 precisando che alcuni dei più recenti eventi - *lockdown* in Cina e invasione dell'Ucraina - devono essere considerati cause di forza maggiore e, quindi, in caso di oggettiva impossibilità ad adempiere alla fornitura dei beni, le stazioni appaltanti possono valutare - considerando tutte le circostanze del caso - la sospensione della fornitura senza applicazione delle penali o risoluzione del contratto, con una sorta di "congelamento" della commessa senza conseguenze per il fornitore incolpevole.

Peraltro la stessa ANAC raccomanda alle stazioni appaltanti di inserire nei contratti clausole *ad hoc* per la gestione di situazioni analoghe in modo da ridurre al minimo il contenzioso, anche prevedendo la possibile rinegoziazione delle condizioni contrattuali.

Anche in questo caso, quindi, l'operatore economico dovrà prestare particolare attenzione ai documenti di gara per valutare se e come sono stati disciplinati questi particolari aspetti, in modo da poter presentare un'offerta economicamente sostenibile nel breve e lungo periodo, ovvero proporre fondata contestazione.

Parimenti, è possibile intervenire sul contratto, richiedendo alla Stazione Appaltante di apportarvi opportune modifiche in caso di circostanze imprevedute ed imprevedibili (art. 106, comma 1, lett. c, D.lgs. n. 50/2016) inserendo, come detto, un'apposita clausola di revisione prezzi ovvero modificando i corrispettivi contrattuali, sussistendone i presupposti, da valutare in apposita istruttoria discrezionale senza sconfinare in una indebita indicizzazione o indennizzo/risarcimento.

Allo stesso modo, è possibile intervenire sul regolamento contrattuale (art. 106, comma 2, d.lgs. n. 50/2016) purché la modifica abbia un valore contenuto in certi limiti ben definiti dalla norma.

Si tratta di possibilità di intervento ben percorribili seppur dentro margini strettamente regolamentati e comunque soggetti alla discrezionalità della Stazione Appaltante, in quanto la *ratio* delle norme in esame è quella di evitare l'elusione della disciplina di gara e garantire che la commessa sia eseguita secondo i parametri posti a base di gara, nel rispetto dei principi di affidamento, concorrenza e parità fra concorrenti (oltre che di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa).

È bene inoltre ricordare sempre che l'interlocutore è una Pubblica Amministrazione soggetta al rispetto di numerose regole e vincoli che, anche se non le consentono di muoversi sul mercato come un operatore privato, certamente non le impediscono di apportare correttivi strettamente necessari e funzionali all'interesse pubblico nella attuale contingente situazione economica.

Fondamentale, in questo contesto, sarà, quindi, la capacità dell'operatore (e dei suoi tecnici specializzati) di avviare un confronto costruttivo con la Stazione Appaltante che consenta di approntare la soluzione che sia, nello stesso tempo, economicamente sostenibile, efficace, efficiente ma soprattutto coerente con la disciplina degli appalti pubblici (e, in primis, con i limiti posti dal già citato art. 106, d.lgs. n. 50/2016)

In ogni caso, in via residuale e se le condizioni lo consentono, è comunque ipotizzabile anche una congrua e specifica apposizione di riserve che possono portare ad un accordo bonario con la Stazione Appaltante, o comunque porre le basi per un eventuale successivo contenzioso.

Ovviamente, si tratta di rimedi particolarmente tecnici che richiedono una accurata valutazione finalizzata ad individuare lo strumento più utile e adatto alla situazione del singolo operatore.

Il nostro Studio ha maturato una consolidata esperienza nel settore degli appalti pubblici e nella contrattualistica ed è in grado di offrire al cliente il supporto necessario nell'ambito della predisposizione, analisi e gestione dei rapporti contrattuali con la P.A. interessati dai temi sopra esaminati.

Avv. Andrea Sassi

Avv. Alice Posfortunato

Avv. Daniela Spitoni (*of counsel*)

Per avere maggiori informazioni sull'argomento si prega di contattare:

Avv. Andrea Sassi – Avv. Alice Posfortunato - Avv. Daniela Spitoni

Via Ariosto, 6 - 20145 Milano

Italia T +39 02 91776310

www.4legal.net

Email: andrea.sassi@4legal.net - alice.posfortunato@4legal.net

Milano, 10 giugno 2022