

NOTA¹

Oggetto: “CARO PREZZI”: certezze ed incertezze alla luce della Circolare del MIMS del 25-26 novembre 2021.

Nella G.U.R.I. n. 279 del 23 ottobre u.s. è stato pubblicato il D.M. del MIMS *“Rilevazione delle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all’8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell’anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi.”*

Da tale data scatta, dunque, il termine di 15 giorni entro il quale le imprese che siano interessate dovranno presentare alla stazione appaltante la domanda per ottenere la “compensazione dei prezzi” prevista dall’art. 1-septies d.l. n. 73/2021, convertito con modifiche con la legge n. 106/2021.

In data 25-26 novembre, il MIMS ha diramato la Circolare, allo scopo di fornire agli addetti ai lavori indicazioni circa le **“modalità operative per il calcolo e il pagamento della compensazione dei prezzi”** dei materiali da costruzione più significativi, ai sensi dell’articolo 1-septies sopra citato.

¹ La nota è pubblicata in www.appaltiecontratti.it 29/11/2021, Maggioli ed.

Alcune perplessità sulle modalità e sui contenuti della domanda da presentare permangono anche dopo i chiarimenti forniti dal MIMS con la richiamata Circolare.

Qui di seguito, alcune prime riflessioni

1.- Ambito oggettivo di applicazione della compensazione

L'art. 1-septies del D.L. n. 73/2021 è intitolato "*Disposizioni urgenti in materia di **revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici***".

Il richiamo alla "revisione dei prezzi" contenuto nel titolo di tale norma appare non particolarmente felice e rischia di generare confusione. Infatti, la revisione dei prezzi è un istituto che ha una propria disciplina, rinvenibile all'art. 106, c. 1 lett. a) del D.Lgs n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). Detto istituto, inoltre, opera sulla base di presupposti e meccanismi di applicazione del tutto diversi da quelli della "compensazione dei prezzi".

Ma il dubbio maggiore che sorge leggendo il titolo della norma sopra richiamata, è se la disciplina ivi contenuta si applichi solo ai contratti di "lavori" o anche a quelli di "servizi" e "forniture", come lascerebbe intendere la formulazione letterale del medesimo titolo.

Tuttavia, leggendo il testo della norma, nonché le ulteriori disposizioni contenute nel D.M. del MIMS del 30 settembre 2021 - sulle modalità di utilizzo del Fondo speciale cui attingere ai fini della "compensazione" - non sembrano sussistere dubbi circa il fatto che la compensazione dei prezzi si applica solo ai contratti di lavori.

Ne consegue che, quand'anche i titolari di contratti pluriennali di servizi e forniture abbiano fornito alle stazioni appaltanti prodotti (ad esempio, strutture prefabbricate) realizzati con i materiali da costruzione indicati nel D.M., e quand'anche detti materiali fossero stati consegnati e contabilizzati nel primo semestre del 2021, i titolari

di tali contratti non potranno beneficiare dei vantaggi della compensazione dei prezzi.

È appena il caso di rammentare che, sotto il previgente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006), l'istituto della compensazione dei prezzi era previsto dovesse applicarsi solo ai contratti di "lavori". In quel caso, però, il Codice riservava ai contratti di durata di servizi e forniture la previsione dell'art. 115, che disciplinava la revisione dei prezzi in tale tipologia di contratti. Disciplina che la giurisprudenza ha ritenuto essere di natura inderogabile.

In assenza di clausole contrattuali che ammettano la revisione dei prezzi, i contratti di servizi e forniture restano privi di qualunque tutela sottesa a fronteggiare il "caro prezzi" nei materiali da costruzione.

2.- Termini e modalità per formalizzare la richiesta

La domanda di compensazione dei prezzi deve essere formalizzata entro 15 giorni dal 23 novembre, data di pubblicazione del D.M. "caro prezzi".

La norma non qualifica il suddetto termine come "perentorio". Tuttavia, per prevenire qualunque controversia, è senz'altro opportuno che la richiesta sia formalizzata entro tale termine. Possibilmente attraverso PEC. In questo modo si avrà certezza sia sulla data di consegna della domanda, sia su quella di ricezione della stessa. Non può escludersi, tuttavia, una diversa modalità per la formalizzazione della domanda in questione, ad esempio tramite raccomandata a/r.

È invece espressamente previsto che la stazione appaltante invii al MIMS, a mezzo PEC, la richiesta di accesso al Fondo nel termine di 60 giorni dalla data di pubblicazione del decreto.

3.- I subappaltatori/fornitori

La domanda di compensazione dei prezzi può essere presentata solo dagli appaltatori di lavori. Subappaltatori e fornitori, per ovviare agli aumenti dei prezzi dei materiali da costruzioni, dovranno fare ricorso agli ordinari strumenti di tutela (ad esempio, invocare l'eccessiva onerosità ex art. 1467 cod. civ., ecc.).

4.- La principale incertezza: i documenti da allegare alla domanda

Bisogna premettere che l'art. 1-septies sopra citato, nulla prevede al riguardo.

È appena il caso di ricordare che, al tempo in cui fu introdotta nel nostro ordinamento la disciplina della compensazione dei prezzi, l'allora Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti emanò una circolare - la n. 871 del 4 agosto 2005 - a mezzo della quale fornì indicazioni circa le *“modalità operative per l'applicazione delle nuove disposizioni relative alla disciplina economica dell'esecuzione dei lavori pubblici”*. Indicazioni ritenute necessarie dal M.I.T. a seguito del D.M. a quel tempo emanato in linea con quanto previsto dall'art. 26, comma 4-bis e seguenti della legge n. 109/1994 e s.m.i.

Tra le indicazioni fornite dal M.I.T., vi era anche che l'appaltatore dovesse provare la maggiore onerosità subita. Prova che poteva essere assolta attraverso la produzione di dichiarazioni dei fornitori o subcontraenti, o altri mezzi di prova relativi alle variazioni, per i materiali da costruzione, del prezzo elementare pagato dall'appaltatore rispetto a quello documentato dallo stesso con riferimento al momento dell'offerta, almeno pari alle variazioni percentuali riportate nel decreto *“caro prezzi”*.

La Circolare del MIMS del 25 novembre, a differenza di quella del 2005, nulla prevede al riguardo.

Tale circostanza potrebbe indurre a ritenere che oggi non occorre che l'appaltatore provi, con *“adeguata documentazione”*, la maggiore onerosità subita.

Ad avviso di chi scrive, la circostanza che la Circolare di oggi nulla dica al riguardo non è dirimente a escludere che l'appaltatore debba produrre “*adeguata documentazione*” a comprova di aver sostenuto maggiori onerosità.

Questo per almeno tre motivi:

- a) in primo luogo perchè le due Circolari hanno finalità diverse; quella del 2005 si poneva un obiettivo molto più ampio di quella del 2021: fornire indicazioni operative “*per l'applicazione della nuove disposizioni*”. In tale contesto, essa forniva indicazioni sia sulla modalità di calcolo della compensazione, con tanto di esempio applicativo, sia sulla domanda da parte dell'appaltatore, con tanto di indicazione dei documenti da allegare.

Viceversa, la Circolare di oggi ha il solo obiettivo di fornire indicazioni sulle modalità di calcolo della compensazione (con esempio applicativo) e sul relativo pagamento.

Dunque, la Circolare del 2021 non affronta proprio la questione della domanda dell'appaltatore. Per quanto si dirà dopo, vale solo la pena di osservare che la Circolare del 2021 prevede, tra l'altro, che le stazioni appaltanti avranno cura di procedere alle attività descritte dalla Circolare stessa, in tempi compatibili “*con gli adempimenti previsti*” dal D.M. n. 371/2021 (relativo all'accesso al Fondo del MIMS).

- b) In secondo luogo perché la Circolare del 2021 nulla dice della precedente Circolare del 2004. Vero è che quest'ultima forniva indicazioni su norme oggi non più presenti nell'ordinamento, perché abrogate da tempo; ma è altrettanto vero che, al fine di fugare qualunque dubbio, la Circolare del 2021 ben avrebbe potuto chiarire che la precedente del 2005 doveva ritenersi superata.
- c) In ultimo, ma non da ultimo, il D.M. 371/2021, nel fornire indicazioni circa le modalità di accesso al Fondo, all'art. 2

comma 4, prevede che le stazioni appaltanti, nel trasmettere al MIMS le istanze di compensazione delle imprese, per ciascuna di esse dovranno inviare al MIMS “**la documentazione giustificativa prodotta dall’impresa**”.

Ecco riaffiorare la “*documentazione giustificativa*” di cui si legge nella Circolare del 2005.

Ad avviso di chi scrive, le imprese, al fine di non incorrere nel rischio che la propria domanda possa essere dichiarata inammissibile, valuteranno, in via prudenziale l’opportunità di produrre la “*documentazione giustificativa*” posta a fondamento della domanda di compensazione. Documentazione che la stazione appaltante avrà poi l’onere di inviare al MIMS, nel caso di accesso al Fondo.

5.- Contratti in corso di esecuzione

Altro dilemma che sorge dalla lettura della norma, è se ai fini dell’ammissibilità della domanda, rileva che i lavori siano in corso alla data dell’entrata in vigore della legge di conversione sul “caro prezzi” (25 luglio 2021), o se è sufficiente che sia in corso il contratto.

Potrebbe infatti accadere che i lavori siano stati ultimati, ma non sia stato emesso il certificato di collaudo o di regolare esecuzione. In pendenza di tali certificati, non può dirsi che il contratto sia concluso.

Ebbene, la norma (art. 1-septies) prevede che a tale data debba essere in corso “il contratto”. A poco rileva quindi che i lavori siano stati ultimati e magari che sia stata chiusa la contabilità.

A conferma di ciò milita la previsione del comma 6 dell’art. 1-septies del D.L. n. 73/2021, secondo cui alla compensazione prezzi provvede direttamente la stazione appaltante, attingendo dalle risorse accantonate per imprevisti, o da altre somme a disposizione per lo stesso intervento, per il quale non siano stati eseguiti i relativi collaudi o emanati i certificati di regolare esecuzione.

6.- Accordi quadro in corso di esecuzione

Altro dilemma è se, in caso di accordi quadro, il “contratto in corso di esecuzione” debba intendersi il contratto applicativo, ovvero se è sufficiente che sia ancora in corso l’accordo quadro.

Fermo restando che le vicende contrattuali andrebbero verificate caso per caso, alla luce delle clausole contenute nell’Accordo Quadro e nel contratto applicativo, la norma di legge fa espresso riferimento al “*contratto in corso di esecuzione*”; per contro, non è contenuto alcun riferimento ad eventuali accordi quadro. Quindi, seguendo l’opzione interpretativa di tipo letterale, in virtù di quanto previsto dalla norma, ai fini dell’applicazione della compensazione dei prezzi sembrerebbe doversi far riferimento al contratto applicativo, e non già all’accordo quadro.

Al riguardo è appena il caso di evidenziare che, secondo la giurisprudenza, il contratto quadro realizza un *pactum de modo contrahendi* ossia un contratto “normativo” dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel “vincolare” la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti. Da esso discende quindi non un assetto di specifiche obbligazioni, bensì una disciplina generale alla quale gli operatori economici devono attenersi in vista della stipulazione a valle di successivi contratti esecutivi, in numero non predeterminabile, entro il limite economico costituito dalla quota parte di rispettiva assegnazione, nell’interesse e secondo le esigenze dell’amministrazione (in tal senso, Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2018, n. 1455; Cons. Stato, Sez. 29 novembre 2017, n. 5613; T.A.R. Campania Napoli, sez. I 7 gennaio 2021 n. 89).

Nell’incertezza, ed in assenza di indicazioni da parte del MIMS, le imprese valuteranno comunque l’opportunità di presentare la domanda nel caso in cui il singolo contratto applicativo non sia più in corso, ma lo sia l’accordo quadro.

7.- Nel caso di A.T.I.

In caso di A.T.I. orizzontali, ciascuna impresa concorre alla distribuzione delle risorse sulla base della categoria assegnata all'impresa mandataria, sia essa piccola, media o grande, secondo la classificazione fatta dal decreto del MIMS per l'accesso al Fondo.

Lo stesso D.M. prevede inoltre che le stazioni appaltanti assegneranno le risorse relative alla compensazione alla mandataria, che provvederà poi a dividerle con le mandanti sulla base dei loro accordi.

Si pone quindi il dubbio se, a valle dell'assegnazione, dovrà emettere fattura solo la mandataria, o se, in base al principio dell'autonomia fiscale dei componenti l'R.T.I., ciascuno dovrà fatturare alla stazione appaltante, sulla base di quanto andrà concretamente ad incassare.

8.- Il Direttore dei Lavori

Al D.L. è assegnato l'ingrato compito di accertare le quantità di ciascun materiale da costruzione cui applicare la variazione di prezzo unitario determinata secondo la procedura prevista dalla legge, ribadita nella recente Circolare del MIMS. Compito ingrato se si pensa che la stazione appaltante deve completare l'istruttoria in tempo utile per inviare al MIMS, entro il termine di 60 giorni dalla data di pubblicazione del D.M. sui materiali da costruzione, la domanda di ammissione al Fondo, corredata da tutto quanto prevede il D.M. 30.9.2021, all'art. 2 c. 2.

9.- Le operazioni di calcolo

Come poc'anzi evidenziato, spetta al D.L. accertare le quantità di ciascun materiale da costruzione cui applicare la variazione di prezzo unitario determinata secondo la procedura prevista dalla norma e richiamata nella Circolare del MIMS.

Spetterà poi al RUP o al Dirigente all'uopo preposto "convalidare" i conteggi effettuati dal D.L., e verificare la disponibilità nel quadro economico di ogni singolo intervento.

Ciascuna impresa, al momento della presentazione della domanda di compensazione, valuterà l'opportunità di fornire al D.L. ogni elemento utile al fine di agevolarlo nelle attività di verifica e nei conteggi che quest'ultimo è chiamato a fare.

Ciò anche in considerazione del fatto che la norma non prevede che il D.L. svolga le attività che gli sono demandate in contraddittorio con l'impresa. A quest'ultima potrebbe pertanto non presentarsi altra occasione per sottoporre al D.L. le proprie osservazioni, valutazioni e calcoli.

È chiaro ed evidente che tutto ciò avrebbe la sola finalità di agevolare il D.L. nel compito assegnatogli, che lo stesso sarà chiamato a svolgere in piena autonomia e assumendosi le relative responsabilità.

La "riserva"

Le imprese hanno diritto a presentare la domanda di compensazione, ma non anche a pretendere il relativo riconoscimento laddove non vi siano i presupposti, anche solo di natura finanziaria.

Ove poi l'appalto abbia, per ragioni non imputabili all'impresa, registrato un anomalo andamento, con conseguente dilatazione dei termini di esecuzione del contratto, laddove la domanda di compensazione dei prezzi non fosse accolta, l'impresa potrà sempre valutare di formalizzare una "riserva", nei modi e termini previsti dalla legge e dalla disciplina contrattuale. Riserva che avrà ad oggetto la richiesta di risarcimento danni conseguenti all'anomalo andamento dell'appalto, tra i quali i maggiori oneri finanziari sostenuti a causa dell'incremento repentino dei prezzi dei materiali da costruzione.

Ma questa è un'altra storia.

Roma, 27 novembre 2021

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
GENTILE - VARLARO SINISI

Avv. Arrigo Varlaro Sinisi