

NOTA¹

Oggetto: *“CARO PREZZI”*: certezze ed incertezze alla luce del D.L. n. 4/2022 (decreto legge c.d. “Sostegni ter”). Seconda puntata².

Il 27 gennaio è entrato in vigore il D.L. c.d. “Sostegni ter”³. L’art. 29 di detto D.L., nel prevedere nuove regole volte a fronteggiare gli effetti del “caro prezzi” supera - è vero - alcune delle criticità emerse nella disciplina della compensazione dei prezzi introdotta lo scorso anno, ma ne pone di nuove.

LA REVISIONE PREZZI

1. L’ambito soggettivo di applicazione dell’istituto

Primo elemento di assoluta novità è l’introduzione dell’obbligo della “revisione prezzi” per tutti i contratti pubblici, i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati (nel caso di procedure ristrette, le lettere di invito siano state inviate) tra il 27 gennaio u.s. ed il 31 dicembre 2023. Più in particolare, in espressa deroga a quanto previsto all’art. 106, comma 1 lett. a) del Codice dei contratti pubblici del 2016, è fatto obbligo alle stazioni appaltanti di inserire **negli atti di gara** clausole di “revisione prezzi”, nel rispetto delle condizioni di cui al

¹La nota è in corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it, Maggioli ed.

²La prima puntata, *“Caro prezzi”*: certezze e incertezze alla luce della circolare MIMS del 25 novembre 2021 n. 43362, in www.appaltiecontratti.it 29/11/2021, ma anche su linkedin.

³Pubblicato nella G.U.R.I. n. 21 del 21 gennaio u.s., il D.L. n.4 reca *“Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all’emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico”*.

secondo e terzo periodo del comma 1 lett. a) dell'art. 106 sopra citato (ossia, è necessario fissare la natura e la portata di tali clausole, che non devono alterare la natura del contratto).

La norma in commento costituisce, per i contratti di servizi e forniture, uno strumento di tutela contro il "caro prezzi", che il legislatore del 2021 aveva completamente trascurato di considerare, al punto da far sorgere dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 1-*sexties* del D.L. n. 73/2021, inserito con la legge n. 108/2021⁴.

Alcune criticità

Cosa accade se la stazione appaltante non inserisce tale clausola negli atti di gara ?

La sua eventuale assenza potrebbe condizionare l'offerta di un concorrente. Se così fosse, gli atti di gara rischiano di dover essere **impugnati innanzi al giudice amministrativo**. In caso contrario, l'omessa previsione di una tale clausola appare destinata, in corso di esecuzione del contratto, a far sorgere contenziosi tra committente ed appaltatore, concernenti sia l'*an* sia il *quantum* della revisione dei prezzi contrattuali. Analoga considerazione vale per il caso in cui la documentazione di gara preveda la r.p., ma la relativa clausola non evidenzia in modo chiaro, preciso ed inequivocabile quale meccanismo adotterà la stazione appaltante per revisionare i prezzi.

Nel caso di affidamento diretto, si applica la r.p. ?

Al riguardo giova rilevare che il comma 1 del citato art. 29 prevede che "è obbligatorio l'inserimento, **nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi** (...).

È appena il caso di rammentare che secondo la giurisprudenza un affidamento diretto non configura una gara (Cons. St. Sez. IV 23 aprile 2021 n. 3287). Se così è, sarebbe da comprendere quale sia la logica che vede escludere la r.p. in caso di affidamento diretto.

⁴Questione portata all'attenzione del giudice amministrativo, che ora è chiamato a valutare se la stessa sia o meno manifestamente fondata, per poi eventualmente sottoporla alla Corte Costituzionale.

Oppure è sufficiente la volontà delle parti per modificare il contratto durante la sua esecuzione? ai posteri ...

L'istituto della r.p. si applica anche ai "lavori" ?

Il dilemma potrebbe in effetti porsi, atteso che a questi contratti è riservata la cosiddetta "compensazione dei prezzi". Un'opzione interpretativa, basata sul canone ermeneutico letterale, sembrerebbe tuttavia indurre a ritenere che nei "lavori" la "compensazione dei prezzi" si applica solo ai "materiali da costruzione"; mentre, per tutte le altre voci di prezzo nulla impedisce che possa essere applicata la r.p. (opere destinate alla sicurezza, opere provvisionali, noli a caldo, ecc.).

LA COMPENSAZIONE PREZZI

2. La nuova disciplina

L'istituto in commento si applica ai contratti di "lavori", nel caso in cui le variazioni dei prezzi dei "materiali da costruzione", subiscano un aumento o una diminuzione in misura percentuale superiore al 5% rispetto al prezzo rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta.

Le percentuali di variazione saranno riportate in DM del MIMS da pubblicare entro il 31 marzo e il 30 settembre di ogni anno.

Più in particolare, si procede a compensazione per la percentuale eccedente il 5 % e comunque in misura pari all'80 % di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 7 dell'art. 29 in commento.

Qualora la maggiore onerosità provata dall'esecutore sia relativa a una variazione percentuale inferiore a quella riportata nel DM, la compensazione è riconosciuta limitatamente alla predetta variazione, per la sola parte eccedente il 5 % e in misura pari all'80 % di detta eccedenza. In ogni caso, la variazione riportata nel DM costituisce il limite massimo riconoscibile all'esecutore.

2.1 Il ruolo del direttore dei lavori

La “compensazione dei prezzi” è determinata applicando la percentuale di variazione che eccede il cinque per cento al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegato nelle lavorazioni contabilizzate nei dodici mesi precedenti al DM del MIMS sul “caro prezzi”, e nelle quantità accertate dal direttore dei lavori.

Sono esclusi dalla compensazione i lavori contabilizzati nell’anno solare di presentazione dell’offerta.

La compensazione non è soggetta al ribasso d’asta ed è al netto delle eventuali compensazioni precedentemente accordate.

Spetta al direttore dei lavori verificare l’eventuale effettiva maggiore onerosità subita dall’esecutore rispetto al tempo di presentazione dell’offerta, sulla base della documentazione che dovrà essere fornita dall’appaltatore (dichiarazioni dei fornitori o subcontraenti o con altri idonei mezzi di prova).

Il direttore dei lavori verifica altresì che l’esecuzione dei lavori sia avvenuta nel rispetto dei termini indicati nel cronoprogramma.

Quid juris se l’avanzamento delle prestazioni è in ritardo rispetto al cronoprogramma, ma per cause non imputabili all’appaltatore?

È prevedibile che in tali casi l’eventuale diniego di accoglimento dell’istanza dell’appaltatore sarà destinato a favorire l’insorgere di contenziosi.

Per quel che concerne la giurisdizione del giudice competente a dirimere tali contenziosi, occorrerà individuarla in base a quanto recentemente affermato dalle Sezioni Unite dalla Suprema Corte di Cassazione⁵.

2.2 La domanda dell’appaltatore

L’istanza di “compensazione dei prezzi” è presentata dall’appaltatore nel termine perentorio di 60 giorni dalla pubblicazione sulla GURI del DM del MIMS sul caro prezzi.

⁵Cass. Sez. Un. Ord. 12 ottobre 2020, n. 21990.

La norma, se da un lato nulla dice circa eventuali documenti che l'appaltatore è tenuto ad allegare alla domanda, dall'altra prevede che il direttore dei lavori verifichi l'eventuale effettiva maggiore onerosità lamentata dall'esecutore rispetto al momento di presentazione dell'offerta, onerosità che lo stesso appaltatore dovrà provare attraverso adeguata documentazione (dichiarazione di fornitori o subcontraenti o con altri idonei mezzi). L'appaltatore, nel dubbio se allegare i documenti già alla domanda, o attendere che gli stessi gli siano eventualmente chiesti dal direttore dei lavori, al fine di evitare il rischio che la propria istanza sia dichiarata, in tutto od in parte, inammissibile, valuterà attentamente l'opportunità (ovvero la necessità) di allegare i documenti già al momento della presentazione dell'istanza.

3. **I Decreti Ministeriali**

Entro il 31 marzo e il 30 settembre di ciascun anno, il MIMS pubblicherà i decreti ministeriali predisposti sulla base delle elaborazioni effettuate dall'ISTAT, in relazione alle variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, relative a ciascun semestre. Giova rammentare che in base alla normativa del 2011, il MIMS predisponiva il D.M. sulla base dei dati forniti, oltre che dall'ISTAT, da UNIONCAMERE e dai Provveditorati regionali alle opere pubbliche.

4. **Ultime riflessioni**

La "compensazione dei prezzi" introdotta lo scorso anno si applica a tutti i contratti in corso di esecuzione alla data del 26 luglio 2021; per contro, le novità introdotte con il D.L. n. 4/2022 si applicano a tutti i contratti i cui bandi siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del medesimo D.L.: quindi, dal 28 febbraio.

E cosa accade per quanto riguarda i contratti i cui bandi, avvisi ecc. siano stati pubblicati tra il 27 luglio 2021 ed il 26 gennaio 2022 ?

posterì ...

Ultima riflessione legata ai “giustificativi” che le stazioni appaltanti devono trasmettere al MIMS ai fini dell’accesso al Fondo.

Al riguardo, il D.L. 4/2022 chiarisce (art. 29, comma 13) che tali giustificativi consistono unicamente nelle analisi sull’incidenza dei materiali presenti all’interno di lavorazioni complesse, da richiedere agli appaltatori ove la stazione appaltante non ne disponga.

Detto ciò, si pone ora la questione di quali saranno gli effetti che tale chiarimento è destinato a produrre sulle istanze degli appaltatori che, teoricamente, le stazioni appaltanti dovrebbero aver già inviato al MIMS, in linea con le tempistiche previste all’art. 2 comma 2 del D.M. 30 settembre 2021, recante la disciplina sull’accesso al Fondo. Anche in questo caso, ai posterì ...

Roma, 20 febbraio 2022

Arrigo Varlaro Sinisi