

Revisione prezzi: interventi su gare e contratti in corso, nonché sulle procedure ancora da bandire

Milano, 5 maggio 2022

Il fenomeno del «caro prezzi»

Impatto trasversale sui rapporti tra committenza pubblica e imprese:

- (i) fase prodromica alla gara: fissazione della base d'asta e formulazione dell'offerta;
- (ii) fase anteriore all'instaurazione del rapporto contrattuale, nell'ipotesi di eventuali sopravvenienze in corso di gara;
- (iii) fase di esecuzione del contratto (cfr. Comunicato del Presidente di ANAC del 22 aprile 2022).

L'intervento di Busia

"L'ordinanza di sospensiva del Tar del Lazio della gara per il primo lotto del nuovo porto commerciale di Fiumicino conferma quanto Anac va dicendo da tempo: **il prezzo a base di gara non può prescindere da una verifica puntuale della congruità rispetto a costi e prestazioni.** La guerra in Ucraina e l'aggravarsi della situazione internazionale rendono ancora più drammatico l'aumento dei prezzi delle materie prime, già impennatosi precedentemente. **Serve un urgente intervento normativo per la revisione dei prezzi negli appalti così da far fronte agli esorbitanti incrementi delle materie prime.** Una sorta di compensazione non soltanto per i lavori pubblici, ma anche per servizi e forniture". Lo dichiara il presidente dell'Anac, Giuseppe Busia, commentando lo stop del Tar del Lazio alla gara per il porto commerciale di Fiumicino per mancato adeguamento dei prezzi ai rincari delle materie prime.

"Al riguardo - ricorda - l'Autorità ha inviato nei mesi scorsi **una richiesta formale** ai ministri delle Infrastrutture e dello Sviluppo Economico, e al Presidente della Quinta Commissione del Senato. I meccanismi di adeguamento devono funzionare sia al rialzo quando i prezzi crescono, sia al ribasso, quando si riducono. **Non possiamo pensare alla sospensione di tutte le gare in corso. Vanno stabiliti con urgenza meccanismi che consentano di riguadagnare un equilibrio contrattuale, tenendo conto dei costi reali. Se non lo si fa: o alle gare non partecipa nessuno, oppure solo chi poi chiederà varianti con aumento dei prezzi. O accadrà quanto abbiamo visto in questo caso del Porto di Fiumicino, con l'intervento del Tar che accoglie il ricorso e sospende la gara".**

"In questo momento - avverte Busia - non dobbiamo illuderci sperando in un risparmio immediato, ma **riconoscere che bisogna avere clausole di adeguamento dei prezzi che tengano conto dei costi reali, indicizzando i valori inseriti nel bando di gara. Altrimenti si vanificherà lo sforzo del Pnrr, perché le gare di appalto andranno deserte, o favoriranno i "furbetti" che punteranno subito dopo l'aggiudicazione a varianti per l'aumento dei prezzi.** Molto meglio stabilire dei meccanismi trasparenti e sicuri di indicizzazione, così da favorire un'autentica libera concorrenza e apertura al mercato plurale, e serietà in chi si aggiudica l'appalto".

"Non basta, poi - sottolinea - pensare alle gare future. **Serve intervenire anche per le gare già in corso.** L'incremento dei prezzi delle materie prime ha un impatto sui contratti in corso e quelli in fase di aggiudicazione. Per i contratti in corso, le condizioni di esecuzione possono divenire proibitive per gli operatori economici se non esistono meccanismi di adeguamento dei prezzi chiari, che possono essere azionati con tempestività. **Il legislatore, poi ha previsto meccanismi di dettaglio per la compensazione e per le clausole, ora obbligatorie, di adeguamento prezzi da inserire nei bandi per i lavori, ma non per i servizi. Tali meccanismi funzionano nella misura in cui sono in grado di intercettare correttamente gli oneri per l'esecuzione. Per quanto concerne i servizi, il parametro attuale è un indice che funziona bene in periodi ordinari, non in periodi di turbolenza come quello attuale.**"

"E' evidente - conclude Busia - che le attività che richiedono un maggior consumo di prodotti energetici sono fortemente penalizzate se i meccanismi di adeguamento dei prezzi sono basati su indici generali. Occorre notare che il forte incremento dei prezzi dei prodotti energetici degli ultimi mesi produrrà una spinta alla crescita dei prezzi dei beni e servizi detti energivori o che comunque utilizzano molta energia e ciò determinerà ulteriori spinte sui prezzi e renderà più difficile proseguire con i contratti in corso senza misure di compensazione".

Obbligo di porre a base di gara prezzi aggiornati

- Costo del lavoro: nel fissare la base d'asta, la s.a. è tenuta ad applicare i valori più aggiornati della contrattazione collettiva di settore (cfr. art. 23, co. 16, D.Lgs. 50/2016);

Orientamento tradizionale: «l'individuazione da parte della stazione appaltante di un costo del lavoro inferiore a quello risultante dalle Tabelle ministeriali produce effetti diversi a seconda della fattispecie» (cfr. T.A.R. Lombardia, sez. IV, 24 giugno 2021, n. 1546).

(i) se minimi scostamenti non integrano di per sé un indice di illegittimità del bando, difformità rilevanti possono invece inficiare la validità della lex specialis;

(ii) la legittimità della legge di gara viene meno ove la base d'asta non presenti una consistenza tale da garantire ragionevolmente la congruità delle offerte presentate (ad esempio, quando l'importo soggetto a ribasso non si ponga nel pieno rispetto degli standard minimi fissati dal CCNL applicabile nel settore di riferimento)

Obbligo di porre a base di gara prezzi aggiornati (2)

Applicazioni pratiche più rigorose

«la stazione appaltante ha utilizzato, per la prefigurazione dei criteri di elaborazione delle offerte, tabelle ministeriali temporalmente risalenti e superate, già al momento della pubblicazione del bando (avvenuta in data 1 luglio 2019), dalla contrattazione collettiva di settore (l'accordo di rinnovo del CCNL Cooperative sociali era divenuto efficace in data 31 maggio 2019)».

«deve ritenersi obiettivamente irragionevole ed incongrua – a fronte della circostanza gli accordi sindacali avessero apprezzabilmente incrementato, per il settore di riferimento, la quantificazione parametrica delle voci di costo del personale (mediamente, del 6%, giusta le risultanze documentali) – la scelta di conservare, per gli operatori economici interessati alla formalizzazione di una proposta negoziale competitiva, il dato storico superato, risalente a sei anni addietro e non aggiornato» (Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2022, n. 383).

Obbligo di porre a base di gara prezzi aggiornati (3)

- La linea più rigorosa pare destinata ad affermarsi, data l'attuale congiuntura e gli appelli formulati al riguardo in ogni sede (cfr., da ultimo, il Comunicato del Presidente ANAC);
- Ricorso ANCE - Lavori Nuovo Porto Commerciale di Fiumicino (TAR Lazio, sez. III, decr. 15 aprile 2022, n. 2560):

la **base d'asta**, pur se non deve rispecchiare necessariamente i prezzi medi di mercato, **non può esser fissata in modo arbitrario con conseguente alterazione della concorrenza**;

la determinazione del prezzo a base di gara non può prescindere da una seria verifica, soprattutto nelle congiunture economiche sfavorevoli, della reale congruità rispetto alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione dell'appalto;

i concorrenti devono esser in grado di presentare una proposta concreta e realistica, onde l'analisi preliminare dei dati di mercato, propedeutica alla fissazione dei prezzi, è in sé funzionale all'individuazione dei corretti parametri di gara, garantisce la trasparenza ed evita a priori l'abuso di discrezionalità tecnica, senza la necessità di interventi giudiziari in corso di gara, quando non dopo l'aggiudicazione

Aumenti significativi in corso di gara

- Due orientamenti contrapposti:

a) La revisione prezzi opera solamente a valle della stipulazione del contratto

TAR Lazio, sez. II, 4 novembre 2021, n. 11309: *«l'eventuale aumento dei costi e/o dei prezzi in pendenza della gara non può in generale incidere sulla legittimità - o meno - dell'aggiudicazione, bensì eventualmente sulla successiva fase esecutiva, attenendo a ben vedere la doglianza di cui si discorre all'istituto della revisione dei prezzi nei contratti pubblici ad esecuzione periodica o continuativa, come noto, volto ad assicurare, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni determinata dall'aumento dei costi gravanti sull'esecutore privato, il mantenimento della convenienza del contratto per il privato medesimo e, correlativamente, della qualità delle prestazioni a favore della pubblica amministrazione, contestualmente evitando 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 (in tal senso, ex multis, questo T.A.R., Sezione I, 9 novembre 2020, n. 11577)».*

Aumenti significativi in corso di gara (2)

TAR Lombardia – Brescia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239: *«nel caso di specie l'istanza di revisione del prezzo è stata formulata dall'impresa aggiudicataria prima della stipulazione del contratto, ossia in un momento in cui, non essendo ancora in essere alcun rapporto contrattuale, non era giuridicamente ipotizzabile né ammissibile alcuna ipotesi di revisione del prezzo, che per sua natura presuppone un contratto (ad esecuzione continuata e periodica) già in corso. E così come nel corso del rapporto contrattuale l'impresa appaltatrice è tutelata, in caso di un esorbitante aumento dei costi del servizio, dall'istituto della revisione del prezzo (ove previsto dagli atti di gara) ovvero dalla possibilità di esperire i rimedi civilistici di risoluzione del vincolo sinallagmatico, nel diverso caso in cui l'evento imprevisto e imprevedibile si verifichi prima della stipulazione del contratto, l'impresa aggiudicataria è tutelata con la possibilità di rifiutare la sottoscrizione del contratto, una volta cessata la vincolatività della propria offerta»*

Aumenti significativi in corso di gara (3)

Rimedi per l'operatore economico:

(i) revoca dell'offerta, se è decorso il termine di 180 giorni, o il diverso termine previsto dalla *lex specialis* (cfr. art. 32, co. 4, D.Lgs. 50/2016). Secondo T.A.R. Sicilia – Catania, sez. III, 16 marzo 2022, n. 764, il termine sarebbe di 240 giorni (180 giorni di vincolatività dell'offerta + 60 giorni per la stipula del contratto). Il termine di 180 giorni può rinnovarsi per fatti concludenti (es. rinnovazione della cauzione, ecc.);

(ii) rifiuto di stipulare il contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta? Analogia con gli istituti di diritto civile, con riguardo all'eccessiva onerosità sopravvenuta tra la conclusione del contratto preliminare e la stipula del contratto definitivo

Aumenti significativi in corso di gara (4)

b) Modifica delle condizioni ante-stipula:

- (i) Ove intervengano sopravvenienze che richiedono la modifica di talune condizioni emerse in gara, la stazione appaltante può effettuare le proprie valutazioni sul punto (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 28 giugno 2021, n. 667, ove si pone l'attenzione sull'«*alternativa di rifare appello al mercato (con le diseconomie e i rischi già evidenziati) ovvero tentare (nei limiti consentiti dall'art. 106) di ricondurre il contratto ad utilità*»; cfr., altresì, T.A.R. Toscana, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228);
- (ii) Secondo un ulteriore orientamento, vi è addirittura un obbligo in capo alla stazione appaltante di valutare la sostenibilità dell'offerta aggiudicataria, alla luce delle nuove condizioni di mercato (T.A.R. Molise, sez. I, 14 febbraio 2022, n. 41)

Aumenti significativi in corso di gara (5)

- la nota di riscontro della Molise Acque prot. n. 15228/2021 ha eluso e sostanzialmente ignorato la sopravvenienza fattuale sin qui tratteggiata, essendosi l'Azienda limitata ad affermare, in proposito, di avere “da sempre considerato il prezzo indicato sulla piattaforma CONSIP quale valore “attendibile” di riferimento, specialmente per un appalto dalle caratteristiche sensibilmente variabili come il mercato dell'energia e di difficile previsione, a maggior ragione se riferito ad annualità diverse da quella in corso;
- la valutazione sulla sostenibilità dell'offerta deve essere effettuata anche tenendo conto delle sopravvenienze di fatto e di diritto che incidono sulla sua tenuta economica, e ciò sia in caso di rivalutazione in melius che in peius per il concorrente

Aumenti significativi in corso di gara (6)

Sotto l'aspetto più marcatamente economico, poi, sarebbe inesatto pensare che quello dell'equilibrio contrattuale sia un tema circoscritto alla mera fase esecutiva del contratto, come tale involgente al più questioni di imputabilità di eventuali inadempimenti contrattuali.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti già chiarito che “l'equilibrio economico di una operazione contrattuale oggetto di una procedura ad evidenza pubblica non attiene solo alla fase esecutiva del contratto, bensì rappresenta anche una imprescindibile esigenza “a monte” della stipulazione del contratto, come dimostra la disciplina in tema di valutazione delle offerte anomale, volta proprio a far emergere quelle offerte che, siccome anormalmente basse, non sarebbero in grado di garantire la qualità del servizio, alla ricerca dell'equilibrio economico del contratto” (T.A.R. Sardegna, n. 554/2020).

E a confermare la connessione tra le due fasi (procedimentale e negoziale) dell'attività contrattuale della pubblica Amministrazione vale, appunto, il rispetto del principio del c.d. “utile necessario”.

Aumenti dei prezzi in fase di esecuzione (D.Lgs. 163/2006)

- Contratti stipulati sotto la vigenza dell'art. 115, D.Lgs. 163/2006: revisione obbligatoria. Se clausola assente → inserzione automatica; nullità di eventuali clausole che escludono la revisione prezzi;
- Regime derogatorio per gli appalti aggiudicati da enti operanti nei c.d. settori speciali (es. trasporto ferroviario): Corte di Giustizia, sez. IX, 19 aprile 2018, causa C-152/17, ove si precisa che *«nè la direttiva 2004/17 nè i principi generali ad essa sottesi impongono agli Stati membri un obbligo specifico di prevedere disposizioni che esigano dall'ente aggiudicatore che esso riconosca alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo dopo l'aggiudicazione di un appalto, le disposizioni di cui al procedimento principale del decreto legislativo n. 163/2006, non prevedendo la revisione periodica dei prezzi degli appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva, non presentano un collegamento con tale direttiva e non si può, pertanto, ritenere che essi attuino il diritto dell'Unione»*.

Aumenti dei prezzi in fase di esecuzione (D.Lgs. 50/2016)

- Contratti stipulati sotto la vigenza dell'art. 106, D.Lgs. 50/2016: revisione obbligatoria solo se prevista nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che facciano riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti;
- se manca una clausola di revisione prezzi: unico rimedio, risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta;
- soluzione insoddisfacente, in taluni casi anche per la stessa s.a.: se viene indetta una nuova gara, i prezzi potrebbero risultare addirittura superiori;
- congiuntura economica ed attuale contesto generale completamente diverso rispetto al 2016: es. ripresa delle dinamiche inflattive.

Assenza di una clausola di revisione prezzi, nei contratti stipulati sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016

- Tentativo di rimediare alla lacuna invocando l'ipotesi di modifica del contratto di cui all'art. 106, co. 2, lett. c), D.Lgs. 50/2016 (*«la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore»*);
- Le più recenti pronunce hanno escluso che tale norma sia applicabile al fine di supplire alla mancata previsione negli atti di gara di una clausola di revisione prezzi (cfr. T.A.R. Brescia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239; T.A.R. Milano, sez. IV, 26 gennaio 2022, n. 181)

Assenza di una clausola di revisione prezzi, nei contratti stipulati sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016 (2)

- Richiesta di revisione dell'equilibrio contrattuale, sulla base dei principi civilistici generali;
- Art. 30, co. 8, D.Lgs. 50/2016: *«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».*
- Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Relazione n. 56 dell'8 luglio 2020.

Procedimento di revisione prezzi

Modello procedimentale a **struttura bifasica**:

- Accertamento in ordine alla spettanza, nell'*an*, della revisione prezzi (es. decorso del primo anno di contratto);
- Istruttoria volta alla determinazione del *quantum*: la variazione generale dei prezzi può non aver avuto alcun impatto specifico sulla singola commessa, o addirittura può determinare un impatto favorevole per l'appaltatore (in tal caso, è ammessa una revisione *in peius*, e cioè in favore della s.a.; cfr. TAR Lazio, sez. II, 28 febbraio 2022, n. 2339).

Secondo un primo orientamento, l'indice ISTAT costituisce il limite massimo del compenso revisionale, salve comprovate circostanze eccezionali (cfr. T.A.R. Lombardia, sez. I, 18 febbraio 2021, n. 435).

Secondo un diverso orientamento, occorre invece tenere conto degli specifici costi di produzione relativi allo svolgimento di ciascun tipo di servizio, senza appiattirsi sui soli indici ISTAT, i quali rivestono carattere sussidiario (T.A.R. Catania, sez. III, 8 luglio 2021, n. 2205).

Il costo del lavoro

- Voce di costo preponderante negli appalti di servizi, specialmente quelli c.d. *labour intensive*;
- Secondo un primo orientamento, l'aumento del costo del lavoro, per effetto delle modifiche apportate al CCNL, rientra nella normale alea imprenditoriale, non costituendo una circostanza imprevedibile (Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2018, n. 6237);
- Secondo un ulteriore orientamento, la revisione prezzi deve tenere conto dell'eventuale incremento del costo del lavoro, in dipendenza dell'entrata in vigore di un nuovo CCNL (T.A.R. Catania, sez. III, 24 marzo 2022, n. 819; T.A.R. Lecce, sez. III, 29 settembre 2021, n. 1405);
- In concreto, appare preferibile il secondo orientamento, dato che le gare possono durare anche molti anni, in caso di contenzioso, e che l'operatore economico non può in alcun modo prevedere l'entità dell'incremento futuro del CCNL