

La revisione prezzi negli appalti di forniture e servizi nel contesto attuale

Il tema della revisione dei prezzi negli appalti pubblici ha, storicamente, avuto una disciplina ondivaga, ciclicamente posta a tutela ora dell'imprenditore-fornitore, ora delle esigenze di bilancio della P.A.: basti ricordare che l'art. 6 della legge n. 537/1993 (come sostituito dall'art. 44 della legge n. 724/1994) aveva previsto l'obbligo di inserimento di una clausola di revisione prezzi in tutti i contratti ad esecuzione periodica; il codice degli appalti previgente (d.lgs. n. 163/06) confermava tale obbligo all'art. 115, introducendo però un apposito procedimento (obbligatorio a seguito della richiesta del fornitore) al fine di consentire all'Amministrazione di verificare i presupposti e l'entità del diritto alla revisione; successivamente però, nel codice attuale (art. 106 d.lgs. n. 50/16) l'obbligo di inserire la clausola di revisione prezzi è venuto meno e la revisione è possibile, in linea generale, se essa è prevista dal contratto. Nel prossimo codice, invece, si tornerà al passato: l'art. 60 della bozza in circolazione include nuovamente l'obbligo di inserire nei contratti di durata la clausola di revisione prezzi. Sulle modalità applicative di tale norma si era formata copiosa ma comunque chiara giurisprudenza, anche del Consiglio di Stato. In particolare, vale la pena di ricordare che la funzione dell'istituto della revisione prezzi è stata indicata nell'esigenza di evitare che variazioni imprevedibili ed esorbitanti rispetto alla normale alea contrattuale a danno dell'appaltatore possano tradursi in un danno per la stessa P.A., sia perché, riducendosi il margine di redditività del contratto d'appalto per l'appaltatore quest'ultimo

possa ridurre la qualità della prestazione, sia perché, se lette su larga scala, le difficoltà del fornitore possono esporre l'Amministrazione al rischio del fallimento del fornitore stesso, o comunque di altre vicende soggettive che possano impedire la regolare esecuzione del contratto. Sotto questo aspetto, la revisione prezzi è istituto analogo all'anomalia dell'offerta verificata in sede di gara: in entrambi i casi, lo scopo è proteggere la P.A. dalle conseguenze derivanti da un prezzo della prestazione non remunerativo per l'appaltatore

(¹). Tutto ciò è tornato prepotentemente d'attualità, anche a livello normativo e giurisprudenziale, per effetto del ben noto notevole incremento dei costi delle materie prime, anche in ambito sanitario, dipeso prima dalle misure adottate a livello nazionale ed internazionale per il contenimento della pandemia da Sars-CoV-2 e poi dalle ripercussioni sui commerci dell'attuale situazione bellica nell'est europeo. Sul piano giuridico, a questi eventi si è cercato di far fronte in modo diverso: inizialmente, in assenza di interventi normativi anche d'urgenza, ANAC e varie Corti hanno proposto una differente interpretazione delle norme esistenti che tenesse conto del mutato conte-

sto di fatto; successivamente, sono sopraggiunti interventi normativi specifici, che hanno disegnato l'attuale quadro, ora ulteriormente precisato dalla stessa ANAC e dalla giurisprudenza sopravvenuta.

All'inizio della fase emergenziale, l'esigenza di far fronte all'imprevedibilità dei costi era parsa prioritaria anche a livello istituzionale: pur in attesa di norme di diritto posi-

L'art. 29 del d.l. n. 4/2022 ha sì reintrodotta l'obbligo di inserimento nei contratti di una clausola di revisione prezzi, ma l'ha limitata ai soli contratti banditi nel periodo compreso tra il 27 gennaio 2022 e il 31 dicembre 2023 escludendo quelli in corso

¹ Per queste considerazioni, v. di recente Cons. Stato, Sez. IV, n. 5667 del 7 luglio 2022; Cons. Stato, sez. V, n. 3874 del 16 giugno 2020; T.A.R. Toscana, Sez. I, n. 885 del 4 luglio 2022.

tivo *ad hoc* che disciplinassero in modo chiaro e completo la nuova situazione, si era diffusa l'opinione che occorresse facilitare l'applicazione della revisione prezzi, e che questa dovesse essere nuovamente generalizzata.

In particolare, con i pareri n. 540 del 1 luglio 2020, n. 1022 del 25 novembre 2022 e soprattutto con la delibera n. 227 del 11 maggio 2022 (*"Indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica adottate in Cina e della situazione bellica in Ucraina sul regolare adempimento delle obbligazioni assunte nell'ambito di contratti pubblici"*) ANAC aveva esortato le Amministrazioni a riconoscere la revisione prezzi richiesta dall'appaltatore, anche già in corso di gara, ossia nel caso di forte discrepanza tra i costi (ed il prezzo) al momento dell'offerta e quelli al momento dell'aggiudicazione. Anche la giurisprudenza aveva proposto soluzioni più permissive di una revisione dei prezzi. Tanto la Corte dei Conti ⁽²⁾ quanto la stessa Corte di Cassazione ⁽³⁾, proprio in considerazione dell'imprevedibilità e, in sostanza, della non imputabilità al fornitore degli aumenti dei costi di produzione che si sono verificati, hanno richiamato l'applicazione dell'art. 106 del codice dei contratti pubblici ed anche, per i contratti in corso di esecuzione, le clausole generali del diritto civile sulla buona fede (artt. 1175, 1337, 1375 c.c.). In particolare, le citate *indicazioni* di ANAC di cui alla delibera n. 227/2022 hanno ricondotto le misure di lock-down in Cina e la situazione bellica in corso in Ucraina nella categoria degli eventi di forza maggiore, e – anche con riferimento ai contratti di forniture e servizi (la delibera era stata sollecitata dai fornitori di servizi di telefonia) – esortato le PP.AA. ad adottare una o più tra le seguenti misure: a) sospendere il contratto ex art. 107 cod. appalti; b) rinegoziare i termini dell'adempimento (anche a norma dell'art. 1664 c.c.); c) risolvere il contratto in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta.

La posizione di apertura di ANAC assunta con la delibera n. 227 del 11 maggio 2022 si è tuttavia scontrata con il dato normativo che, progressivamente, ha di nuovo circoscritto e ridotto le possibilità di modificare le prestazioni ed i prezzi nei contratti pubblici. Così, l'art. 29 del d.l. n. 4/2022 (c.d. decreto sostegni ter) ha sì reintrodotta l'obbligo di inserimento nei contratti di durata di una clausola di revisione prezzi, ma l'ha limitata ai soli contratti banditi nel periodo compreso tra il 27 gennaio 2022 e il 31 dicembre 2023 ⁽⁴⁾, e quindi non anche ai contratti già in corso di esecuzione. Con riferimento ai contratti in corso, il legislatore è intervenuto esclusivamente sui contratti di opere pubbliche: il d.l. 73/2021, conv. in l.n. 106/2021 aveva introdotto (art. 1-septies) una sorta di compensazione a favore dell'esecutore

dei lavori dovuto all'aumento dei materiali di costruzione, in misura stabilita da apposito decreto del MIMS.

Nonostante fosse stato espressamente sollecitato da ANAC ad intervenire con norme di portata più generale ⁽⁵⁾, non si è mai intervenuto nel senso di riconoscere un automatico adeguamento prezzi anche agli appalti di forniture e servizi già in corso. Infatti, il d.l. n. 36/2022 conv. in l. 29 giugno 2022 n. 79 ha interpretato autenticamente l'art. 106 del codice degli appalti, nel senso che *"tra le circostanze indicate al primo periodo sono incluse anche quelle imprevedibili ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera"* (art. 7, comma 2 ter). Il testo della norma è però ancora una volta limitato ai soli appalti per la realizzazione di opere pubbliche, per i quali l'incremento del costo dei materiali può giustificare una variante in corso d'opera (comma 2-quater).

Ancora, il d.l. n. 50/2022 conv. in l. 15 luglio 2022 n. 91 ha previsto solamente misure urgenti per gli appalti pubblici di lavori (art. 26) e per le concessioni di lavori (art. 27), ma nulla per gli appalti di forniture e servizi.

Infine, va ricordato che neppure la legge di bilancio n. 197 del 29 dicembre 2022 contiene misure applicabili agli appalti di forniture e servizi. Infatti, l'art. 1, commi 369-379, contengono soltanto misure *"Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici (...) in relazione alle procedure di affidamento delle opere pubbliche avviate dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023"*.

L'unica altra disposizione, comunque pre-emergenziale, che prevede un obbligo di inserimento negli appalti pubblici di forniture di clausole di revisione del prezzo è l'art. 1, comma 511, legge n. 208/2015 (legge di stabilità per l'anno 2016), che tuttavia è limitata ai soli contratti conclusi dagli enti aggregatori (le centrali d'acquisto regionali) e stabilisce una procedura speciale rispetto all'ordinaria revisione e adeguamento dei prezzi.

Preso atto della volontà legislativa di intervenire esclusivamente sugli appalti di lavori, con l'unica eccezione degli appalti banditi dopo il 27 gennaio 2022 sopra ricordata, ANAC è stata indotta a mutare le proprie determinazioni espresse con la delibera n. 227/2022 che – non si tratta di elemento da trascurare – aveva preso in esame sollecitazioni da parte di fornitori di servizi alla P.A. (nella specie, di telefonia) e non esecutori di opere pubbliche.

Con parere n. 20 del 13 settembre 2022, in effetti, ANAC ha precisato che *"come si evince dagli interventi normativi sopra richiamati, ad eccezione dell'art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022 riferito in generale ai contratti pubblici,*

2 Sezioni Riunite, parere n. 7/SSRRCO/QMIG/21 del 17 maggio 2021.

3 Ufficio del Massimario, n. 56/2020

4 L'obbligo di inserimento, peraltro, dovrebbe divenire la norma anche per gli anni a venire, dato che, come già ricordato, l'art. 60 della bozza di nuovo codice lo prevede per tutti i contratti di durata.

5 Comunicato del Presidente di ANAC del 22 febbraio 2022

il legislatore è intervenuto in via esclusiva per gli appalti di lavori [...]. L'assenza di un meccanismo di compensazione/revisione dei prezzi anche per gli appalti di servizi e forniture, analogo a quello disciplinato per i lavori, è stata evidenziata anche dall'Autorità, la quale ha chiesto al Governo e al Parlamento un urgente intervento normativo [...]. Pertanto, allo stato, con riguardo ai contratti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti, a seguito dell'emergenza sanitaria in corso, possono procedere a modifiche dei rapporti contrattuali in corso, nei limiti indicati dall'art. 106 citato. Conseguentemente, l'eventuale revisione dei prezzi per tali contratti (anche alla luce del citato art. 29 della l. 25/2022) deve essere ricondotta nelle medesime previsioni dell'art. 106 del codice, il quale contempla, al comma 1, lett. a)".

Ciò significa, in sostanza, che per i contratti di forniture originati da gare anteriori al 27 gennaio 2022, la revisione dei prezzi è consentita solo ed esclusivamente se essa è espressamente prevista dal contratto. Inoltre, in tal caso, il riconoscimento non è mai automatico, ma occorre che il fornitore invii una richiesta specifica alla singola Amministrazione, indicando gli elementi di fatto precisi e puntuali da cui evincere l'incremento dei costi.

Secondo la consolidata giurisprudenza, infatti, l'applicazione dell'art. 106 cod. appalti presuppone un onere a carico dell'appaltatore di fornire la prova che: i) nel corso del rapporto contrattuale i prezzi delle materie prime siano aumentati; ii) dell'imprevedibilità ed eccezionalità delle circostanze che hanno causato tale aumento; iii) del fatto che tale aumento imprevedibile abbia eroso in modo significativo l'utile di impresa derivante dalla commessa, compromettendo la capacità dell'imprenditore di far fronte compiutamente alle prestazioni oggetto dell'appalto.

Con lo stesso parere, poi, ANAC ha mutato anche la propria posizione in ordine all'applicabilità delle norme generali del codice civile, in particolare riaffermando l'inoperatività dell'art. 1664 c.c. che era stata dichiarata in epoca pre-pandemica dal Consiglio di Stato ⁽⁶⁾.

Anche il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile aveva anticipato queste interpretazioni, con proprio parere n. 1456 del 10 agosto 2022. Secondo il MIMS: *"in caso di appalti di servizi e forniture la revisione dei prezzi appare consentita entro i limiti stabiliti dall'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice, dunque disposta nei casi in cui sono state previste nei documenti di gara iniziali in «clausole chiare, precise e inequivocabili»".*

Anche la giurisprudenza successiva è del tutto conforme a tali mutate posizioni.

Si richiama sul punto la sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, n. 107 del 9 gennaio 2023, che ha respinto un ricorso nel maggio 2022 da un'impresa fornitrice di gas medicali e criogenici che invocava le circostanze imprevedibili di incremento dei costi di produzione in un contratto di fornitura, chiedendo l'adeguamento del prezzo del contratto stesso. Secondo il Tribunale meneghino, *"l'attuale situazione di squilibrio economico non implica di per sé l'automatico verificarsi delle condizioni di cui all'art. 106 succitato, essendo comunque onere dell'operatore offrire adeguata e idonea prova degli imprevisti ed imprevedibili eventi che hanno cagionato l'aumento dei prezzi della specifica fornitura"* ⁽⁷⁾.

La sentenza richiama anche un recente arresto del Consiglio di Stato ⁽⁸⁾, che ha escluso esistere nell'ordinamento italiano o europeo un principio generale, volto a *"favorire l'impiego di rimedi manutentivi e perequativi da parte delle stazioni appaltanti"*.

A questo punto, dovrebbe essere evidente la disparità di trattamento normativo tra gli appalti di lavori e quelli di forniture e servizi: mentre per i primi la revisione prezzi è di applicazione automatica, tanto per i nuovi contratti che per quelli già in corso, per gli appalti di forniture e servizi la revisione prezzi è possibile solo in presenza di clausole già inserite in contratti precedenti alle emergenze ovvero per i contratti derivanti da procedure d'acquisto avviate dopo il 27 gennaio 2022.

Soprattutto per i contratti anteriori, nei quali molto spesso non erano già visibili gli effetti delle varie emergenze che si sono succedute senza sosta, pare davvero limitativo applicare l'art. 106 del codice solo ed esclusivamente se le parti avessero introdotto una clausola apposita nel contratto, in sostanza... prevedendo l'imprevedibile.

Anche questa critica, invece, è inspiegabilmente respinta dalla giurisprudenza che l'ha esaminata ⁽⁹⁾: il motivo sarebbe da ricercare nella differenza esistente tra un appalto di lavori ed uno di forniture o servizi, differenza che giustificerebbe il diverso trattamento legislativo ed escluderebbe la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Quasi come se l'appaltatore di forniture o servizi non subisse, o subisse in misura diversa da un costruttore, l'incremento dei costi di produzione (materie prime, trasporti, energia, ecc.).

6 Ad es., sentenza n. 3768 del 2018

7 Negli stessi termini anche T.R.G.A. Bolzano, sentenza n. 271 del 2 novembre 2022, sulla quale però risulta pendente appello.

8 Sezione IV, sentenza n. 9426 del 31 ottobre 2022

9 T.A.R. per il Lazio, Roma, con sentenza n. 7216 del 3 giugno 2022