Circolare 359/C/2021-Emergenza COVID-19-Aumento prezzi dei materiali edili-Disciplina revisionale

27 Luglio 2021

Sul Supplemento Ordinario n. 25 alla GURI n. 176 del 24 luglio scorso, è stata pubblicata la Legge 23 luglio 2021, n. 106, di conversione del DL 25 maggio 2021, n. 73 – cd. "Sostegni-bis" – il cui **articolo 1-septies** introduce una **specifica disciplina revisionale per i contratti pubblici**, volta a fronteggiare i rincari eccezionali dei prezzi di acquisto di alcuni materiali da costruzione, verificatisi nel primo semestre del 2021.

La disciplina introdotta ha carattere eccezionale, in quanto – in analogia a quanto già avvenuto nel 2008 – è destinata ad introdurre un regime di compensazione straordinario, applicabile unicamente **ai lavori eseguiti e contabilizzati** in un arco temporale circoscritto, **relativo al primo semestre 2021.**

Per quanto riguarda i lavori eseguiti e contabilizzati negli anni precedenti, invece, rimarrà invariata la disciplina pregressa che, come noto, prevede un duplice regime normativo a seconda della data di sottoscrizione del contratto di appalto. Infatti:

- per i contratti stipulati sotto la vigenza del Codice De Lise (d.lgs. 163/2016), opera ancora il meccanismo compensativo di cui all'articolo 133, basato sulle variazioni percentuali rilevate annualmente dai singoli Decreti Ministeriali;
- per i contratti stipulati sotto il nuovo Codice 50/2016, opera l'articolo 106, comma 1, lettera a), che rimette alla singola amministrazione la scelta di prevedere nel bando clausole di revisione prezzi.

La disciplina introdotta si applica esclusivamente ai contratti pubblici.

La disposizione segue ad una intensa azione dell'ANCE che, fin dalla fine dell'anno scorso, ha lanciato l'allarme sulla drammatica situazione in atto, invocando un intervento straordinario ed urgente da parte del Governo al fine di ricondurre ad equità i contratti in corso e scongiurare il rischio di un blocco generalizzato degli appalti.

La norma adottata, tuttavia, ancorché migliorata rispetto alle prime bozze circolate, non è pienamente aderente alle istanze dell'Associazione, che aveva evidenziato l'opportunità di avere rilevazioni su base di trimestrale, con compensazioni già partire da luglio 2021.

Inoltre, l'ANCE sta continuando a chiedere con forza la sua estensione anche ai contratti privati ed ai contratti per la ricostruzione post-sisma che beneficiano di contributo pubblico. Anche a seguito di ciò, nell'iter di conversione del decreto legge, sono stati approvati diversi ordini del giorno – oltre ad un parere della Commissione Territorio e Ambiente del Senato – con i quali il Governo si è impegnato a valutare l'opportunità di prevedere, quanto prima, idonee misure compensative anche per tali lavori, al pari di quanto previsto per il settore dei lavori pubblici.

Ciò premesso, si riportano di seguito i contenuti principali della disposizione.

*** *** ***

La compensazione introdotta dall'articolo 1-septies si applicherà ai contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione (cioè il 25 luglio 2021), con esclusivo riferimento ai lavori eseguiti e contabilizzati nel periodo 1 gennaio-30 giugno 2021.

Per tali contratti, infatti, il Ministero delle Infrastrutture dovrà rilevare, con uno specifico DM da adottarsi entro il

prossimo 31 ottobre, le variazioni percentuali, in aumento e in diminuzione, dei prezzi dei principali materiali da costruzione verificatesi, appunto, nel primo semestre 2021.

Le compensazioni, sia in aumento che in diminuzione, si applicheranno anche in deroga a quanto previsto dagli articoli 133 del Codice De Lise (d.lgs. 163/2006) e 106, comma 1, lettera a) del Codice 50/2016 e saranno determinate al netto di eventuali riconoscimenti revisionali già riconosciuti e liquidati all'impresa per il medesimo periodo.

Per quanto attiene alla quantificazione dei riconoscimenti revisionali, le compensazioni saranno determinate applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate nel periodo di riferimento (1° gennaio – 30 giugno 2021) le variazioni percentuali rilevate dal Decreto rispetto ai prezzi vigenti al momento dell'offerta. Tali variazioni dovranno superare l'alea dell'8%, se riferite esclusivamente all'anno 2021, e del 10% complessivo se riferite a più anni, nel caso cioè di offerte anteriori al 2020.

Ai fini del riconoscimento della compensazione, gli appaltatori dovranno presentare alla stazione appaltante apposita istanza di compensazione, a pena di decadenza, entro 15 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta del DM di rilevazione, atteso entro il prossimo 31 ottobre.

Per le variazioni in diminuzione, la procedura sarà avviata d'ufficio dalla stazione appaltante nel medesimo termine di cui sopra e sarà il RUP, una volta accertato il credito dell'amministrazione con proprio provvedimento, a procedere agli eventuali recuperi.

Ciascuna stazione appaltante dovrà provvedere alle compensazioni anzitutto con risorse proprie, attingendo ai seguenti fondi:

1) il 50% delle somme appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, se non destinate ad altri impegni contrattuali già assunti, nonché eventuali ulteriori somme a disposizione per lo stesso intervento;

2) ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa utilizzazione secondo le norme vigenti;

3) somme relative ad altri interventi ultimati, per i quali siano stati eseguiti i collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione, nei limiti disponibili alla data di entrata in vigore della legge.

Nel caso di incapienza di tali fondi, la stazione appaltante – ad esclusione dei concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici per i lavori realizzati o affidati dagli stessi – potrà provvedere alle compensazioni chiedendo di accedere allo specifico Fondo revisionale, istituito, anche su pressione dell'ANCE, nello stato di previsione del Ministero delle Infrastrutture, con una dotazione di 100 milioni di euro.

A tale riguardo, entro 60 giorni dall'entrata in vigore della legge, sarà adottato un DM per definire le modalità di utilizzo del Fondo, garantendo la parità di accesso per le piccole, medie e grandi imprese, nonché la proporzionalità per gli aventi diritto nell'assegnazione delle risorse medesime.

Per completezza informativa, si segnala che nella norma approvata in via definitiva, anche grazie all'azione di ANCE, è scomparso ogni riferimento all'ipotesi – contemplata nelle prime bozze – in cui l'impresa, essendo in ritardo sul cronoprogramma dei lavori, per ottenere la compensazione avrebbe dovuto fornire apposita garanzia fideiussoria.

APPROFONDIMENTI

A) Ambito oggettivo di applicazione della norma

Secondo la disposizione in commento, la speciale disciplina revisionale introdotta presuppone la presenza di tre condizioni:

1) il contratto di appalto deve essere in corso di esecuzione al 25 luglio 2021, data di entrata in vigore della legge

2) devono esserci lavori eseguiti e contabilizzati dal direttore dei lavori nel periodo 1 gennaio-30 giugno 2021

3) l'offerta deve essere stata presentata nel 2020 o in anni antecedenti

Mentre la condizione di cui al punto 2) risulta chiara e pacifica, occorre fornire qualche chiarimento sulle altre due condizioni, anche al fine di evitare applicazioni distorte e fuorvianti della norma, con effetti penalizzanti per le imprese.

Con riferimento alla condizione di cui al **punto 1)**, sembra opportuno precisare che l'espressione *"contratti in corso di esecuzione"* è interpretabile come comprensiva dei contratti in cui, alla predetta data del 25 luglio, l'opera non risulti ancora collaudata, ancorché i lavori siano stati ultimati.

Prima del collaudo, infatti, il contratto di appalto è ancora in essere.

A sostegno di tale opzione ermeneutica, va richiamato quanto chiarito da autorevole giurisprudenza secondo cui, in materia di opere pubbliche *"... Il contratto di appalto si considera concluso solo a seguito del collaudo, che rappresenta l'unico atto attraverso il quale la PA può verificare se l'obbligazione dell'appaltatore sia stata eseguita a norma, ed è indispensabile ai fini dell'accettazione dell'opera da parte della stazione appaltante. Pertanto, prima dell'approvazione del collaudo, il rapporto contrattuale non può dirsi esaurito" (cfr. Cass. Civ., sez. 1, sent. 2307/2016).*

D'altronde, una diversa interpretazione secondo cui i lavori – e non il contratto – debbano essere ancora in corso alla data del 25 luglio u.s., darebbe luogo ad un'ingiustificata situazione di disparità di trattamento, in violazione dell'art. 3 Cost.

Infatti, risulterebbe immotivatamente escluso dal perimetro applicativo della norma l'appaltatore che abbia ultimato i lavori alla data del 25 luglio 2021, pur avendo contabilizzato prestazioni nel primo semestre 2021 e, dunque, subito pienamente gli incrementi intervenuti.

Senza considerare che tale risultato sarebbe paradossale, in quanto incoerente con la finalità sottesa alla norma, che è proprio quella di ristabilire il sinallagma contrattuale tra appaltatore e stazione appaltante in tutti quei contratti che siano stati alterati a causa degli incrementi eccezionali intervenuti.

Naturalmente, è auspicabile che giunga al più presto un formale chiarimento che confermi tale interpretazione della norma, al fine di evitare applicazioni difformi ed eterogenee da parte delle amministrazioni appaltanti.

Per quanto riguarda, invece, la condizione di cui al **punto 3)**, un particolare problema interpretativo riguarda la possibilità di presentare istanza di compensazione nel caso di offerte presentate nel primo semestre 2021.

Al riguardo, sebbene la norma non sia del tutto chiara sul punto, tale ipotesi non sembra percorribile.

Al riguardo va ricordato che, nell'ambito del sistema compensativo ordinario di cui all'articolo 133 del Codice De Lise, caratterizzato da rilevazioni su base annuale, opera il principio generale secondo cui le compensazioni si applicano solo a far data dall'anno successivo a quello di presentazione dell'offerta, nel presupposto che l'offerente abbia formulato il prezzo tenendo conto delle oscillazioni verificatesi o attese per l'anno in corso.

Nel sistema delineato dall'articolo 1-septies in esame, tale principio generale trova comunque applicazione, ma risulta temperato, a favore dell'impresa, dalla base semestrale – e non più annuale – delle rilevazioni, per cui la compensazione spetta a far data dal semestre successivo alla presentazione dell'offerta.

Ciò comporta che, per le offerte presentate nel primo semestre 2021, al momento non sia possibile richiedere una compensazione per i lavori eseguiti e contabilizzati nel medesimo semestre.

Solo se – come auspicato – verrà introdotto un sistema revisionale analogo a quello in commento anche per il secondo semestre 2021, potrà essere richiesta una compensazione in caso di offerte presentate nel primo semestre 2021, per i lavori eseguiti e contabilizzati nel secondo semestre 2021.

B) Riconoscimento della compensazione anche in deroga a previsioni contrattuali difformi

Ai sensi del comma 2 della norma, la compensazione si applicherà anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 133 del Codice De Lise e alle disposizioni dell'articolo 106, comma 1, lettera a) del Codice 50/2016. Ciò significa che le imprese potranno presentare istanza di compensazione, ai sensi dell'articolo 1-septies, anche nei seguenti casi:

1) il contratto è stato stipulato sotto la vigenza del precedente Codice De Lise e quindi, ordinariamente, è soggetto alla disciplina compensativa di cui all'articolo 133 dello stesso;

2) il contratto è stato stipulato sotto la vigenza del Codice 50/2016 e la stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera a), non ha previsto clausole revisionali nella documentazione di gara, oppure ha dichiarato espressamente di non volerle applicare;

3) il contratto è stato stipulato sotto la vigenza del Codice 50/2016 e la stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera a), ha inserito nel bando la clausola revisionale, ma non ha ancora liquidato, a questo titolo, alcunché per i lavori eseguiti nel primo semestre 2021. Viceversa, nel caso in cui ci sia già stato un riconoscimento compensativo per il medesimo arco temporale, l'importo da corrispondere ai sensi dell'articolo 1-septies andrà epurato dall'ammontare delle compensazioni già ricevute ai sensi del predetto art. 106.

C) Diversificazione dell'alea in funzione dell'anno dell'offerta e compensazioni senza "dimezzamento"

La norma prevede che, con decreto da adottarsi entro il prossimo 31 ottobre, dovranno essere rilevate le variazioni percentuali di prezzo, in aumento e diminuzione, intervenute nel primo semestre 2021 rispetto alla data dell'offerta, superiori all'8% se riferite esclusivamente al 2021, e al 10% complessivo se riferite a più anni.

La disciplina introdotta, pur ispirandosi a quella ordinaria prevista dall'articolo 133 del Codice De Lise – ancora temporaneamente applicabile ai vecchi contratti – presenta significative differenze rispetto ad essa.

Anzitutto, le variazioni percentuali andranno rilevate su base semestrale e non annuale, proprio al fine di cogliere pienamente le fluttuazioni intervenute nel periodo di riferimento.

Inoltre, l'alea da superare è fissata all'8%, e solo nel caso di contratti con offerta antecedente al 2020, al 10% complessivo. Pertanto, a fini applicativi, occorrerà distinguere tra offerte presentate nel 2020 e offerte presentate in anni antecedenti in quanto, per le prime, la compensazione andrà conteggiata e richiesta per le variazioni che superano l'8%, mentre per le seconde per le variazioni che superano il 10% complessivo.

E' importante segnalare che, in tutti i casi, ai fini del pagamento delle compensazioni, la disciplina non applica il "dimezzamento" della compensazione, come invece previsto in via ordinaria. Pertanto, alle imprese sarà riconosciuto l'intero ammontare che supera l'alea di riferimento – qualunque essa sia – e non solo il relativo 50%.

D) Adempimenti e decadenze per la presentazione delle istanze

La disciplina prevede che l'amministrazione non avvii d'ufficio la procedura volta a riconoscere la compensazione, ma solo su istanza dell'appaltatore, che va presentata a pena di decadenza entro 15 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta del DM di rilevazione, atteso entro il 31 ottobre prossimo.

Le imprese sono chiamate a fare grande attenzione al rispetto di tale termine, in quanto il trascorrere dello stesso comporterà la perdita del diritto di presentare istanza ed ottenere la compensazione.

Al momento, quindi, non ci sono particolari adempimenti da porre in atto, considerato che, anche in via ordinaria, alla compensazione non si applica la disciplina sulle riserve, derivando il diritto di presentare istanza direttamente dalla legge. Inoltre, la disciplina in oggetto, specifica che la compensazione sarà riconosciuta anche in deroga a disposizioni contrattuali di carattere diverso e quindi, in ultima analisi, anche nell'ipotesi in cui il contratto non contenesse una clausola revisionale o contenesse una clausola in cui l'amministrazione

dichiari di non volerla applicare.

Ciò premesso, pur non risultando necessario iscrivere preventivamente riserva per poter presentare istanza di compensazione, nulla vieta all'impresa di valutare comunque l'opportunità di farlo, in via del tutto cautelativa.

Discorso diverso va fatto, invece, con riferimento ai lavori eseguiti a partire dal secondo semestre 2021, per i quali non sussiste ancora una specifica disciplina revisionale di riferimento.

In tal caso, la riserva appare quanto mai opportuna.

Altro problema, più volte segnalato dalle imprese, riguarda i contratti in corso di sottoscrizione alla data di entrata in vigore della legge, nell'ambito dei quali risulti inserita la seguente clausola *"Non è prevista alcuna revisione dei prezzi contrattuali e non trova applicazione l'art.1664 comma 1 del codice civile".*

Naturalmente, a tali contratti non si applica il particolare regime revisionale introdotto dalla norma in commento, che presuppone l'avvenuta esecuzione di lavori nel primo semestre 2021.

Il problema, tuttavia, riguarda le eventuali iniziative da adottarsi, ove si confermasse il trend di aumenti straordinari anche per il secondo semestre 2021.

Al riguardo, appare necessario ribadire che l'impresa deve iscrivere tempestivamente riserva nel primo atto dell'appalto idoneo a riceverla, comunicando all'amministrazione l'alterazione dei prezzi *medio tempore* intervenuta, quantificando il danno.

In ogni caso, l'ANCE monitorerà la situazione affinché, ove necessario, venga replicato un meccanismo revisionale analogo a quello in commento anche per il secondo semestre 2021, che preveda il riconoscimento della compensazione anche in deroga ad eventuali previsioni e/o clausole contrattuali di segno contrario.

E) Presentazione documentazione "a comprova"

Si segnala che, fino ad oggi, per la presentazione dell'istanza di compensazione come prevista dalla disciplina ordinaria, è sempre stato necessario accompagnare l'istanza con documentazione idonea a comprovare che le oscillazioni di prezzo hanno comportato un effettivo maggiore onere per l'esecutore.

Per quanto riguarda i documenti da allegare, va ricordato che, nella circolare del Ministero delle Infrastrutture 4 agosto 2005, n. 817/CD – contenente le indicazioni operative per l'applicazione del meccanismo compensativo ordinario di cui all'articolo 133 del Codice De Lise – si parlava genericamente di "*adeguata documentazione, dichiarazione di fornitori o subcontraenti o altri mezzi idonei".*

Tale dizione estremamente generica è sempre stata interpretata in senso molto ampio, a livello applicativo.

Ciò premesso, se, anche in questo caso, si confermeranno i meccanismi applicativi in uso, si suggerisce alle imprese di attivarsi sin d'ora nel reperimento della suddetta documentazione (fatture, dichiarazioni dei fornitori, listini, ecc...), da allegare alla futura istanza di compensazione.

La Direzione degli Uffici resta a disposizione degli Associati per ulteriori chiarimenti a riguardo.

45738-GURI n_ 176 del 24_07_2021_SO.pdfApri

45738-Circolare 359_C_2021.pdfApri