

**“Caro materiali:
strumenti giuridici per il riequilibrio economico degli appalti pubblici”**

I rimedi “classici” ordinari del codice civile

Premesse¹.

La complessità e la mutevolezza del quadro normativo dei contratti pubblici (contraddistinto da un coacervo di fonti e norme (generali, settoriali, provvisorie, ecc., che si prestano a differenti interpretazioni) inducono da tempo gli operatori del settore (imprese, stazioni appaltanti, legali e magistrati) ad un ritorno ai principi generali, agli istituti del diritto civile e agli orientamenti giurisprudenziali consolidati, per risolvere le problematiche dovute alla stratificazione, opacità, inadeguatezza del dato normativo.

Quello che un’attenta dottrina va propugnando, ed è stato ribadito anche allo scorso convegno UPI dal Consigliere di Stato Cirillo è, infatti, l’inesistenza di confini tra il diritto civile e il diritto pubblico (cd. diritto civile pubblico) e la trasversalità dei relativi principi e istituti, fenomeno che ben si appalesa nei contratti ad oggetto pubblico (categoria a cui appartiene l’appalto pubblico) e vieppiù nella problematica che oggi ci occupa dell’appalto squilibrato dall’eccezionale aumento dei prezzi delle materie prime e dei possibili rimedi.

In assenza, infatti, di soluzioni appaganti nell’ordinamento pubblicistico e civilistico, entrambi impreparati ad affrontare le attuali contingenze, impensabili in passato per la loro rilevanza e persistenza (emergenze sanitarie, di sicurezza, di caro materiali, ecc.) è emerso con preponderanza il lavoro di magistrati e legali, teso a reinterpretare ed aggiornare i principi e le norme generali, per implementare soluzioni e creare quel diritto vivente realmente in grado di offrire rimedi, anche laddove sembra che il legislatore non arrivi, tutelando in tale maniera l’interesse pubblico e privato.

Il problema dell’eccezionale rincaro prezzi riguarda, infatti, non solo l’impresa, che deve sostenere una prestazione notevolmente più onerosa di quella programmata, ma anche il committente pubblico o privato, che è esposto a rallentamenti, peggioramenti della qualità dell’esecuzione, a maggiori esborsi, modifiche contrattuali e, in ultima analisi, interessa la collettività che, del risultato dell’appalto, deve godere (sia esso una scuola o un edificio privato). Da qui la necessità di rimedi che assicurino la conservazione del contratto, con un corrispettivo equo per l’appaltatore e, di conseguenza, un’esecuzione di qualità per il committente.

I possibili rimedi.

Ma di quali soluzioni si tratta? A quali rimedi ha diritto l’appaltatore?

Dovendo sintetizzare per ragioni espositive, distinguerei tra rimedi “*classici ordinari*” e “*rimedi emergenziali*”. Riguardo a questi ultimi, tratteggiati egregiamente nell’intervento che mi ha preceduto, non mi soffermerò se non per sottolineare, riguardo alla cd. “compensazione legale” un aspetto, a mio parere, non pacifico: mentre nella disciplina vigente a partire dal 27 Gennaio 2022 è espressamente previsto che l’istanza dell’appaltatore di maggior compenso debba essere adeguatamente provata documentalmente (così oggi l’art. 29 D.L. 4/22 conv. in L.), una tale precisazione non è contenuta nella disciplina valevole per il primo e secondo semestre del 2021. Tuttavia, è

¹ Sintesi della relazione tenuta all’evento Ance Emilia Romagna del 26 Aprile 2022 “Caro materiali: strumenti giuridici per il riequilibrio economico degli appalti pubblici”.

Vietata la riproduzione.

possibile ipotizzare che un tale onere sussistesse anche in precedenza, se si considera che lo scopo della normativa emergenziale è quello di contenere gli effetti pregiudizievoli dell'aumento prezzi nei confronti dell'appaltatore. In ogni caso, a prescindere dall'orientamento seguito, ciò che è chiaro è che spetta all'appaltatore l'indicazione dei materiali utilizzati che hanno subito i rincari accertati con i decreti rilevazione prezzi e la richiesta al DL del calcolo delle quantità utilizzate: è, pertanto, ragionevole ritenere che quanto più sarà circostanziata e documentata l'istanza dell'appaltatore, tanto più essa avrà possibilità di un riscontro positivo e celere da parte della PA, stante anche le discrasie che possono sorgere in sede di applicazione pratica della metodologia prevista dal legislatore per il quantum della compensazione legale. Questo anche per evitare il fenomeno a cui si assiste di sovente della presentazione di istanze generiche di compensazione e/o revisione dei prezzi e/o rinegoziazione che, non solo denotano una mancanza di chiarezza di intenti in capo all'impresa, che invece dovrebbe aver ben chiari i propri obiettivi per poterli correttamente rappresentare alla stazione appaltante, ma anche la espongono maggiormente al rischio di riscontri negativi da parte dell'amministrazione, che non è messa in grado di valutarne ammissibilità e fondatezza.

L'implementazione dell'istituto della compensazione legale è tutt'altro che semplice e chiara e soprattutto non sempre soddisfacente poiché non consente necessariamente il riequilibrio del contratto: gli scostamenti dei prezzi rilevati spesso non corrispondono a quelli reali; la compensazione riguarda solo alcune delle materie oggetto di rincaro; i compensi sono successivi rispetto al momento in cui l'appaltatore subisce l'aumento, non consentendogli di acquistare le merci (peraltro, in alcuni casi, contingentate); inoltre, nelle more della revisione, l'esecuzione deve procedere regolarmente; le risorse disponibili degli enti sono scarse; ecc..

Laddove, pertanto, la compensazione legale o la clausola di revisione dei prezzi (se prevista) non consentano un equo compenso e/o la regolare esecuzione del contratto, ci si è interrogati se l'appaltatore pubblico avesse altri rimedi a disposizione e la risposta è stata affermativa.

I rimedi classici ordinari.

Come anticipato poco sopra, l'appaltatore può ricorrere ai rimedi ordinari per le sopravvenienze previsti dal codice civile, così come reinterpretati e attualizzati, da una parte della dottrina e della giurisprudenza, alla luce dei principi costituzionali di solidarietà sociale e giustizia sostanziale e della clausola generale di buona fede, che si applicano anche ai contratti pubblici.

Per quanto riguarda l'appalto pubblico, va ricordato, infatti, che laddove l'ente agisca *uti privatorum*, come accade nell'esecuzione del contratto, è anch'esso assoggettato alle norme di diritto privato perché usa dell'autonomia negoziale, al pari dei soggetti privati dell'ordinamento (artt. 1 co. 1 bis e 11 L. 241/1990). Il ricorso agli strumenti del diritto civile è, inoltre, avallato dall'art. 30 co 8 del D.lgs. 50/2016, che stabilisce che per quanto non previsto dal decreto medesimo si applicano le disposizioni del c.c..

Quindi il contratto ad oggetto pubblico beneficia delle disposizioni e dei rimedi del codice dei contratti e di quelli del diritto civile, in quanto non disposto diversamente dal primo.

Di fronte allo squilibrio sopravvenuto per gli effetti negativi del Covid, prima ancora che per il rincaro prezzi, ci si è domandati se agisse in buona fede la parte che, a conoscenza della sopravvenienza non imputabile all'altra, se ne avvantaggiasse rifiutando la pur possibile rinegoziazione del contratto accampando, ad es., il pretesto che nel contratto non ci fosse una clausola di rinegoziazione o mancasse una espressa disposizione normativa in tal senso.

La risposta è stata ovviamente negativa e, di conseguenza, è stato riconosciuto il diritto dell'appaltatore di invocare il riequilibrio del rapporto tramite negoziazione e il dovere del committente di tentarla, mediante proposte serie ed accettabili, con il limite dell'apprezzabile

sacrificio personale ed economico (in tal senso è la nota relazione tematica n. 56/2020 della Cassazione, i cui ragionamenti sono estendibili a qualsiasi sopravvenienza eccezionale, come quella del rincaro prezzi).

In mancanza nel diritto dei contratti di una espressa disposizione sul dovere di rinegoziare il contratto sperequato dalle sopravvenienze, una parte della giurisprudenza e della dottrina ha rinvenuto un obbligo siffatto nell'art. 1375 del codice civile che, prevedendo la esecuzione del contratto secondo buona fede, ne consente anche l'adeguamento alle sopravvenute circostanze.

Il principio di buona fede grava, infatti, a carico di entrambi i contraenti e comporta un dovere reciproco di attivazione per la salvaguardia dell'altrui interesse, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio. I comportamenti di buona fede, individuati dalla giurisprudenza pacifica e risalente, sono quelli relativi all'esecuzione di prestazioni non previste, alla tolleranza delle modifiche della prestazione della controparte, all'informativa tempestiva della controparte in ordine a circostanze rilevanti per l'esecuzione, all'esercizio dei poteri discrezionali per salvaguardare l'utilità dell'altra parte.

La logica conseguenza dell'inadempimento di un siffatto obbligo è stata ravvisata, oltre che nella possibilità dell'appaltatore di agire per il risarcimento danni nei confronti del committente riottoso, anche nel diritto di ricorrere al giudice per ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo inadempito, ovvero una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso (così Relazione tematica n. 56 dell'8.7.2020 Cassazione civile).

In primo luogo, quindi, tra i rimedi ordinari, vi è quello della rinegoziazione: il rimedio in esame è coniato dalla Cassazione nella citata relazione tematica. L'istituto, infatti, che portato agli estremi, potrebbe comportare la stipula di un nuovo contratto, non è stato previsto dal c.c.. Tuttavia, mentre nei contratti privati governati dalla volontà delle parti, una rinegoziazione sostanziale non incontrerebbe particolari limitazioni, negli appalti pubblici occorre tener conto delle regole dell'evidenza pubblica e del fatto che il contratto è il precipitato di una gara, delle offerte presentate e della scelta di una a discapito delle altre. Conseguentemente, la rinegoziazione che comportasse la stipula di un contratto sostanzialmente diverso da quello originariamente stipulato, esporrebbe le parti all'impugnazione di una tale decisione da parte dei concorrenti e quindi l'amministrazione a possibili conseguenze in termini di danno erariale.

Pertanto per la PA, vi è sì la possibilità di ricondurre il contratto sperequato dalle sopravvenienze ad equità ma senza tuttavia snaturarlo, mantenendolo nell'ambito delle prestazioni originarie, perché diversamente gli altri concorrenti potrebbero insorgere e contestare le modifiche sostanziali affermando che avrebbero potuto eseguirlo anche loro a quelle stesse condizioni.

La ri/negoziazione pubblica appare la soluzione più ragionevole e preferibile per entrambi i contraenti perché:

- valorizza la volontà contrattuale, preservando il piano costi e ricavi originariamente pattuito;
- si fonda su di un elemento concreto e dimostrabile, la causa del contratto, intesa come la ragione economica del rapporto, in funzione del quale sono stati ripartiti e vanno riallineati i sacrifici tra le parti (utile atteso per l'appaltatore: buona norma precisarlo o chiederlo nelle offerte);
- conserva il contratto come risultato all'esito della gara e delle offerte e sottoscritto, consentendo la realizzazione del risultato.

In secondo luogo, la parte onerata dagli aumenti di prezzo dovuti a circostanze imprevedibili, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, in carenza di una clausola revisione prezzi (ora obbligatoria) potrebbe ricorrere al rimedio dell'art. 1664 c.c., che prevede la possibilità di chiedere la revisione del prezzo per la differenza che eccede il decimo.

In terzo luogo, l'appaltatore privato o pubblico, può ricorrere al rimedio dell'art.1467 del codice civile, che prevede la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, che l'altra parte può evitare offrendosi di modificare equamente le condizioni del contratto. Scendendo ad un piano eminentemente pratico, quali attività deve compiere l'appaltatore per addivenire al riequilibrio del contratto tramite rinegoziazione?

L'impresa è tenuta a:

- accertare e dimostrare l'imprevedibilità ed eccezionalità dell'aumento dei costi delle materie d'appalto e il superamento della normale alea contrattuale, tramite il raffronto tra i prezzi dei materiali all'epoca dell'offerta e quelli al tempo dell'esecuzione, mediante l'utilizzo di listini ufficiali, fatture, preventivi, ecc.;
- verificare la eventuale presenza nel contratto di clausole di revisione prezzi o di rinegoziazione, nel qual caso ha il diritto di invocarne l'applicazione;
- in caso contrario, ha il diritto di chiedere al committente la rinegoziazione del rapporto per la sua riconduzione ad equità, in esecuzione del generale dovere di buona fede.

D'altro canto, il committente a cui è proposta la documentata, in buona fede, domanda di rinegoziazione, è tenuto a:

- valutare se sospendere il contratto (art. 107 codice contratti), a prescindere dalla soluzione che adotterà, a fronte della manifestata impossibilità dell'appaltatore di eseguirlo alle condizioni iniziali;
- valutare se ha interesse o meno a conservare il contratto e considerare le alternative (fare una nuova gara, chiedendosi se ci saranno concorrenti alle condizioni originarie del contratto. Modificarle, infatti, esporrebbe la stazione appaltante ad un eventuale ricorso da parte dell'originario contraente, che potrebbe sostenere illegittimità della nuova gara essendosi offerto di eseguire il contratto così ricondotto ad equità); oppure risolvere il contratto (art. 108 codice contratti) o recedere (art. 109);
- verificarne la ammissibilità e, in caso positivo, rendersi disponibile alla rinegoziazione.

Nel caso di committente pubblico deve essere posta particolare attenzione alla motivazione della decisione, che può comportare una maggiore spesa pubblica, evidenziandosi l'interesse pubblico al riequilibrio delle prestazioni e alla conservazione del contratto, anche in funzione di eventuali controlli da parte degli organi preposti (sulla possibilità di rinegoziazione del contratto da parte della PA con la rinuncia a canoni di locazione che le spettavano: Corte Conti sez. region. Controllo Emilia Romagna n. 32/2021; Corte Conti sez. riunite in sede controllo n. 7/2021).

Le trattative per la rinegoziazione vanno condotte con serietà e proposte ragionevoli: quanto più esse saranno suffragate da elementi giustificativi, tanto più potranno essere meglio e più celermente valutate. Spetta, pertanto, al dirigente responsabile del settore valutare i documenti prodotti dall'impresa e l'eventuale compenso da offrire, utilizzando ogni elemento e/o metodo che consideri utile in base alla sua professionalità non essendo vincolato, a mio parere, ai contenuti dei prezzari regionali, laddove ritenga che non rispecchino la realtà del mercato e la specificità dell'intervento (la funzione dei prezzari regionali è infatti quella di assicurare la serietà dell'offerta e la qualità delle prestazioni: Decreto Presidente Tar Lazio n. 2560 del 15.4.2022), previa adeguata motivazione. Se la decisione è motivata bene difficilmente sarà configurabile una responsabilità erariale per la quale, peraltro, oggi è richiesto l'elemento del dolo.

Va, inoltre, precisato che la rinegoziazione – a differenza della revisione prezzi – ricomprende diverse e atipiche modalità di adattamento del rapporto alle sopravvenienze, che vanno oltre il mero riconoscimento dell'aumento dei prezzi, talvolta, non praticabile per la carenza di risorse economiche. Vi è, infatti, la possibilità di rimodulare le modalità attuative della prestazione mediante, ad esempio, modifica dei materiali dell'appalto, oppure dei tempi dell'esecuzione o dell'entità dei lavori, ad es. stralciando quelli non indispensabili, nel rispetto del programma iniziale, senza stravolgerlo.

Anche in questo caso non si tratta di rimedi eccentrici al sistema ma della rimodulazione di un mezzo già previsto dal legislatore (la rinegoziazione in buona fede in funzione del giusto riequilibrio) (Rel. Cass. cit.).

Va ribadito, tuttavia, che rinegoziare in buona fede non significa, nell'appalto pubblico, snaturare il contratto: un'operazione siffatta comporterebbe, infatti, la necessità di bandire una nuova gara, onde consentire a tutti i potenziali interessati di partecipare all'assegnazione del contratto sostanzialmente nuovo, a salvaguardia dei principi di imparzialità e par condicio dei concorrenti, che presiedono la materia dell'evidenza pubblica, di cui fanno parte i contratti ad oggetto pubblico come gli appalti .

Conclusioni.

Nelle more di interventi legislativi mirati, il sistema generale dei contratti ha già in sé dei rimedi per le sopravvenienze, in particolare quello della rinegoziazione del contratto, che le parti hanno il diritto e il dovere di utilizzare, nei limiti indicati (interesse alla conservazione del contratto senza snaturarlo).

L'utilizzo di questo e degli altri rimedi indicati riguarda i contratti già sottoscritti. Per quelli non ancora stipulati, è obbligatorio prevedere l'inserimento di clausole di revisione e può essere opportuno prevedere quelle di rinegoziazione (cd. hardship) o anche l'introduzione della clausola di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e, ciò, non tanto per conseguire l'effetto risolutorio ma per dare modo alla stazione appaltante avvantaggiata di conservare il contratto, offrendosi di modificare equamente le sue condizioni.

Scopo di siffatte clausole è, infatti, quello di prevenire il conflitto e di ricorrere alla tutela giurisdizionale come ultima *ratio*, incentivando la collaborazione tra le parti e, laddove la negoziazione non sia possibile o appagante, addivenire ad una risoluzione anche consensuale del rapporto, onde limitare i reciproci danni.

Non rimane altro, pertanto, in attesa degli annunciati interventi di carattere strutturale (nuovo codice) e puntuali (disposizioni ad hoc), indispensabili per la ripresa del settore degli appalti pubblici, che utilizzare con consapevolezza e determinazione, oltre che con motivazione, gli strumenti, che il sistema giuridico nel suo complesso offre, sfruttandone la naturale trasversalità e resilienza (per usare un termine molto in voga oggi) onde agire nel rispetto delle norme e avere maggiori chance di conseguire i risultati attesi, in maniera tale da permettere alla stazione appaltante e all'impresa di svolgere le loro attività, con minor rischio di rallentamenti, contestazioni e maggiori chance di esito positivo, nell'interesse pubblico e privato di cui sono rispettivamente portatori. Non va peraltro dimenticato, come anticipato poco sopra, che vige fino al 30.6.23 un regime di attenuazione della responsabilità erariale, che si configura solo in caso di dolosa causazione del danno e non anche nell'ipotesi di inerzia. Conseguentemente, rischia di più chi non fa di chi agisce. Inoltre, l'eventuale silenzio della PA rispetto ad una istanza di revisione prezzi proveniente dall'impresa, potrebbe comportare una pronuncia del giudice amministrativo di condanna a rispondere e a corrispondere i compensi dovuti così come determinati dal giudice medesimo.

Risulta, pertanto, fondamentale per **gli operatori del settore una solida conoscenza degli istituti e principi di base del diritto civile (contratto, buona fede, ecc.), amministrativo (imparzialità, procedimento, accordo bonario, transazione, ecc.) ma anche europeo (trasparenza, tutela concorrenza, ecc.), onde impiegarli per addivenire a soluzioni corrette e praticabili, laddove le disposizioni settoriali, speciali e emergenziali, non siano in grado di fornirle e anzi esse stesse creino le problematiche da risolvere.**

Alessandra Pradella
(Avvocato amministrativista)