



La tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale nel Codice dei contratti pubblici

Avv. Michele Lombardo



Provvedimenti urgenti adottati

- a) Compensazioni prezzi:
 - I semestre 2021: art. 1 *septies* 73/2021 conv. L. 106/2021 (Sostegni bis)
 - Il semestre 2021: art. 1 co. 398 e 399 legge 234/2021 (legge Bilancio)
 - I semestre 2022: art. 25 d.l. 17/2022 (decreto Energia)

- b) Obbligo di inserimento delle clausole revisionali e compensazioni lavori: art. 29 d.l. 4/2022 conv. legge 25/2022 (Sostegni Ter)

- c) Anticipazione prezzo: art. 23 d.l. 21/2022 (decreto Taglia prezzi – Ucraina bis)

Caro prezzi Principali problemi per i contratti



Caro prezzi giornaliero:
impossibilità di ottenere
preventivi superiori alle 24h



Tempi di consegna incerti:
difficoltà nel reperire i
materiali

- ▶ Rilevazione dei prezzi non corrisponde all'incremento di mercato e rilevazione non per tutti i materiali per i quali i prezzi sono effettivamente aumentati (si veda art. 29 Sostegni Ter ha previsto una modalità diversa ISTAT)
- ▶ L'ANAC conferma che le misure adottate vanno implementate ad esempio nei servizi e forniture con clausole di revisione prezzi (Comunicato del Presidente del 22.2.2022)

Art. 133 co. 1 lett. e) n. 2 cpa

Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge:

e) le controversie:

2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto;

Compensazioni

l'azione di accertamento di diritto nascente da legge (in specie diritto alla compensazione del prezzo contrattuale), è esercitabile, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

- Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2021, n. 5531 e Cons. Stato, sez. IV, 4 agosto 2015, n. 3852 sia pur formatosi sulla precedente disciplina dell'art. 133 co. 4 (v. Cass. Sez. Un. 15.6.2009 n. 13892)

Art. 12 CPA - Rapporti con l'arbitrato

In caso di giurisdizione esclusiva implicante valutazione di diritti soggettivi di contenuto patrimoniale è possibile ricorrere agli arbitri

Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile

Rito del silenzio ex art. 117 cpa

Trattandosi di un procedimento ad istanza di parte si applica anche il rito del silenzio ex art. 117 CPA

- Sul punto TAR Lazio 1818/2022 (su istanza di revisione prezzi)

Termine del procedimento

Il procedimento compensativo non prevede un termine di conclusione (cfr. artt. 1 *septies* d.l. 73/2021, art. 1 co. 398 e 399 l. 234/2021, art. 25 d.l. 17/2022)

- Si applica l'art. 2 co. 1 l. 241/1990: obbligo di provvedimento espresso
 - Si applica l'art. 2 co. 2 l. 241/1990: obbligo di provvedere in 30 giorni
- Il termine può essere interrotto per richiesta di accesso al Fondo

Revisione prezzi

Giurisdizione del Giudice Amministrativo

Nelle ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla Pubblica Amministrazione, attribuendole uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione (Cass. Sez. Un., 18.2.2022 n. 5386; ed anche Cass., Sez. Un., 22/11/2021, n. 35952; 12/10/2020, n. 21990; 18/10/2018, n. 26253)

Revisione prezzi

Giurisdizione del Giudice Ordinario

Nelle ipotesi in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'affidatario, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria (Cass., Sez. Un., 18.2.2022 n. 5386; ed anche Cass., Sez. Un., 22/11/2021, n. 35952; 12/10/2020, n. 21990; 18/10/2018, n. 26253)

Prima della stipula del contratto

Ipotesi 1 - Offerta non più valida

Durata offerta 180 gg (o diversa durata prevista dalla *lex specialis*) – O.E. può recedere senza conseguenze (TAR Roma, 26.04.2019 n. 5302)

- Validità offerta: 240 gg (180 offerta + 60 per stipula contratto) (per il Tar Sicilia, Catania, Sez. III, 16/03/2022, n. 764)

Prima della stipula del contratto

Ipotesi 2 – offerta ancora valida

Aumento registrato tra presentazione offerta e sottoscrizione del contratto

Dopo la stipula del contratto

Ipotesi 3 – incremento registrato in corso di esecuzione

L'aumento è stato registrato in seguito alla sottoscrizione del contratto ed in fase di esecuzione contrattuale

Riserva

- Modalità e termini: Artt. 9 e 21 del DM 49/2018
- Tempestività: Cass. Civ. ordinanza 23.2.2022 n. 5901
- Non necessario per compensazioni e revisioni prezzi (Cons. Stato 5531/2021)

Riserva

I decreti compensazioni

- potrebbero non riguardare il contratto in essere (es. per periodo temporale)
- potrebbero non contemplare alcuni materiali
- potrebbero prevedere incrementi inferiori al reale

Art. 106 CCP

- Art. 106 lett. a) sulla revisione prezzi: facoltativa fino ad adesso (sulla legittimità CGE 19 aprile 2018 causa C-152/17) ed ora obbligatoria
- Art. 106 lett. c) sulle varianti per sopravvenute disposizioni normative e regolamentari (Cons. Stato 7602/2021)

TAR Brescia sez. I del 10.3.2022 n. 239

La norma, osserva il Collegio, disciplina i casi in cui, nel corso di svolgimento del rapporto contrattuale, si renda necessario, per circostanze impreviste e imprevedibili, modificare “l’oggetto del contratto” attraverso “varianti in corso d’opera”, ossia “modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15/11/2021, n. 7602), laddove invece, nel caso di specie, la domanda formulata dalla parte ricorrente all’amministrazione comunale concerneva unicamente l’adeguamento del prezzo dell’appalto ad asseriti aumenti dei costi del servizio. D’altra parte, a tutto concedere, la ricorrente non ha provato la sopravvenienza di circostanze impreviste e imprevedibili, limitandosi a documentare un aumento del costo del servizio che, quand’anche consistente, deve essere “imprevedibile” per poter rientrare nella previsione normativa invocata dall’interessata (comunque inapplicabile alla fattispecie in esame, alla stregua di quanto esposto)

Art. 106 CCP

Art. 106 co. 12 non è norma autonoma, ma strettamente legata al comma 1 e 2 sulle variazioni ai contratti (sul punto ANAC Comunicato del Presidente del 23.3.2021 e delibera ANAC 16.6.2021 n. 461)

Direttiva 24/2014/UE - Considerando n. 109 sulle circostanze imprevedibili

Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. Tuttavia, ciò non si applica qualora una modifica comporti una variazione della natura generale dell'appalto, ad esempio sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso, oppure comporti un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato.

Sospensione lavori

Nella bozza dell'art. 29 del d.l. 4/2022 era prevista la possibilità di sospensione lavori e poi è stata eliminata in sede di approvazione

Art. 5 Legge 120/2020 (Decreto semplificazioni) in vigore fino al 30 giugno 2023

Fino al 31 dicembre 2023, in deroga all'articolo 107 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del medesimo decreto legislativo, anche se già iniziati, può avvenire, esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni:

c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;

d) gravi ragioni di pubblico interesse.

Sospensione lavori

Art. 107 co. 1

In tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto

Art. 107 co. 4

Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale

Codice civile

Art. 30 co. 8 Codice richiama espressamente il codice civile per la fase esecutiva

*“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, **alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile**”*

Art. 1664 c.c.

Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo

Rispetto al d.lvo 163/2006

Art. 133 co. 2 “Per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti non si può procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'articolo 1664 del codice civile”

Nel nuovo codice

Questa disposizione non è più esclusa, quindi sembra applicabile.

- Il richiamo dell'art. 30 co. 8 al codice
- Ritenuta applicabile anche ai contratti pubblici (Cassazione Civile sez. I, 6.3.2018 n. 5267)
- Bozza Regolamento - art. 184 co. 5 "Qualora la stazione appaltante si sia avvalsa delle clausole di cui al comma 1, non si applica il comma 1 dell'articolo 1664 del codice civile"

Art. 1467 c.c.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

- Applicabile anche sempre nei contratti pubblici secondo il TAR Brescia 239/2022



Grazie per l'attenzione...

Avv. Michele Lombardo