



TIZIANO TESSARO
CONSIGLIERE CORTE DEI CONTI
SEZIONE EMILIA-ROMAGNA

Unione Province d'Italia
 UPI
 Emilia Romagna

Convegno di Modena, 30 marzo 2022

**L'ECCEZIONALE AUMENTO DEL COSTO
 DELLE MATERIE PRIME LA
 RINEGOZIAZIONE DEL RAPPORTO
 D'APPALTO PUBBLICO E PRIVATO:
 CRITICITÀ E RIMEDI**

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

1



Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

TIZIANO TESSARO
 MAGISTRATO DELLA CORTE DEI CONTI
 Direttore della Rivista
www.lagazzettadeglientilocali.it
 e della Rivista Comuni d'Italia

Unione Province d'Italia
 UPI
 Emilia Romagna

Lo ius variandi nella giurisprudenza contabile

2



LA PANDEMIA HA MUTATO L'AMBITO TRADIZIONALE DI INTERVENTO NELL'ECONOMIA DA PARTE DELL'ENTE PUBBLICO....



Tiziano Tessaro

3



L'AMBITO TRADIZIONALE DI INTERVENTO DELL'ENTE PUBBLICO....



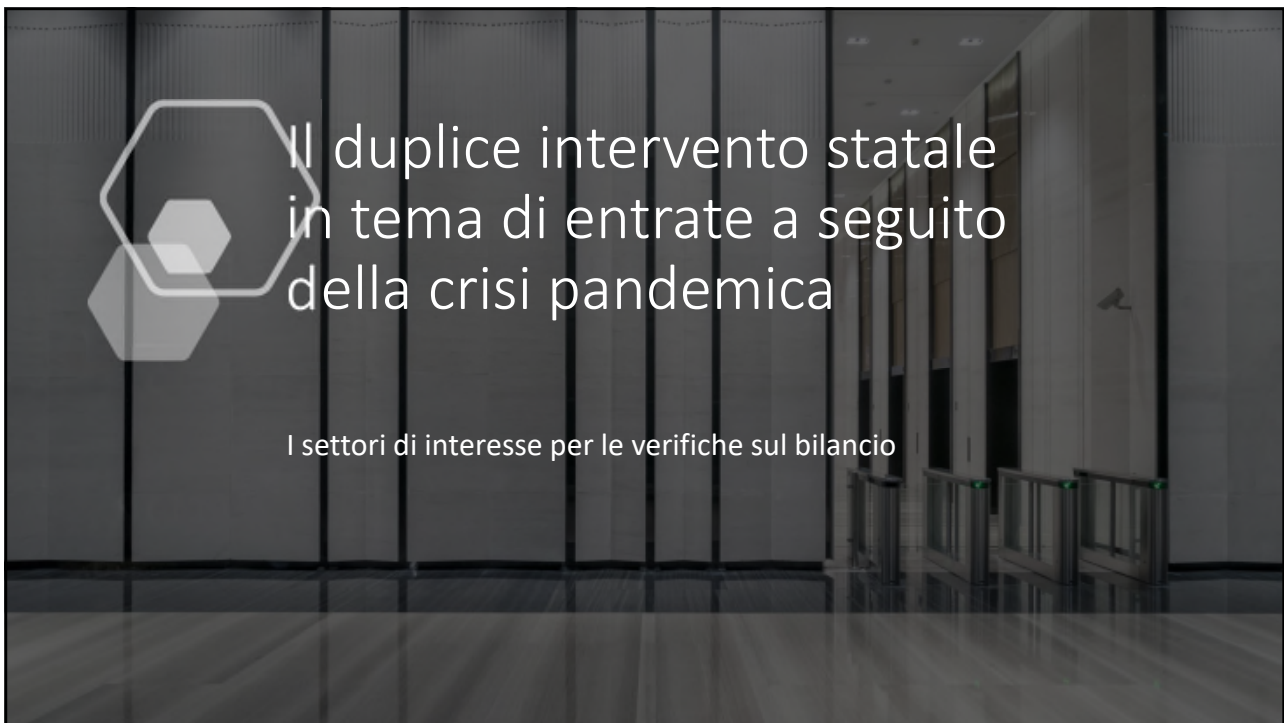
Servizi sociali culturali sportivi no profit

Tiziano Tessaro

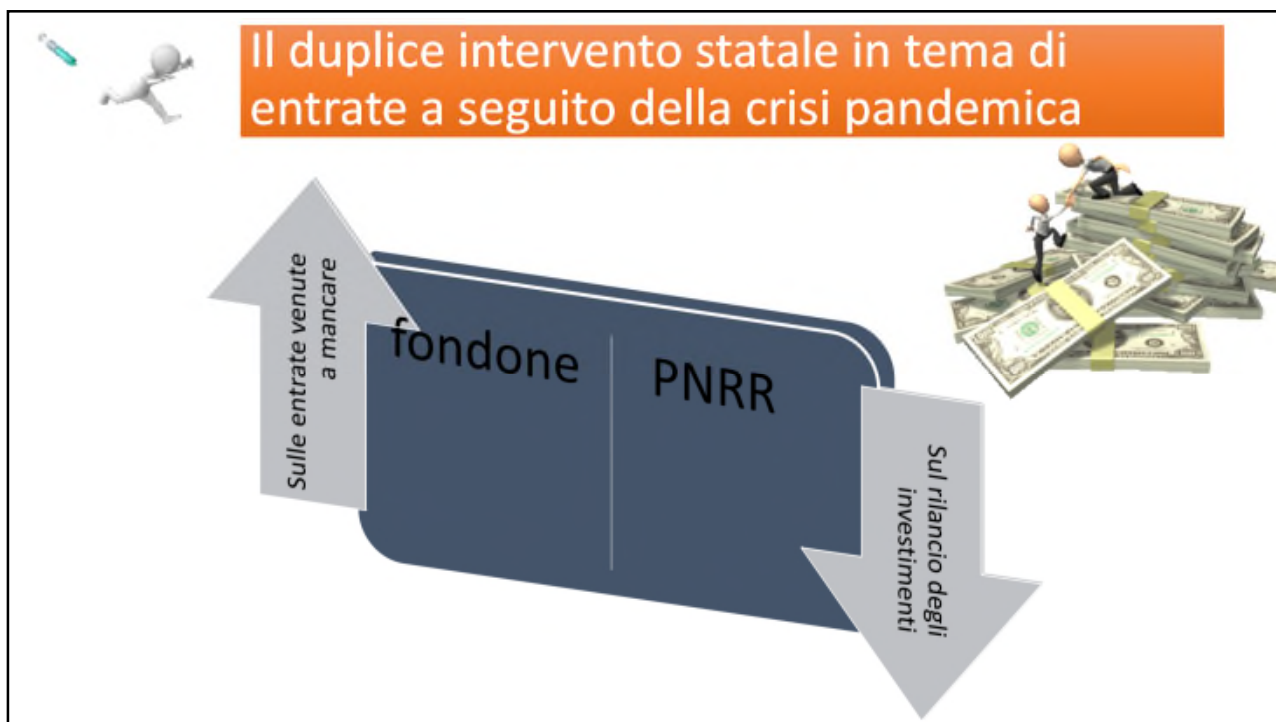
4



5



6



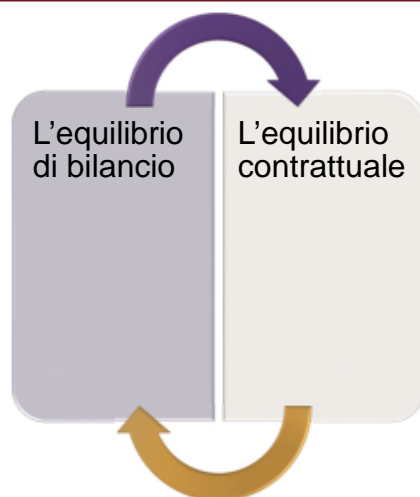
7

Il concetto di ius variandi

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

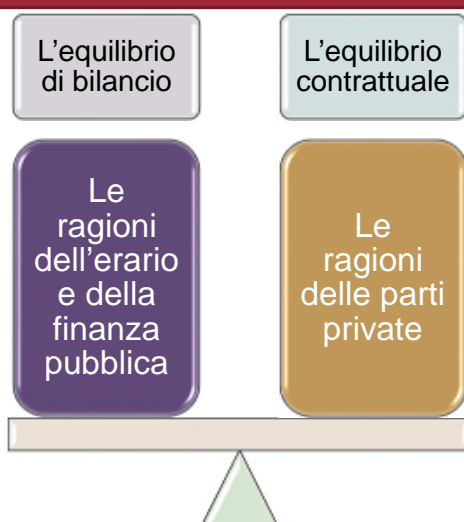
8

Lo ius variandi e i valori in gioco



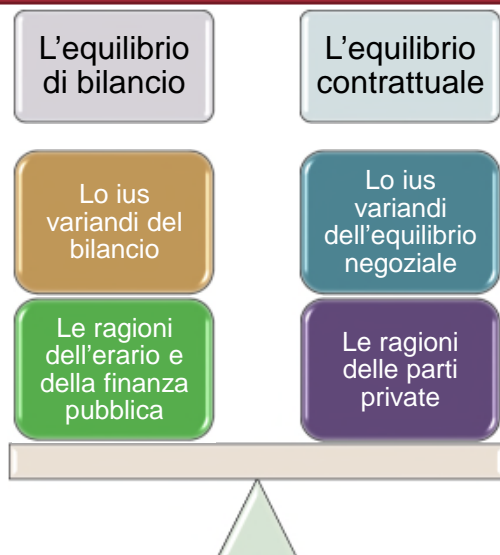
9

Lo ius variandi e i valori in gioco



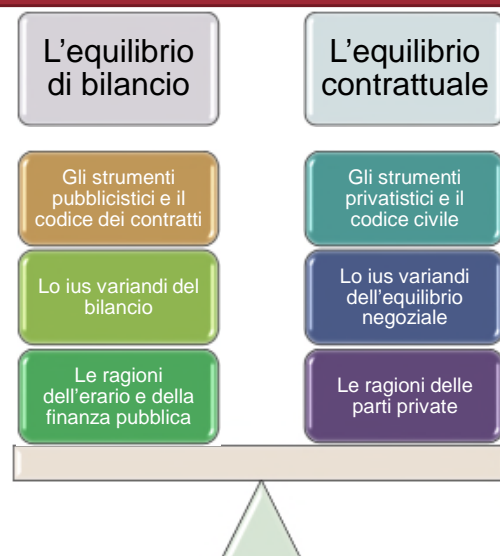
10

Lo ius variandi e i valori in gioco



11

Lo ius variandi e i valori in gioco



12

Lo ius variandi e i valori in gioco

I temi della finanziabilità' delle variazioni

La verifica delle circostanze impreviste e imprevedibili

La rinegoziazione dei contratti e la rinuncia parziale alle ragioni erariali



13



Il profilo civilistico e il sinallagma contrattuale

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

14



15



16

D.L. 17 marzo 2020 n. 18

Art. 91

(Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici)

1. All'articolo 3 del decreto – legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: “6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.”.

Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta

17

Strumenti di riequilibrio del sinallagma funzionale e di riequilibrio del contratto pubblico

Istituti previsti dal codice dei contratti pubblici

Istituti previsti dal codice civile

Art.106 Dlgs 50/2016

articolo 30, comma 8°, del D.Lgs n. 50/2016

i contratti di appalto possono essere modificati "ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”.

1) la necessità di modifica è determinata da **CIRCOSTANZE IMPREVISTE E IMPREVEDIBILI** per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o **PROVVEDIMENTI DI AUTORITÀ OD ENTI PREPOSTI ALLA TUTELA DI INTERESSI RILEVANTI**;

2) la modifica non altera la natura generale del contratto;

articolo 1664, comma 1°, del codice civile

articolo 1467cc

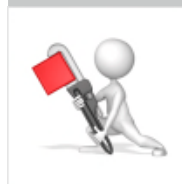
revisione del prezzo

risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

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

Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita(1), 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(3) la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458

18



Il profilo pubblicitario e il sinallagma contrattuale. La norma in materia di **REVISIONE PREZZI** nell' **ORIGINARIO CONTESTO NORMATIVO DI TIPIZZAZIONE** delle possibili cause di modifica negoziale

19

1. Gli strumenti concessi
ORIGINARIAMENTE
dal CODICE DEI
CONTRATTI PUBBLICI



Tiziano Tessaro-ripubblicazione riservata

20

La revisione prezzi :contesto normativo di tipizzazione delle possibili cause di modifica negoziale

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

L'articolo 106, comma 1°, del D.Lgs. 50/2016, lettera a)

- “Le **modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità** devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere **clausole di revisione dei prezzi**”.
- Tali clausole devono, quindi, fissare la portata e la natura di eventuali modifiche, nonché le condizioni, alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti.

Art 106, comma 1, lett. c. 1-2) del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.,

- le stazioni appaltanti possono procedere a **modifiche nonché a varianti dei contratti di appalto** in corso di validità solo in ipotesi tassativamente previste quali la sopravvenienza di **“circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice”**, purchè la modifica non alteri **“la natura generale del contratto”**
- e siano rispettati i limiti quantitativi fissati dal comma 7 :**“nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica”**.

21

La revisione prezzi:contesto normativo di tipizzazione delle possibili cause di modifica negoziale

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

Art 106, comma 1, lett. c. 1-2) del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.,

- le stazioni appaltanti possono procedere a modifiche nonché a varianti dei contratti di appalto in corso di validità solo in ipotesi tassativamente previste quali la sopravvenienza di **“circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice”**, purchè la modifica non alteri **“la natura generale del contratto”**
- e siano rispettati i limiti quantitativi fissati dal comma 7 :**“nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica”**.

i contratti di appalto possono essere modificati "ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- 1) la necessità di modifica è determinata da **“circostanze impreviste e imprevedibili”** per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
- 2) la modifica non altera la natura generale del contratto;”



22

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

La revisione prezzi: art. 106 comma 1 lett. C del d.lgs. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici)

i contratti di appalto possono essere modificati "ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- 1) la necessità di modifica è determinata da **circostanze impreviste e imprevedibili** per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
- 2) la modifica non altera la natura generale del contratto;"



23

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

La **posizione del privato** di fronte alla REVISIONE PREZZI

"non obbligatorietà per legge" della revisione prezzi

- "Nel nuovo codice degli appalti, la revisione non è obbligatoria per legge come nella previgente disciplina, ma opera solo se prevista dai documenti di gara. Ciò comporta l'inapplicabilità della giurisprudenza, già richiamata, sulla natura imperativa e sull'inserimento automatico delle clausole relative alla revisione prezzi e alla loro sostituzione delle clausole contrattuali difformi; ulteriore differenza tra la disciplina recata tra i due codici si rinviene in ordine all'applicabilità della revisione prezzi anche ai "settori speciali", che era esclusa nel regime recato dal d.lgs. n. 163/06 ed è invece ora ammessa dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016".

L'inserimento non obbligatorio della clausola non fa insorgere un diritto alla revisione

- "Negli appalti pubblici l'inserzione di una clausola di revisione periodica del prezzo, da operare sulla base di un'istruttoria condotta dai competenti organi tecnici dell'amministrazione, non comporta anche il diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, ma soltanto che l'Amministrazione proceda agli adempimenti istruttori normativamente sanciti".

la posizione giuridica dell'operatore economico ha la consistenza dell'interesse legittimo

- "Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, la posizione dell'appaltatore in relazione alla richiesta di effettuare la revisione dei prezzi, in base ai risultati dell'istruttoria, è di interesse legittimo, atteso che la revisione è una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante, che deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso al risparmio di spesa ed alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato".



24

Il riequilibrio non si risolve in un automatismo perfettamente ancorato ad ogni variazione dei valori delle materie prime



"non obbligatorietà per legge" della revisione prezzi

- "Nel nuovo codice degli appalti, la revisione non è obbligatoria per legge come nella previgente disciplina, ma opera solo se prevista dai documenti di gara. Ciò comporta l'inapplicabilità della giurisprudenza, già richiamata, sulla natura imperativa e sull'inserimento automatico delle clausole relative alla revisione prezzi e alla loro sostituzione delle clausole contrattuali difformi; ulteriore differenza tra la disciplina recata tra i due codici si rinviene in ordine all'applicabilità della revisione prezzi anche ai "settori speciali", che era esclusa nel regime recato dal d.lgs. n. 163/06 ed è invece ora ammessa dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016".

L'inserimento non obbligatorio della clausola non fa insorgere un diritto alla revisione:

- "Negli appalti pubblici l'inserzione di una clausola di revisione periodica del prezzo, o operare sulla base di un'istruttoria condotta dai competenti organi tecnici dell'amministrazione, non comporta anche il diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, ma soltanto che l'Amministrazione proceda agli adempimenti istruttori normativamente sanciti".

la posizione giuridica dell'operatore economico ha la consistenza dell'interesse legittimo:

- "Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, la posizione dell'appaltatore in relazione alla richiesta di effettuare la revisione dei prezzi, in base ai risultati dell'istruttoria, è di interesse legittimo, atteso che la revisione è una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante, che deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso al risparmio di spesa ed alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato".

«Anche se la clausola di revisione dei prezzi deve essere obbligatoriamente inserita nei contratti ad esecuzione continuata e periodica (art. 115, d.lgs. n. 163/2006), essa non assume la funzione di eliminare completamente l'alea tipica di un contratto di durata, la quale costituisce proprio oggetto di specifico apprezzamento (al momento della formulazione dell'offerta economica) dei concorrenti che intendono concorrere alla gara d'appalto. Se indubbiamente il meccanismo deve prevedere la correzione dell'importo previsto ab origine in esito al confronto comparativo — per prevenire il pericolo di un'indebita compromissione del sinallagma contrattuale — **il riequilibrio non si risolve in un automatismo perfettamente ancorato ad ogni variazione dei valori delle materie prime (o dei quantitativi), che ne snaturerebbe la ratio trasformandolo in una clausola di indicizzazione** (T.A.R. Brescia, sez. I, 03/07/2020, n. 504; TAR Trieste, sez. I, 7 luglio 2021 n. 211).

25

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata



IL MUTATO CONTESTO NORMATIVO

26



Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

Il mutato contesto normativo :decreto legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito in legge 23 luglio 2021, n. 106(articolo 1-septies)

reintroduzione di un sistema di revisione prezzi operante per legge

- viene **abbandonato il modello della facoltatività della clausola revisionale**, tuttora presente nel nostro Codice dei contratti pubblici.

ambito temporale (articolo 1-septies, comma 1°),

- disposizione, che si applica a **tutti i contratti in corso di esecuzione al 24 luglio 2021** (data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto)

Ambito applicativo per il meccanismo di revisione legale

- Non in relazione ai lavori contabilizzati nell'anno solare di offerta.**
- negli ultimi due periodi del punto 2.3 della circolare, si prevede che restano "*esclusi dalla compensazione i lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta, e che ai lavori contabilizzati in un periodo di tempo inferiore alla base temporale di rilevazione del decreto e diversi da quelli contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta, si applica per intero la variazione di prezzo di cui al decreto*".

la compensazione ex lege

- viene determinata, **applicando alle quantità dei singoli materiali, impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori, dal 1° gennaio 2021 fino al 30 giugno 2021, le variazioni, in aumento o in diminuzione, dei prezzi dei materiali riportati in tabella**, rilevate nel 2021 *rispetto alla data dell'offerta* (comma 2).
- A differenza di quanto a suo tempo previsto dall'articolo 133 del vecchio Codice, **a carico dell'operatore economico è posta un'alea differenziata in funzione della durata temporale del contratto.**
- l'8%, se trattasi di considerare esclusivamente gli aumenti dell'anno 2021 (quindi con offerte 2020); -
- il 10%, se si includono più annualità (offerte 2019 o antecedenti). Le rilevazioni dei dati di incremento vengono effettuate su base semestrale in luogo di quella annuale.
- il punto 2.4 della circolare del Ministero delle Infrastrutture e Mobilità Sostenibili (MIMS) n. 43362 del 25 novembre 2021, stabilisce che, alle eventuali compensazioni, non si applica l'istituto delle riserve, trattandosi di un diritto che discende direttamente dalla legge.

27

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

DECRETO LEGGE 22 MARZO 2022, N. 21 RECANTE "MISURE URGENTI PER CONTRASTARE GLI EFFETTI ECONOMICI E UMANITARI DELLA CRISI UCRAINA" (GURI N. 67 DEL 21.03.2022).

28

Art. 23 Decreto Legge 22 marzo 2022, n. 21 recante "Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina" (GURI n. 67 del 21.03.2022 .
Anticipazione in attesa dell'attingimento al fondo

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata



- 1. Al fine di mitigare gli effetti economici derivanti dagli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, in relazione alle domande di **accesso al Fondo per l'adeguamento dei prezzi di cui all'articolo 1-septies, comma 8, del decreto-legge 25 maggio 2021, n.73**, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n.106, può riconoscere, nel limite complessivo del 50 per cento delle risorse del medesimo Fondo e **nelle more dello svolgimento dell'attività istruttoria relativa alle istanze di compensazione presentate secondo le modalità di cui al citato comma 8**, un'anticipazione pari al 50 per cento dell'importo richiesto in favore dei soggetti di cui al **comma 7 del medesimo articolo 1-septies ed all'articolo 25, comma 8, del decreto-legge 1° marzo 2022, n. 17**. Ad esito dell'attività istruttoria di cui al periodo precedente, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili può disporre la ripetizione totale o parziale dell'importo erogato a titolo di anticipazione, che è versato all'entrata del bilancio dello Stato per essere successivamente riassegnato al Fondo di cui all'articolo 1-septies, comma 8, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106.
- 2. Al fine di fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione:
 - a) il Fondo di cui all'articolo 7, comma 1, del decreto-legge n. 76 del 2020 è incrementato di 200 milioni di euro per l'anno 2022 interamente destinati alle compensazioni di cui all'articolo 29, comma 1, lettera b) del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4 per le opere pubbliche di cui al comma 8 del medesimo articolo 29.
 - b) La dotazione del Fondo di cui all'articolo 1-septies, comma 8, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106, è incrementata di 120 milioni per l'anno 2022.
- 3. Agli oneri derivanti dal comma 2, pari a 320 milioni di euro per l'anno 2022, si provvede ai sensi dell'articolo 38.

29

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

DECRETO LEGGE 1 MARZO 2022, N. 17

MISURE URGENTI PER IL CONTENIMENTO DEI COSTI DELL'ENERGIA ELETTRICA E DEL GAS NATURALE, PER LO SVILUPPO DELLE ENERGIE RINNOVABILI E PER IL RILANCIO DELLE POLITICHE INDUSTRIALI.

Art. 25

30

Articolo 25, decreto legge 1° marzo 2022, n. 17 : *Incremento del Fondo per l'adeguamento dei prezzi e disposizioni in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici*".

speciale regime normativo

finalizzato alla **compensazione degli incrementi eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi** registrati nel primo semestre del 2022.

meccanismo che ricalca, in larga parte, i precedenti interventi, estendendone l'applicazione temporale.

articolo 25 comma 2°:ambito oggettivo di applicazione

la nuova disciplina compensativa si applica ai contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del decreto (2 marzo 2022).

il MIMS dovrà rilevare, con DM da adottarsi entro il prossimo 30 settembre 2022, l'elenco dei materiali da costruzione più significativi e le relative variazioni percentuali di prezzo, in aumento e in diminuzione, superiori all'8% verificatesi nel primo semestre 2022.

espressa previsione, in virtù della quale il Ministero, nell'adottare il decreto di rilevazione, sarà ora tenuto a seguire le modalità di rilevazione messe a punto dall'ISTAT.

l'articolo 25 rinvia direttamente all'articolo 29 del precedente decreto legge n. 4/2022, in cui è previsto che l'Istituto di Statistica provveda a definire, sentito lo stesso MIMS, la nuova metodologia di rilevazione delle variazioni dei prezzi dei materiali di costruzione, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto (entro il prossimo 27 aprile 2022).

31

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

Articolo 25, decreto legge 1° marzo 2022, n. 17 :

articolo 25 commi 3° e 4° :modalità di erogazione delle compensazioni,

- con esclusivo riferimento ai materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate, ovvero annotate nel libretto delle misure sotto la responsabilità del direttore dei lavori, dal 1° gennaio 2022 al 30 giugno 2022;
- anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 133, D.lgs. n. 163/2006, e dall'articolo 106, comma 1, lett. a), D.lgs. n. 50/2016;
- le compensazioni saranno determinate al netto di eventuali riconoscimenti revisionali già liquidati all'impresa per lo stesso primo semestre 2022.
- le compensazioni siano determinate applicando alle quantità di materiali impiegata nelle lavorazioni relative al primo semestre 2022 le variazioni, in aumento o in diminuzione, rilevate dal MIMS attraverso un proprio DM.

(commi 5° e 6°), procedimento di compensazione

- per le variazioni di prezzo in aumento, saranno le imprese a dover presentare alla stazione appaltante apposita istanza di compensazione, a pena di decadenza, entro 15 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta del DM di rilevazione;
- per le variazioni in diminuzione, il procedimento sarà attivato 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.

commi 1°, 7° ed 8°:risorse utilizzabili

- stabiliscono che le stazioni appaltanti dovranno provvedere alle compensazioni anzitutto con risorse proprie, attingendo ai seguenti fondi:
- - 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;
- - i ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa utilizzazione secondo le norme vigenti;
- - le 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 del decreto-legge.
- Nel caso di incapienza di tali fondi, potranno provvedere alle compensazioni chiedendo di accedere all'apposito Fondo per l'adeguamento dei prezzi, già istituito dall'articolo 1-*septies*, co. 8, D.L. n. 73/2021, e regolato dal decreto del MIMS del 30 settembre 2021.

32

DECRETO-LEGGE 27 GENNAIO 2022, N. 4 CON LA LEGGE DI CONVERSIONE 28 MARZO 2022, N. 25

33

Art. 29 decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4 Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici

• 1. Fino al 31 dicembre 2023, al fine di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus SARS-CoV-2, in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l'invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, si applicano le seguenti disposizioni:

- a) e' obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della medesima lettera a);
- b) per i contratti relativi ai lavori, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 7.

34



Revisione prezzi obbligatoria

- e' **obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi** previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della medesima lettera a);

Compensazione

- per i contratti relativi ai lavori, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. In tal caso **si procede a compensazione**, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 7.

35

Art. 29 decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4. "Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici"

Let. a :obbligatorietà dell'obbligo di previsione della clausola di revisione prezzi

e' obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

istituto differente :il meccanismo compensativo, trova la sua matrice storica nell'articolo 133 del vecchio Codice, ed è finalizzato a riconoscere un extra-importo per i rincari subiti in relazione a lavorazioni già effettuate (e senza che i prezzi di contratto vengano con ciò modificati

viene previsto, **per i soli lavori pubblici**, anziché una clausola per la revisione dei prezzi, come invece imporrebbe la lettera a), un sistema di compensazione del "caro-materiali".

La clausola trova la sua matrice nell'attuale articolo 106, comma 1, lettera a) del vigente Codice ed esplica la funzione, al ricorrere di taluni presupposti, di aggiornare i prezzi contrattuali, che in tal modo si applicano ex novo, anche per le lavorazioni ancora da eseguire

36

Art. 29 decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4.

“Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici”

comma 2 :nuovo metodo di rilevazione dei prezzi, finalizzato alle compensazioni.



- Entro novanta giorni dall'entrata in vigore del Decreto, l'ISTAT, sentito il MIMS, dovrà definire la nuova metodologia di rilevazione delle variazioni dei prezzi dei materiali di costruzione.
- Successivamente, sulla base delle elaborazioni effettuate dall'ISTAT, sarà il MIMS a dover determinare con cadenza semestrale, con proprio decreto, le variazioni effettivamente subite dai singoli materiali da costruzione più significativi nel corso di ciascun semestre.

commi dal 3° al 6°: modalità di erogazione delle compensazioni,

- saranno determinate applicando la percentuale di variazione, che eccede il 5% del prezzo dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nei 12 mesi precedenti al decreto ministeriale di rilevazione delle variazioni, nelle quantità accertate dal Direttore dei lavori.

37

PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA

Le 4 SFIDE del Piano

1. Rafforzare la competitività e la capacità di ripresa dell'Italia
2. Assicurare il benessere sociale ed economico della crisi pandemica
3. Sostenere la transizione verde e digitale
4. Innalzare il potenziale di crescita dell'economia e la creazione di occupazione

Le 6 MISSIONI

- 1. Digitalizzazione, innovazione, competitività
- 2. Transizione verde
- 3. Infrastrutture per la mobilità
- 4. Istruzione, formazione, ricerca e cultura
- 5. Equità sociale, di genere e territoriale
- 6. Salute

La finanziabilità con le risorse del PNRR

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

38

Modalita' di copertura (art. 29 Comma 7)

4. Per le finalita' di cui al comma 1, lettera b), si possono utilizzare le somme appositamente accantonate per imprevisti, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nel quadro economico di ogni intervento, in misura non inferiore all'1 per cento del totale dell'importo dei lavori, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali gia' assunti, nonche' le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento nei limiti della relativa autorizzazione annuale di spesa.

Possono altresì essere utilizzate le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti, nonche' le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza dei soggetti aggiudicatori per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione nel rispetto delle procedure contabili della spesa nei limiti della residua spesa autorizzata.

39

Modalita' di copertura (art. 29 Comma 8)

8. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2026, in caso di insufficienza delle risorse di cui al comma 7 del presente articolo e limitatamente alle opere pubbliche finanziate, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021, e dal regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, nonche' dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101, alla copertura degli oneri derivanti dal riconoscimento della compensazione di cui alla lettera b) del comma 1, si provvede, nel limite del 50 per cento delle risorse annualmente disponibili e che costituiscono limite massimo di spesa annuale, a valere sulla dotazione del fondo di cui all'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Il decreto previsto dall'articolo 7, comma 4, del decreto-legge n. 76 del 2020 stabilisce, altresì, le modalita' di accesso al fondo per le finalita' di cui al presente comma.

40

Art. 29 decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4.

“Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici”

somme appositamente accantonate per imprevisti

- somme appositamente accantonate per imprevisti, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nel quadro economico di ogni intervento, in misura non inferiore all'1 per cento del totale dell'importo dei lavori, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, nonché le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento nei limiti della relativa autorizzazione annuale di spesa.

somme derivanti da ribassi d'asta

- Possono altresì essere utilizzate le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti,

somme disponibili

- somme disponibili relative ad altri interventi ultimati

Risorse PNRR fino al 31 12 2026

- in caso di insufficienza delle risorse di cui al comma 7 del presente articolo e limitatamente alle opere pubbliche finanziate, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021, e dal regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101, alla copertura degli oneri derivanti dal riconoscimento della compensazione di cui alla lettera b) del comma 1, si provvede, nel limite del 50 per cento delle risorse annualmente disponibili e che costituiscono limite massimo di spesa annuale

41

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

Il riequilibrio non si risolve in un automatismo perfettamente ancorato ad ogni variazione dei valori delle materie prime

- «Anche se la clausola di revisione dei prezzi deve essere obbligatoriamente inserita nei contratti ad esecuzione continuata e periodica (art. 115, d.lgs. n. 163/2006), essa non assume la funzione di eliminare completamente l'alea tipica di un contratto di durata, la quale costituisce proprio oggetto di specifico apprezzamento (al momento della formulazione dell'offerta economica) dei concorrenti che intendono concorrere alla gara d'appalto. Se indubbiamente il meccanismo deve prevedere la correzione dell'importo previsto ab origine in esito al confronto comparativo — per prevenire il pericolo di un'indebita compromissione del sinallagma contrattuale — **il riequilibrio non si risolve in un automatismo perfettamente ancorato ad ogni variazione dei valori delle materie prime (o dei quantitativi), che ne snaturerebbe la ratio trasformandolo in una clausola di indicizzazione** (T.A.R. Brescia, sez. I, 03/07/2020, n. 504; TAR Trieste, sez. I, 7 luglio 2021 n. 211). **TAR Brescia, 10.03.2022 n. 239**

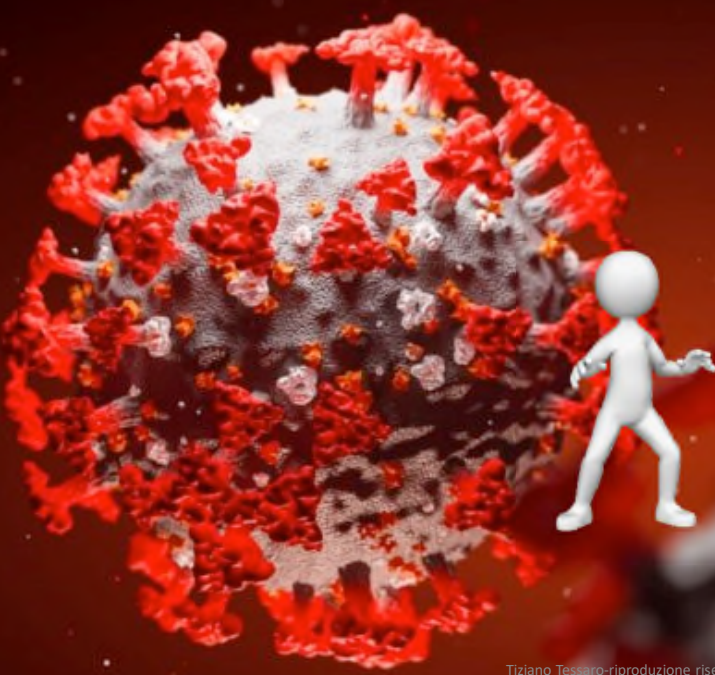


42



Il concetto di “**circostanze impreviste e imprevedibili**” nella giurisprudenza contabile

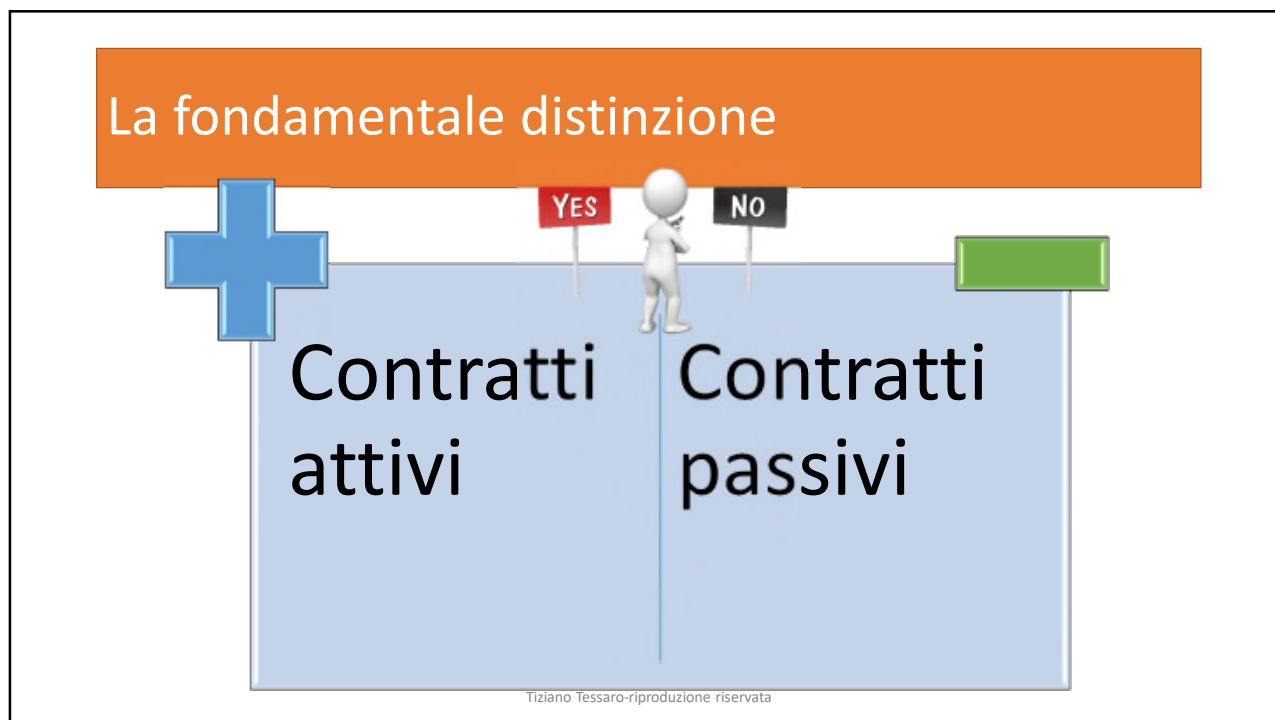
43



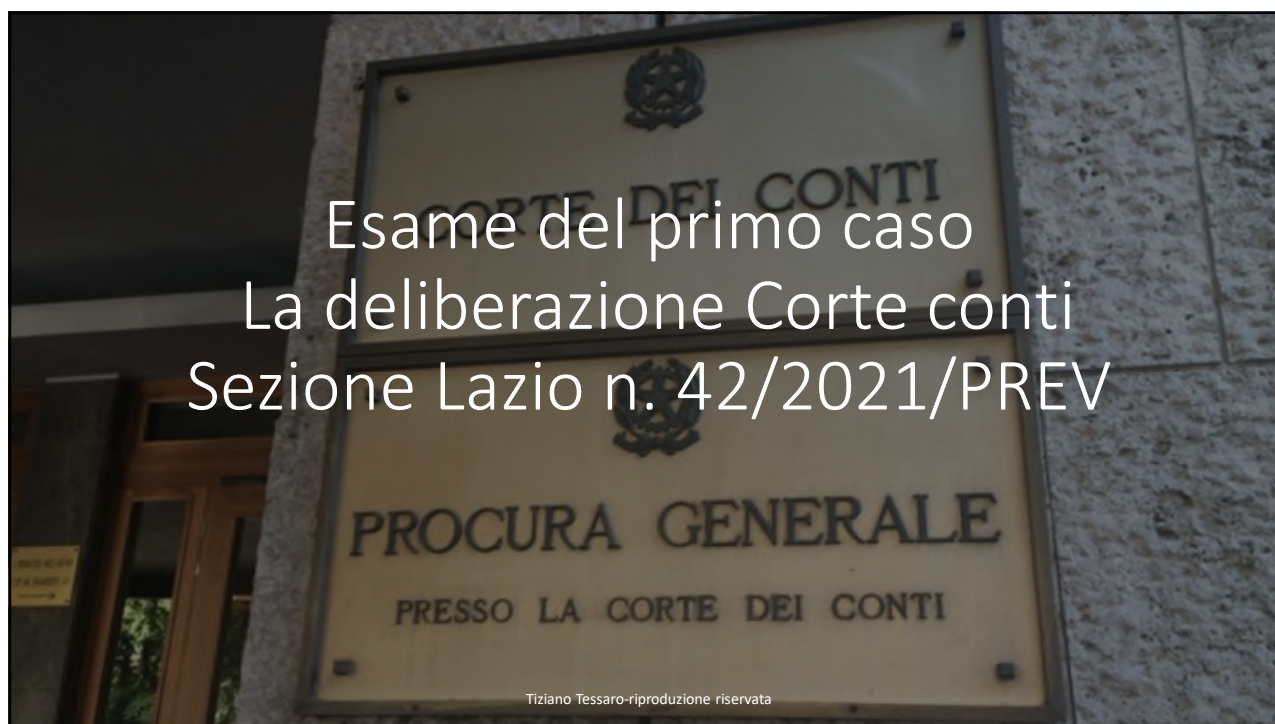
Il concetto di “**circostanze impreviste e imprevedibili**” per una variante del contratto passivo in corso di esecuzione senza indire una nuova procedura di gara.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

44



45



46

Il fatto. La deliberazione Sezione Lazio n. 42/2021/PREV

In data 25 gennaio 2021 è pervenuto all'Ufficio di controllo preventivo di legittimità presso la Sezione regionale di controllo per il Lazio (prot. Cdc. n. 420 del 25/01/2021) il decreto n. 2301 del 25 gennaio 2021 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti-Provveditorato Interregionale per le OO.PP. per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna che approva un II atto aggiuntivo al contratto reggente n.1377 del 14/6/2018 per il completamento dei lavori di adeguamento funzionale ed impiantistico, eliminazione barriere architettoniche ed adeguamento antincendio "blocco B-C" e porzione basamentale "blocco D-A" del compendio demaniale denominato Caserma Piave, sede del Comando Generale della Guardia di Finanza, sita in Roma, Viale XXI Aprile in Roma.



In particolare, detto decreto approva il 2° progetto esecutivo di variante e suppletivo relativo ai lavori di completamento e di riqualificazione del compendio demaniale sopra esplicitato, con un nuovo quadro contrattuale pari ad € 16.368.625,64 (con un incremento netto di € 1.399.333,25 rispetto all'importo netto contrattuale originario). Tale incremento consiste in circa il 10,17% dell'originario importo, realizzando un incremento totale del 18,99%, tenuto conto del I atto aggiuntivo; sul piano della durata contrattuale, secondo quanto previsto dall'art. 3 dell'atto aggiuntivo di cui trattasi, *"il termine utile per dare ultimati i lavori, in dipendenza del presente atto, è incrementato di giorni 60 (sessanta) rispetto a quello stabilito nel contratto principale"*.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

47

Le circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice" nella deliberazione Sezione Lazio n. 42/2021/PREV

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

- l'atto aggiuntivo in questione è stato inquadrato, dall'Amministrazione, nell'alveo dell'art. 106, comma 1, lett. c. 1-2) del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i., ai sensi del quale le stazioni appaltanti possono procedere a modifiche nonché a varianti dei contratti di appalto in corso di validità solo in ipotesi tassativamente previste quali la sopravvenienza di "circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione e aggiudicatrice".

I chiarimenti resi dall'Amministrazione non sono stati tali da comprovare la sussistenza, nel caso di specie, delle "circostanze impreviste e imprevedibili" pretese dalla norma in questione poiché, in base agli elementi forniti, l'atto negoziale è risultato semplicemente ricollegabile a mutate esigenze funzionali e di adeguamento del progetto esecutivo originario: in questa prospettiva è stato richiamato l'orientamento dell'Autorità di settore (cfr. deliberazione A.N.AC. n. 759 del 4 settembre 2019) sull'improprio ricorso alla perizia di variante quale strumento per ampliare l'oggetto dell'appalto o per "sanare" opere eseguite in difformità al progetto originario.

L'assenza delle ridette "circostanze impreviste e imprevedibili" è emersa anche dalle valutazioni tecniche effettuate in occasione del I atto aggiuntivo, stipulato solo un anno prima, laddove nella nota prot. n. 4280 del 6 febbraio 2020 (acclusa alla documentazione di risposta ai rilievi dell'Ufficio di controllo sul I atto aggiuntivo al contratto in esame, prot. Cdc. n. 196 del 16/1/2020) veniva osservato che a seguito della consegna dei lavori era stato possibile "osservare e verificare puntualmente le reali condizioni sia delle opere edili (strutture) che degli impianti tecnologici esistenti (meccanico, elettrico e speciali)" e che già in quella circostanza si era provveduto a realizzare "interventi di dettaglio finalizzati all'adeguamento di impianti alle norme tecniche attuali".

Invero, lo stesso art. 106 sopra richiamato stabilisce, al comma 1, che, tra le predette circostanze impreviste e imprevedibili, possa rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari:

tuttavia, nel caso di specie, è apparsa priva di pregio anche l'invocata esigenza di soddisfare le nuove prescrizioni intervenute durante il lasso temporale trascorso tra la progettazione e l'effettivo inizio dei lavori stante il richiamo alla normativa vigente NTC 2018, già conosciuta, evidentemente, all'atto della stipula del I atto aggiuntivo.

48



49

Ius variandi per adeguamento alle maggiori spese derivanti dall'emergenza Covid. La deliberazione Sezione Emilia-Romagna n. 20/2021/PAR

- **richiesta di parere** "in merito alla legittimità di riconoscere i costi aggiuntivi richiesti da un consorzio che fornisce al Comune il servizio di trasporto scolastico in appalto, in ragione dei maggiori costi che il fornitore sostiene a sua volta, da settembre 2020, per l'adeguamento alle normative di prevenzione della diffusione della sindrome da Covid-19.
- Tale consorzio, nell'ambito del contratto di appalto del servizio di trasporto scolastico stipulato nel 2017, richiede che venga riconosciuto, a favore del fornitore stesso, un costo ulteriore aggiuntivo al giorno, a tratta e per ciascun automezzo utilizzato, rispetto al costo chilometrico definito dal contratto. Tale costo aggiuntivo giornaliero a tratta e a mezzo, viene richiesto a titolo di copertura dei costi di igienizzazione quotidiana dei mezzi utilizzati per lo svolgimento del servizio.
- Tali maggiori costi, indicati dal fornitore, derivano dalle attività aggiuntive di igienizzazione richieste dai protocolli approvati dal consorzio stesso, al fine di adeguarsi alle normative di prevenzione della diffusione dell'infezione da Sars-cov2.
- Si aggiunge che nel contratto di appalto è riportato il seguente comma all'articolo con rubrica "Prezzi": «L'istanza di revisione prezzo dovrà comunque essere corredata da idonea documentazione a sostegno della richiesta. Nel caso in cui l'esito dell'istruttoria comporti un adeguamento del prezzo, tale adeguamento non potrà retroagire rispetto alla data di presentazione della richiesta avanzata dal contraente.»".
- In particolare, il Comune richiede "se tali costi aggiuntivi possano essere ricondotti al rischio d'impresa oppure se la straordinarietà dell'emergenza sanitaria possano legittimamente portare al riconoscimento dei costi aggiuntivi a favore del fornitore e necessariamente finanziate dal Comune".

50

Ius variandi per adeguamento alle maggiori spese derivanti dall'emergenza Covid: il richiamo ai pareri Anac

Sull'applicabilità della norma ai contratti di erogazione di servizi - in particolare di servizi di noleggio, sanificazione e sterilizzazione dei dispositivi tessili e medici utilizzati in strutture ospedaliere nonché servizi di ristorazione - soggetti a un grave squilibrio economico a causa dell'emergenza sanitaria,

si è pronunciata l'Anac in due occasioni (delibera n. 540 del 1 luglio 2020 e del n. 1022 del 25 novembre 2020 entrambe pubblicate sul sito internet dell'Anac):

L'Autorità, richiamato il d.P.C.M. del 17 maggio 2020 e in particolare l'allegato 12 relativo al "Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro" del 24 aprile 2020 - che gli operatori economici sono tenuti ad adottare ai fini della prevenzione e del contenimento del contagio da COVID-19 -, ha affermato che "l'obbligo di applicare le misure di cui al richiamato Protocollo del 24 aprile 2020 nonché la richiesta di prestazioni ulteriori per far fronte alla particolare situazione di emergenza che sta interessando l'intero Paese costituisce presupposto idoneo a giustificare il ricorso a una variante in corso d'opera per circostanze imprevedute e imprevedibili ai sensi dell'art. 106 comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici.

Ai fini della corretta definizione dell'oggetto della variante, è necessaria un'accurata verifica dell'impatto delle misure di prevenzione e contenimento del contagio da COVID-19 sullo svolgimento della prestazione oggetto di affidamento, in particolare in termini di oneri aziendali per la sicurezza, nonché delle modifiche in termini di quantità e di modalità di erogazione dei servizi richieste dalla stazione appaltante ai fini del rispetto delle predette misure di prevenzione e contenimento. La modifica delle modalità organizzative per la prestazione del servizio non costituisce, nel caso di specie, alterazione della natura generale del contratto".

51



Gli strumenti concessi dal codice civile.
Risoluzione per eccessiva onerosità' e rinegoziazione

52

Strumenti di riequilibrio del sinallagma funzionale e di riequilibrio del contratto

articolo 30, comma 8°, del D.Lgs n. 50/2016 :*“per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”*.

articolo 1664, comma 1°, del codice civile, prevedente la possibilità di una revisione del prezzo.

possibilità, ai sensi dell'articolo 1467, di richiedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

53

A) La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

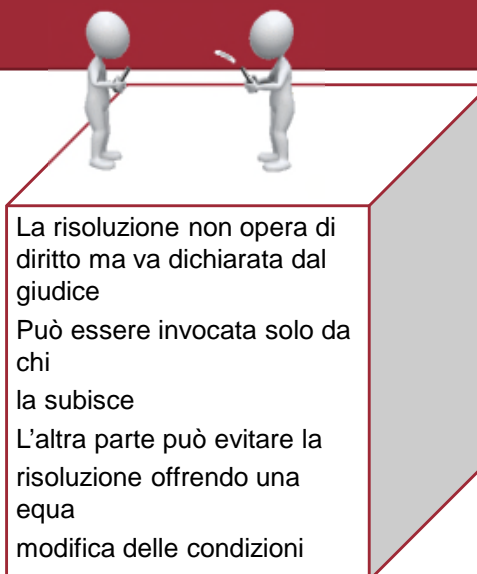


Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

54

Art. 1467 cc

- 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



55

Art. 1467 cc: **TAR Brescia, 10.03.2022 n. 23**




4.2.3. Ciò peraltro non comporta che, in presenza di una espressa esclusione negli atti di gara di ogni ipotesi di revisione del prezzo, l'impresa appaltatrice rimanga sprovvista di mezzi di tutela nel caso in cui si verifichi un aumento esorbitante dei costi del servizio in grado di azzerarne o comunque di comprometterne in modo rilevante la redditività;

qualora si verifichi un aumento imprevedibile del costo del servizio in grado di alterare il sinallagma contrattuale rendendo il contratto eccessivamente oneroso per l'appaltatore,

questi può sempre esperire il rimedio civilistico di cui all'art 1467 c.c., chiedendo la risoluzione del contratto di appalto per eccessiva onerosità sopravvenuta, alle condizioni previste dalla norma e, ovviamente, con azione proposta dinanzi al giudice competente

56



B) LA RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI IN EPOCA DI EMERGENZA PANDEMICA

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

57



La Corte dei conti e lo ius variandi per i contratti attivi

La rinegoiazione dei contratti di locazione

PROCURA GENERALE

PRESSO LA CORTE DEI CONTI

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

58

Fattispecie concreta:



I Comuni hanno stipulato, in epoca ante Covid, contratti di locazione, aventi ad oggetto beni immobili, appartenenti al proprio patrimonio disponibile.

Gli affittuari privati utilizzano gli immobili locati per lo svolgimento di attività commerciali ed artigianali.

Siamo in presenza di un contratto di locazione, disciplinato dal Codice civile (artt. 1571 e ss.), oltre che dalla normativa speciale in materia (legge n. 392/1978).

Le misure di restrizione delle attività economiche, poste in essere dalle Pubbliche Autorità, nazionale e regionali, per contrastare la diffusione della pandemia, hanno indubbiamente creato danni agli affittuari - operatori economici.

Gli affittuari – operatori economici chiedono di rinegoziare le condizioni economiche dei contratti di locazione.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

59

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

Il vincolo pubblicistico



Corte conti, sez. II^a centrale appello, n. 78/2019).

«I contratti di locazione sono da considerare quali strumento di incremento delle risorse pubbliche»

Corte Conti, sez. giur. Centrale d'Appello, 12 marzo 2019, n. 78

«La riscossione delle entrate patrimoniali si pone come atto doveroso di recupero delle indispensabili risorse materiali necessarie a far fronte alla spesa pubblica. Al di là del principio di indisponibilità dei crediti tributari deve ritenersi, in definitiva, che tutte le entrate, anche quelle di natura patrimoniale ed extratributarie – quale quella in esame – siano finalizzate al soddisfacimento dei bisogni pubblici e come tali possono diventare oggetto di atti di disposizione da parte delle amministrazioni titolari soltanto in presenza di interesse pubblico. concreto attuale» (.)

Corte dei conti, Sez. II, centrale di appello, n. 537/2017; id. n. 56/2017, id. n. 1345/2016; Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale del Lazio, sentenza n. 228/2016

• Conseguentemente, non è possibile, per la PA, rinunciare al canone pattuito, altrimenti si darebbe luogo ad una indebita remissione del debito

60

Il profilo civilistico



- pur in presenza di «sopravvenienze imprevedibili» (le misure di restrizione delle attività economiche), il Comune non può rinegoziare, riducendo il canone di locazione
- a meno che non sia possibile configurare un potere generale di rinegoziazione!!

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

61



In merito, occorre segnalare che i **divieti** di esercizio delle attività produttive e commerciali, imposti dai provvedimenti governativi, **non hanno inciso in alcun modo sulla prestazione principale del locatore**, che consiste nel mettere a disposizione del conduttore locali idonei all'esercizio dell'attività, e che nel rapporto sinallagmatico locatore-conduttore, il conduttore è legittimato alla sospensione o riduzione del canone di locazione unicamente in caso di inadempimento del locatore.

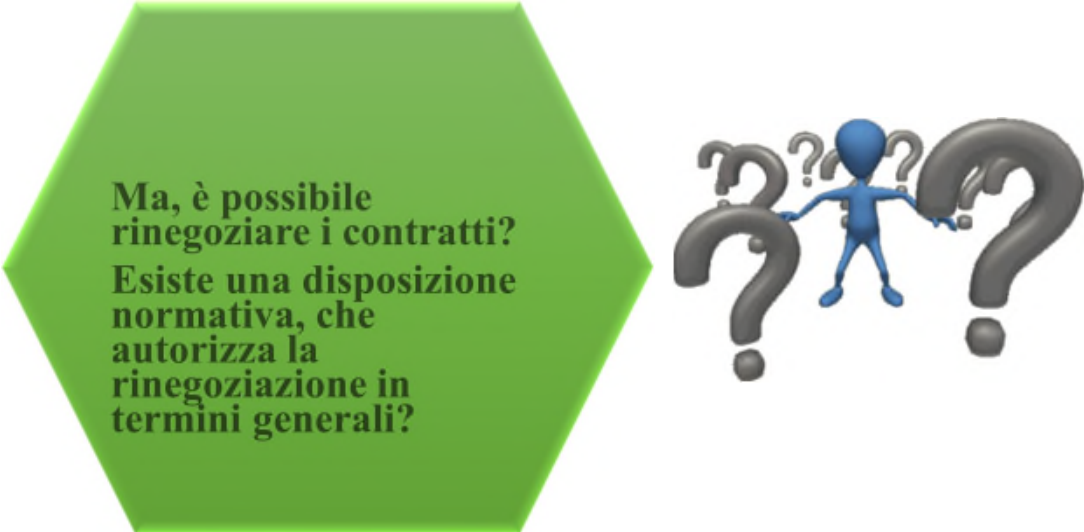
Di conseguenza, l'immobile locato, sebbene non accessibile ai lavoratori ed al pubblico, permane nell'esclusiva disponibilità del conduttore, che ivi custodisce beni e mezzi di produzione.

l'articolo 65 del cd. decreto cura-Italia (decreto legge n. 18/2020, convertito in legge n. 27/2020), prevedendo a favore del conduttore un **credito d'imposta** per l'anno 2020 pari al 60% del canone di locazione relativo al mese di marzo 2020 per l'affitto degli immobili rientranti nella categoria catastale C/1 (botteghe e negozi), presuppone che non sia legislativamente previsto alcun diritto alla sospensione o riduzione del **canone, che resta da pagare, regolarmente.**

Su tale aspetto, la Circolare 8/E dell'Agenzia delle Entrate del 3 aprile 2020, tra i chiarimenti sulle norme del decreto Cura Italia, ha fornito anche delle delucidazioni sul credito di imposta per le locazioni commerciali: il credito d'imposta, pari al 60% del canone di locazione del mese di marzo 2020, è riconosciuto solo sui **canoni effettivamente pagati**; un canone di locazione non pagato non produrrà il credito d'imposta in quanto la norma intende ristorare il conduttore del canone versato a fronte della sospensione dell'attività di impresa in questo periodo.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata


62



Ma, è possibile rinegoziare i contratti? Esiste una disposizione normativa, che autorizza la rinegoziazione in termini generali?

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

63

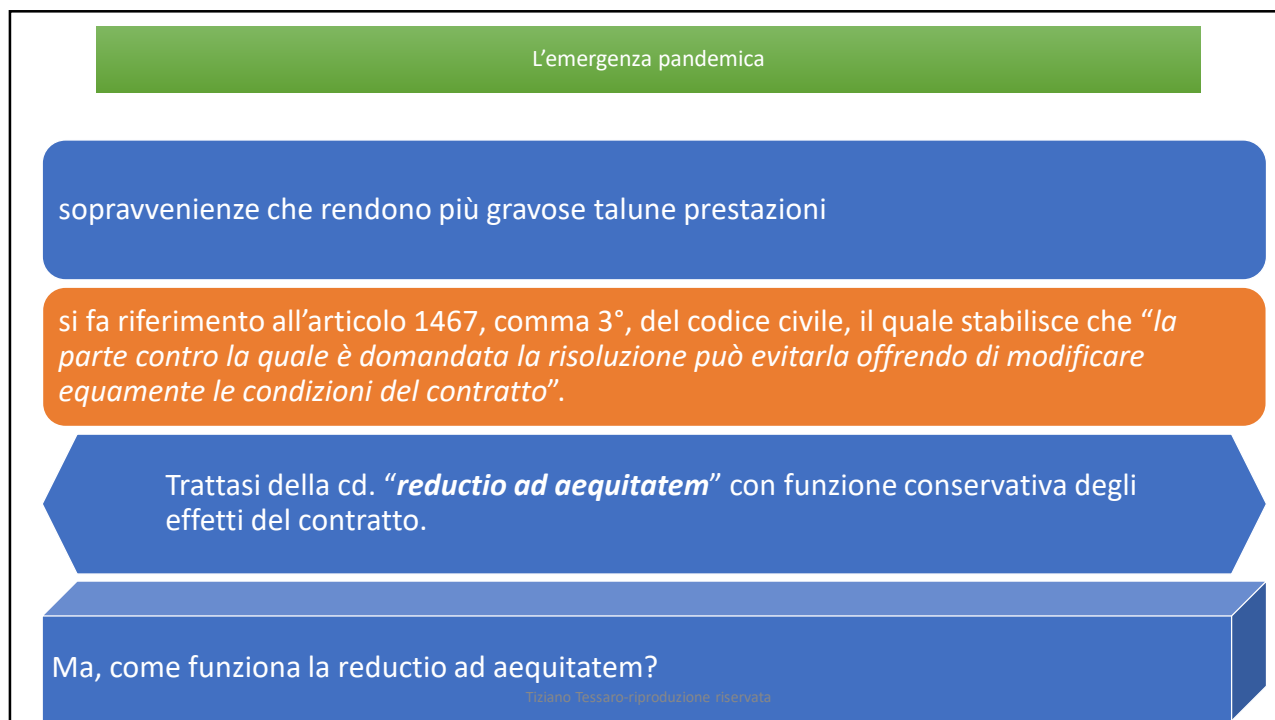


I dubbi di un Comune avanzati alla Corte dei conti:

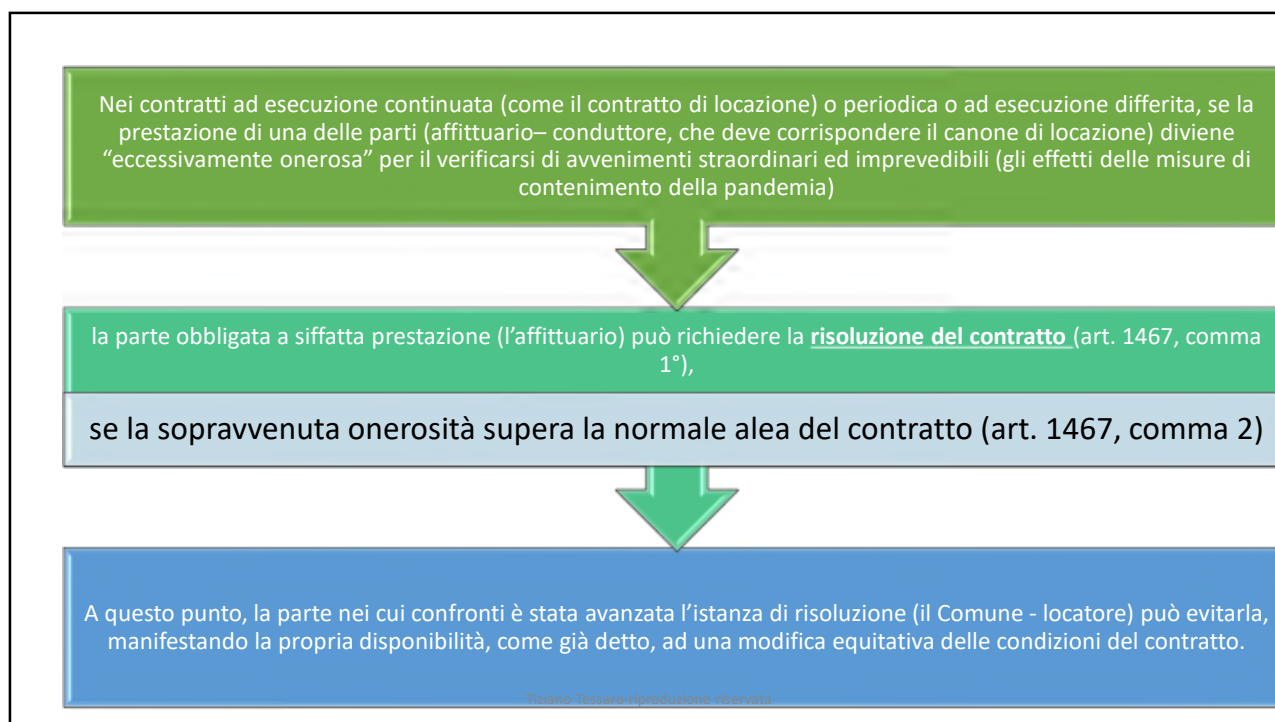
«Il Sindaco del Comune di Lugo (RA) ha presentato un quesito legato alla situazione generata dall'emergenza Covid-19. In particolare, il Sindaco formula richiesta di parere volta a conoscere se, stante la vigente situazione di difficoltà economica, a seguito del lockdown imposto alle attività di somministrazione alimenti e bevande, commerciali e artigianali, **sia possibile rinegoziare su richiesta i contratti di locazione di diritto privato** stipulati tra un Comune e le imprese esercenti le suddette attività ai sensi dell'art. 1467, comma 3, del c.c. Inoltre, il Sindaco, in caso di risposta affermativa al quesito espresso da parte della Sezione chiede di specificare se la riduzione accordata possa essere definitiva, nel rispetto evidentemente degli equilibri di bilancio, oppure limitata ad un numero definito di annualità salvo successiva riconferma in relazione allo stato dell'economia».

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

64



65



66

ATTENZIONE:

la concreta operatività dell'istituto è subordinata alla proposizione della domanda di risoluzione!

Infatti, il Comune può evitare la risoluzione, *modificando equamente le condizioni del contratto.*

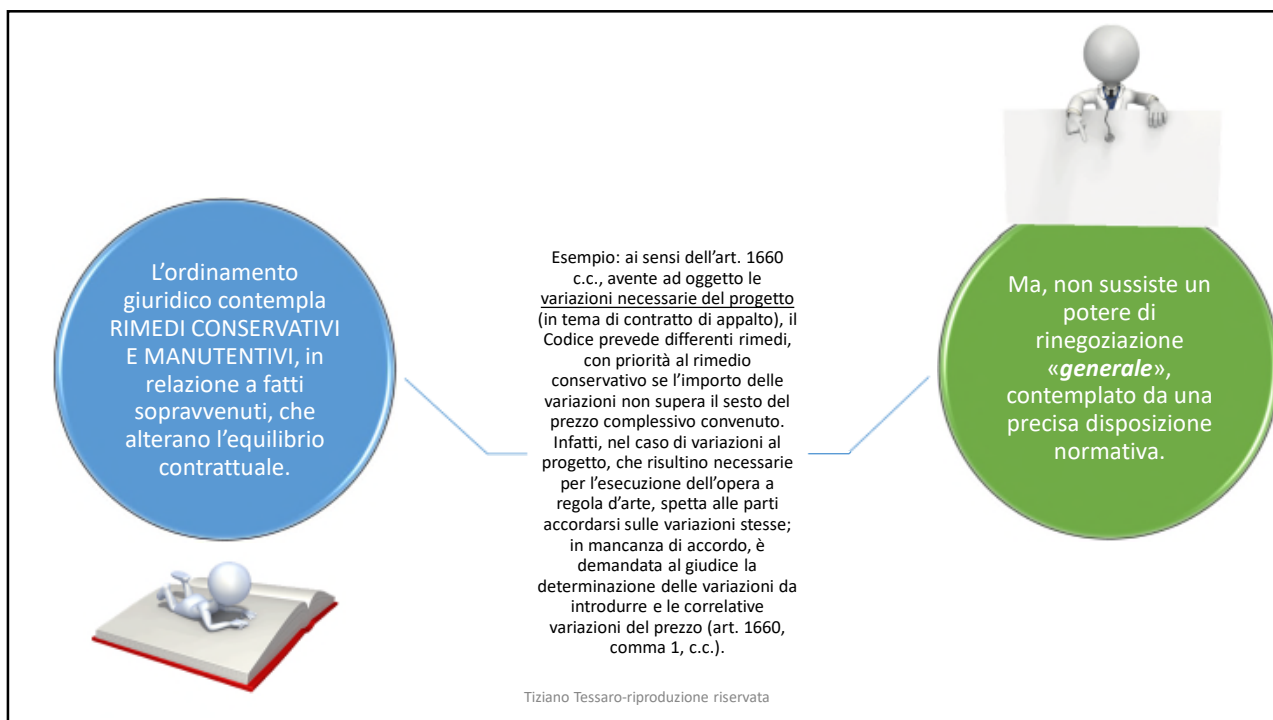
Conseguentemente, l'istituto "equitativo" può attivarsi e sprigionare la sua concreta forza ed efficacia solo se è stata domandata la **risoluzione del contratto**

67

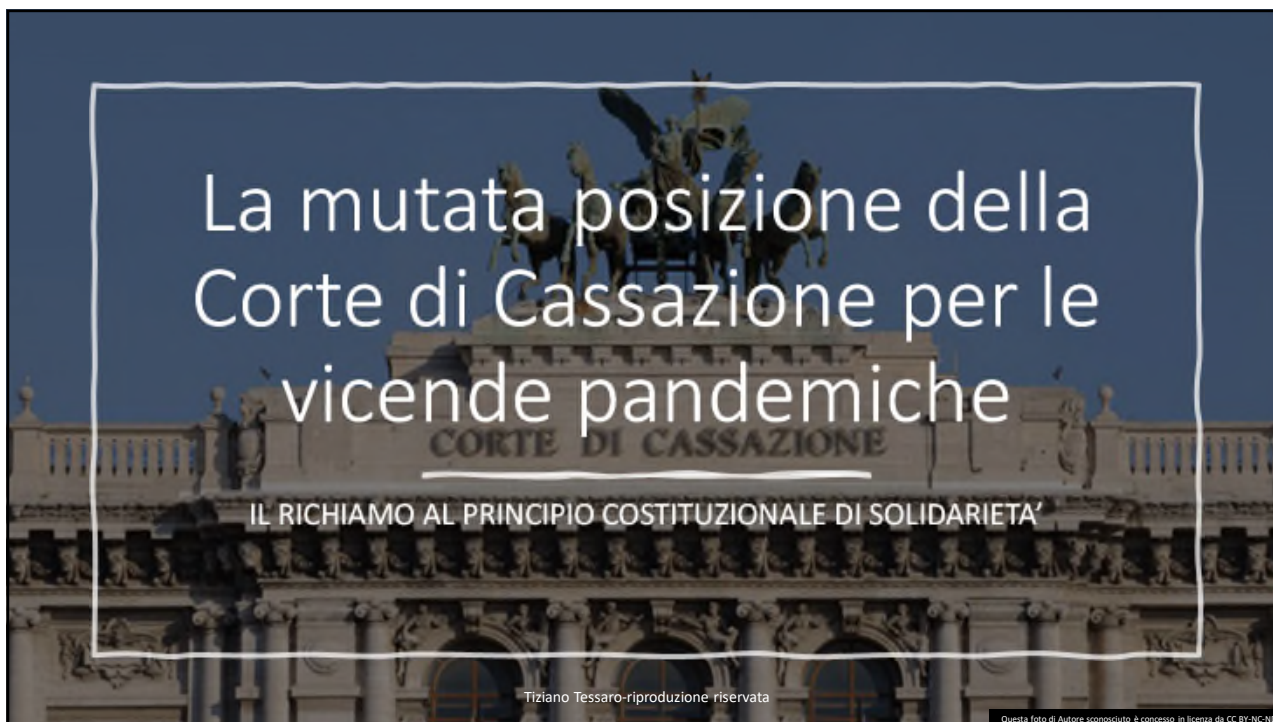


In assenza di una domanda di risoluzione del contratto, è possibile procedere ad una rinegoziazione generale?

68



69



70

La **Corte di Cassazione**, nella recente Relazione n. 56 del 08/07/2020 (“*Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*”) è intervenuta sul tema, attraverso un’analisi attenta ed innovativa:

“Per converso, ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l’assetto giuridico-economico, su cui si è eretta la pattuizione negoziale, **la parte danneggiata in executivis deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni**”.

Quindi, **la “parte danneggiata”, cioè la parte vulnerata dalle “sopravvenienze”, può chiedere la rinegoziazione e può farlo invocando i principi di equità, di buona fede e di solidarietà.**

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

71

L’iter argomentativo della Cassazione:

a) “Il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione”.

b) In relazione alle pregiudizievoli sopravvenienze, “la risposta all’esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell’attuale diritto dei contratti riletto al lume **del principio di solidarietà** e rivitalizzato in un’ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola di **buona fede**, che di quel principio è il portato codicistico”.

c) Dunque, è ben possibile, anzi obbligatorio rinegoziare, “qualora il sinallagma contrattuale sia stravolto dalla pandemia e la parte avvantaggiata disattenda gli obblighi di protezione nei confronti dell’altra”.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

72

L'iter argomentativo della Cassazione:

d) In tal senso, *“limitare la tutela di quest’ultima alla risoluzione e al risarcimento del danno significherebbe demolire il rapporto contrattuale, incanalandolo in quell’imbuto esiziale che la clausola di buona fede e la rinegoziazione dovrebbero valere a scongiurare. Parrebbe anomalo che il contratto cessi sempre e comunque per effetto del comportamento di una delle parti che, con una scelta di campo incompatibile con la finalità manutentiva del rapporto, ne determini giocoforza la cesura”*.

e) La clausola generale di **buona fede** (art. 1175 cc) non può che essere intesa, quale principio generale, cioè come un *“faro di orientamento”*, che richiede giudizi di valore in sede applicativa. A fronte di una sopravvenienza, che alteri l'equilibrio dello scambio, il *“bene”* da tutelare è la prosecuzione del contratto, non la sua vanificazione.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

73

L'iter argomentativo della Cassazione:

f) Dunque, si impone un metodo, diretto a valorizzare una reale analisi economica dei contratti, pervenendo ad un importante approccio metodologico, soprattutto nei contratti a lungo termine: sostituire la logica egoistica del negozio statico ed immutabile con quella della sua possibile revisionabilità alla luce della leale collaborazione, tesa a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sull'equilibrio del contratto.

g) In tal senso, l'obbligo di rinegoziazione ex bona fide non si contrappone all'autonomia negoziale delle parti, ma anzi la rispetta in una **visione dinamicamente solidale**, sempre che le parti medesime non abbiano espressamente escluso, ab origine, ogni possibilità di revisione.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

74

L'iter argomentativo della Cassazione:

h) "Rinegoziare" implica un preciso atteggiamento: porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute.

i) Ovviamente, l'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, non anche di concludere il nuovo contratto. Quindi, la parte chiamata alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti di una revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito alla rinegoziazione, *"mentre non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente"*.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

75

L'iter argomentativo della Cassazione:

l) Infatti, in base alla costante giurisprudenza in materia, i canoni della solidarietà contrattuale, fondati sulla buona fede, prescrivono di salvaguardare l'interesse altrui, ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico. Costituirà, per contro, inadempimento, l'ingiustificata opposizione alla trattativa o il limitarsi ad intavolare trattative di mera facciata.

m) In caso di fallimento delle trattative di rinegoziazione, dirette ad introdurre una disciplina (nuova) di revisione del contratto, le parti potranno ricorrere al giudice, il quale, seppur entro dati limiti, potrà anche pervenire ad una pronuncia costitutiva. Precisamente: *"Al giudice potrebbe essere ascritto il potere di sostituirsi alle parti pronunciando una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso, determinando in tal modo la modifica del contratto originario"*.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

76



IL QUESITO ALLA CORTE DEI CONTI

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

77



I dubbi di un Comune avanzati alla Corte dei conti:

«Il Sindaco del Comune di Lugo (RA) ha presentato un quesito legato alla situazione generata dall'emergenza Covid-19. In particolare, il Sindaco formula richiesta di parere volta a conoscere se, stante la vigente situazione di difficoltà economica, a seguito del lockdown imposto alle attività di somministrazione alimenti e bevande, commerciali e artigianali, **sia possibile rinegoziare su richiesta i contratti di locazione di diritto privato** stipulati tra un Comune e le imprese esercenti le suddette attività ai sensi dell'art. 1467, comma 3, del c.c. Inoltre, il Sindaco, in caso di risposta affermativa al quesito espresso da parte della Sezione chiede di specificare se la riduzione accordata possa essere definitiva, nel rispetto evidentemente degli equilibri di bilancio, oppure limitata ad un numero definito di annualità salvo successiva riconferma in relazione allo stato dell'economia».

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

78

L'analisi della Corte Conti Emilia-Romagna

(deliberazione n. 32/2021/QMIG; 3 marzo 2021)

Il puntuale thema decidendum:



«4.1. A fronte della sopra illustrata coesistenza di un **obbligo civilistico** e di un **divieto di natura pubblicistica**, la risoluzione del quesito - riguardante la possibilità di rinegoziare, su richiesta, i contratti di locazione di diritto privato stipulati tra un Comune e le imprese esercenti le suddette attività in riferimento alla vigente situazione di difficoltà economica, conseguente alle restrizioni imposte alle attività di somministrazione alimenti e bevande, commerciali e artigianali - lascia aperte **due opzioni**: se esista un **obbligo di tenere fermi i contratti stipulati**, ovvero se invece esso receda di fronte a un **generale obbligo di rinegoziazione dei contratti**».

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

79

L'analisi della Corte Conti Emilia-Romagna

(deliberazione n. 32/2021/QMIG; 3 marzo 2021)



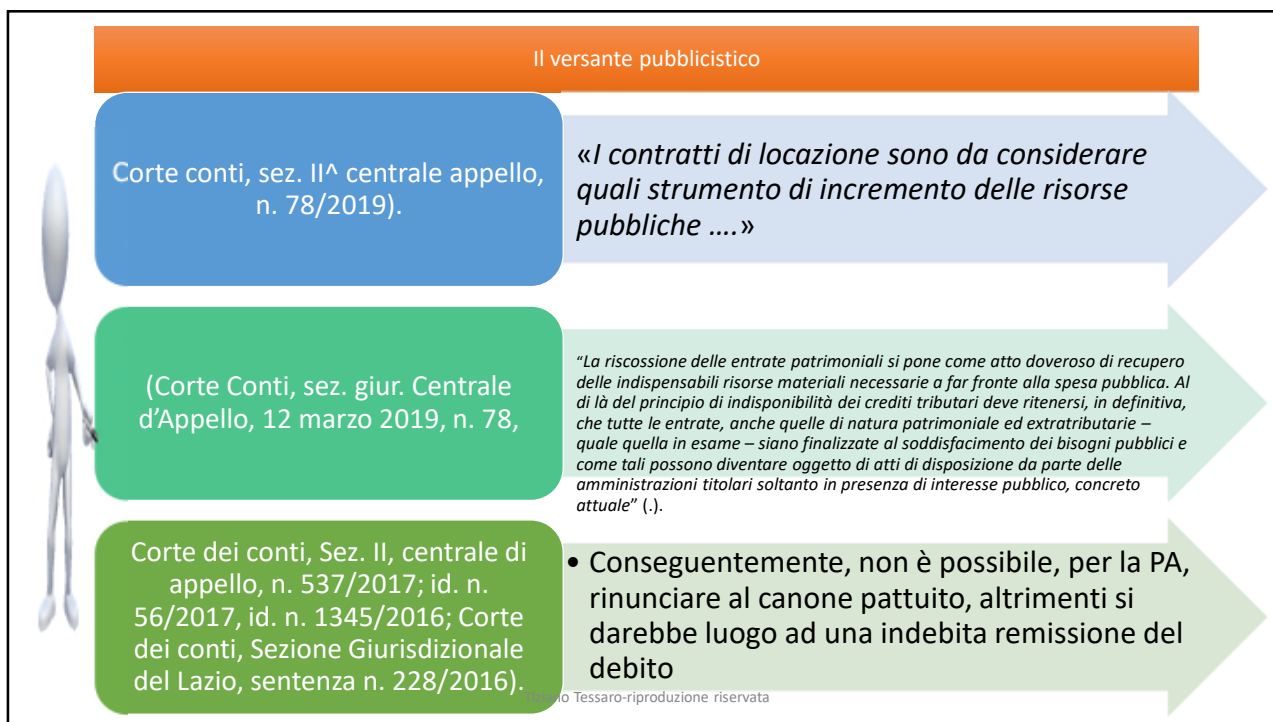
Obblighi
civilistici

Obblighi
pubblicistici

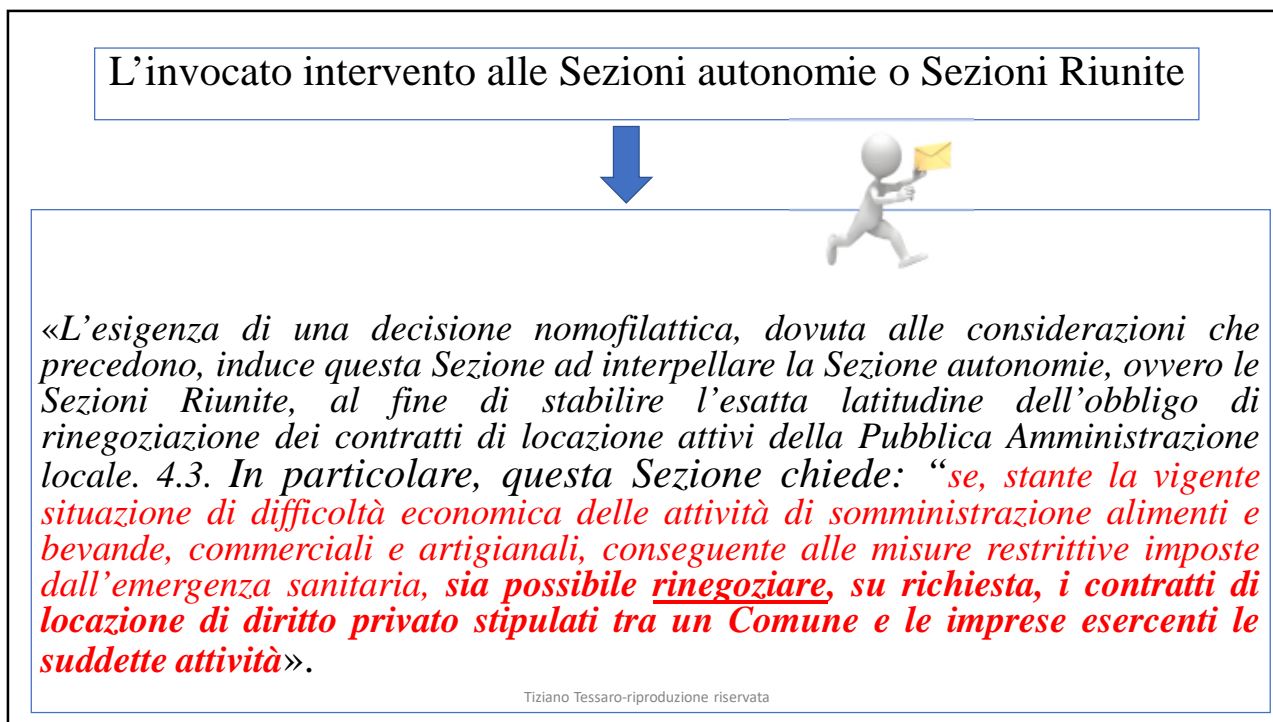


Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

80



81



82

Il tema è molto importante ed avvertito



Fra l'altro, occorre prendere atto che l'Associazione Civilisti Italiani ha auspicato l'adozione di un provvedimento legislativo, che inserisca dopo l'articolo 1468 c.c. **un nuovo articolo, il 1468-bis, che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali**. In particolare, si è osservato che appare congrua l'idea di tradurre l'obbligo di rinegoziare secondo buona fede nel potere-dovere delle parti di formulare proposte e controproposte di adeguamento fondate su ragioni giustificate. **Lo scenario dell'emergenza pandemica sembrerebbe dare la stura alla necessità di introdurre, in via generale, nel sistema del codice civile la rinegoziazione del contratto. Rinegoziazione che renderebbe così operante, in concreto, la solidarietà sociale costituzionalmente garantita.**

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

83

conclusioni

un obbligo di rinegoziazione generale sembra emergere dalle considerazioni della Suprema Corte e dalla analisi della Corte dei conti.

occorrerà approfondire le argomentazioni ora illustrate, tenendo conto non solo del particolare frangente storico, in cui sono state formulate, ma anche della necessità di adattare le medesime al peculiare contesto della Pubblica Amministrazione, la quale è sempre, ed in modo nettamente più oneroso rispetto al soggetto privato, obbligata a **motivare** le proprie decisioni.

Si tratta, come ovvio, di funzionalizzare la propria capacità di diritto privato al perseguimento di un pubblico interesse, funzionalizzazione che non può non emergere che da una congrua motivazione.

L'applicazione del principio costituzionale di solidarietà illumina anche la vicenda emergenziale anche in ambito contrattuale

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

84

Le prime pronunce in tema di contratti di locazione commerciale colpiti dalla contingenza sanitaria

l'ordinanza del Tribunale di Roma, Sez. VI, 27 agosto 2020, n. 29683 avente ad oggetto un contratto di locazione di immobile commerciale adibito a ristorazione.

- In via cautelare, il Tribunale ha infatti disposto la riduzione del canone di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio, e del 20% da giugno 2020 a marzo 2021, oltre alla sospensione della garanzia fideiussoria.
- Il Tribunale ha ritenuto che la crisi economica cagionata dalla pandemia e la chiusura forzata delle attività commerciali devono qualificarsi quale *"sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale"*. In particolare, nel caso delle locazioni commerciali, il contratto è stato stipulato sul presupposto di un impiego dell'immobile per l'effettivo svolgimento di attività produttiva.

Relazione della Corte di Cassazione (Cass. Civile, Relazione n. 56 dell'8 Luglio 2020),

- al ricorrere di determinate circostanze, da valutarsi in concreto e caso per caso, sarebbe possibile procedere alla rinegoziazione dei contratti.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

85

Il dato normativo

art. 91 del d.l. 18/2020 (cd. Cura Italia)

"Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto (ndr riferito al d.l. 23 febbraio 2020, n. 6) è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardo o omessi adempimenti".

La disposizione individua espressamente il rispetto delle misure di contenimento previste dalla decretazione di urgenza come elemento rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina generale codicistica della "forza maggiore", intesa quale circostanza non imputabile al debitore, idonea a escludere la responsabilità da inadempimento.

l'art. 216 del d.l. n. 34/2020

in ragione della sospensione delle attività sportive nel periodo dell'emergenza, ha conferito un diritto alla rinegoziazione al concessionario di impianti sportivi pubblici, a pena di recesso dal rapporto in corso.

• Le norme evidenziano la possibile influenza dell'emergenza pandemica sui rapporti sinallagmatici, in quanto evento potenzialmente esulante dall'alea a carico del debitore e del rischio di impresa.

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

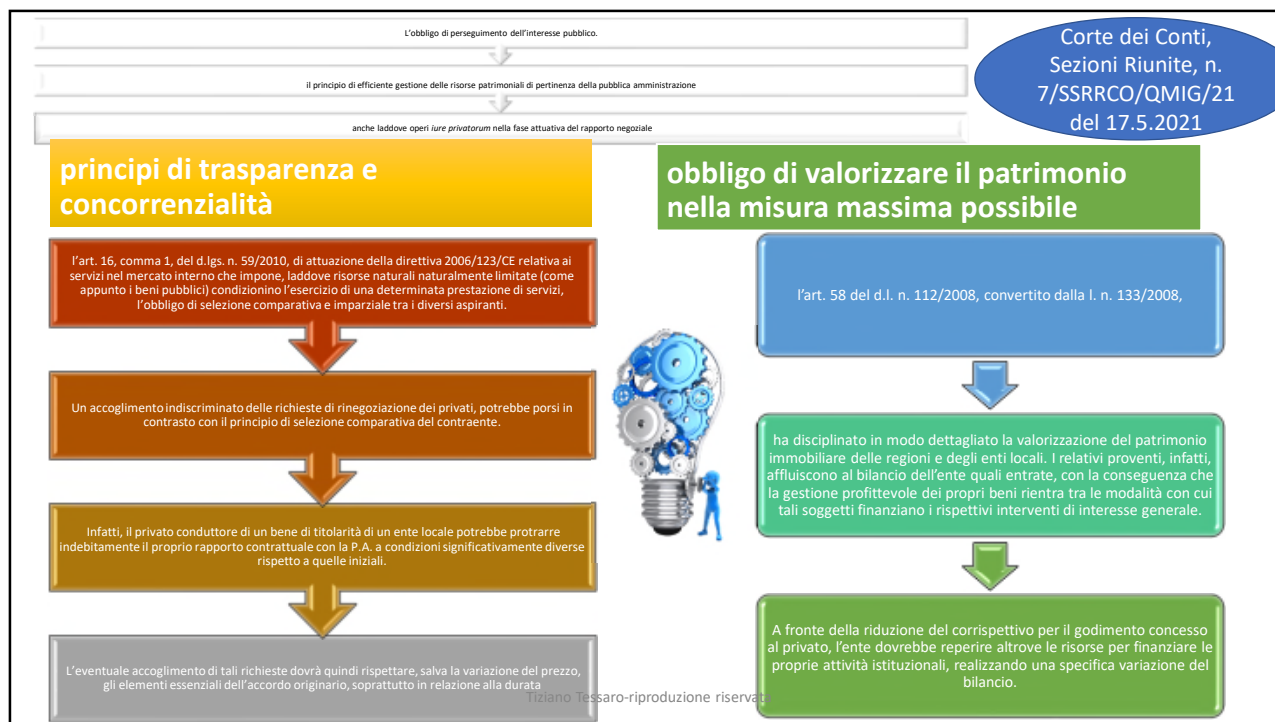
86



LA RISPOSTA DELLE SSRR DELLA CORTE DEI CONTI

Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

87



88

Gli alert della Corte dei conti

Corte dei Conti, Sezioni Riunite, n.
7/SSRRCO/QMIG/21 del
17.5.2021



89



Tiziano Tessaro-riproduzione riservata

90