Finanziaria 2005: la disciplina delle variazioni di prezzo relative ai materiali da costruzione.

25 Febbraio 2005

1. DESCRIZIONE GENERALE DEL CONTENUTO DELLA NUOVA DISCIPLINA

La disposizione contiene alcune integrazioni all`art. 26 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, concernente la disciplina economica dell`esecuzione dei lavori pubblici (**allegato 1**).

In particolare, il legislatore ha inteso introdurre, in aggiunta allo strumento del c.d. "prezzo chiuso"", di cui al precedente comma 4, un ulteriore meccanismo, che consente di ripristinare l`equilibrio economico nei rapporti contrattuali relativi all`esecuzione di un lavoro pubblico, laddove si siano verificati aumenti sensibili, a seguito di circostanze eccezionali, dei prezzi dei materiali da costruzione rispetto al momento di presentazione dell`offerta.

Al riguardo, la norma prevede che, qualora detti prezzi subiscano variazioni in aumento o in diminuzione superiori al 10%, rispetto al prezzo corrente nell`anno di presentazione dell`offerta, scatti un meccanismo di compensazione del corrispettivo di appalto, per la parte che eccede il 10% stesso.

La norma precisa che le variazioni percentuali annuali dei singoli prezzi dei materiali sono rilevate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, mediante proprio decreto da adottare entro il 30 giugno di ogni anno.

La compensazione, spettante all`appaltatore, si applica al prezzo dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni contabilizzate, nelle quantità accertate dal direttore dei lavori, nell`anno solare precedente a quello di rilevazione.

La disciplina descritta si applica ai lavori contabilizzati a partire dal 1° gennaio 2004. In sede di prima applicazione, il decreto da emanarsi entro il 30 giugno 2005 dovrà rilevare anche i prezzi vigenti nell`anno 2003; tali prezzi, infatti, costituiranno il riferimento per i lavori aggiudicati sulla base di offerte anteriori al 1° gennaio 2003.

Per quanto riguarda la copertura economica delle compensazioni, la disposizione prevede che siano utilizzate: 1) le somme appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, in misura non inferiore all`1 per cento del totale dell`importo dei lavori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e comunque fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti; 2) le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento ovvero per altri interventi già ultimati, nei limiti della relativa autorizzazione di spesa; 3) le eventuali ulteriori somme derivanti dai ribassi d`asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione in base alle norme vigenti.

Infine, viene imposto alle amministrazioni l`obbligo di aggiornare annualmente i propri prezzari. A partire dalla data di entrata in vigore della legge, i prezzari cessano di avere validità al 31 dicembre di ogni anno, con la possibilità di essere utilizzati comunque fino al 30 giugno dell`anno successivo per i progetti la cui approvazione sia intervenuta entro la medesima data. Qualora le amministrazioni non provvedano ad aggiornare i propri prezzari, questi possono essere aggiornati dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture di concerto con le regioni interessate.

La predetta disciplina richiede alcuni chiarimenti che si passa di seguito ad esporre relativamente ai punti di maggiore rilievo o di dubbia interpretazione.

2. I SINGOLI MATERIALI DA COSTRUZIONE

Innanzitutto, va rilevato che la nuova disciplina trova applicazione relativamente ad incrementi di prezzo, dovuti a circostanze eccezionali, di singoli materiali da costruzione oggetto dell`opera, indipendentemente dall`incidenza che tali materiali hanno rispetto all`importo complessivo dell`opera stessa.

Si tratta, perciò, in sostanza, di un meccanismo di portata assai più ampia di quello stabilito dall`art. 1664, comma 1 cod. civ. (dalla cui applicazione è peraltro esclusa la materia dei lavori pubblici, ai sensi dello stesso art. 26, comma 4 della legge n. 109/1994), che prevede il riequilibrio del corrispettivo dell`appalto, soltanto qualora gli aumenti del costo dei materiali o della manodopera siano stati tali da determinare l`aumento superiore al 10%, non del singolo materiale o della singola prestazione, bensì "del prezzo complessivo convenuto"". In buona sostanza, dunque, secondo la norma civilistica, in un appalto pari ad euro 100, il riequilibrio del prezzo scatta soltanto qualora l`incremento di costo del materiale sia tale da comportare un incremento del prezzo superiore ad euro 10 e per la parte eccedente appunto 10 euro.

Invece, la norma speciale in argomento svincola l`adeguamento del prezzo dal rapporto tra l`incremento di costo del singolo materiale ed il prezzo complessivo del contratto e lo ancora esclusivamente alla variazione di prezzo del singolo materiale, in sè e per sè considerato, a prescindere dalla sua incidenza sull`importo globale dei lavori.

Così, nell`esempio prima fatto, se il singolo materiale pari ad 1 euro (in un appalto il cui corrispettivo è 100 euro) subisce un incremento di euro 0,20, per effetto di circostanze eccezionali, all`appaltatore compete il riequilibrio dell`appalto nella misura di euro 0,10, nella misura cioè corrispondente alla percentuale eccedente il 10% dell`incremento del costo di quel singolo materiale.

Come si vede, relativamente all`esempio ora fatto, in base alla disciplina dell`art. 1664, comma 1 c.c. l`appaltatore non potrebbe vantare alcun diritto, mentre secondo la disciplina in esame ha diritto al riequilibrio del prezzo, visto che detta disciplina fa riferimento solo ed esclusivamente all`incremento di prezzo del singolo materiale costituente l`appalto, indipendentemente dall`importo complessivo dell`appalto medesimo.

3. L`ECCEZIONALITà DELLE CIRCOSTANZE

La disposizione di cui al comma 4 bis, come si è visto, accorda l`adeguamento del prezzo del singolo materiale, solo allorchè l`incremento di questo sia derivato da "circostanze eccezionali"".

Sorge, perciò, il problema interpretativo, consistente nello stabilire in cosa consistano le "circostanze eccezionali"", quando ricorrano e quali caratteristiche debbano avere ai fini dell`applicabilità della norma.

Mutuando alcuni principi delineati dalla dottrina civilistica e dalla giurisprudenza, sembra possibile affermare che l`eccezionalità dell`evento ricorra in presenza di due requisiti coesistenti, il primo di carattere soggettivo, il secondo oggettivo e cioè:

a) l`imprevedibilità dell`evento: deve, cioè, trattarsi di evento tale che l`appaltatore non fosse in grado di poter prevedere, pur con la diligenza professionale connessa alla sua attività (art. 1176, comma 2 cod. civ.);
b) lo scostamento significativo rispetto agli incrementi medi del prezzo di quel materiale: tale requisito ricorre, senz`altro, per effetto dell`espressa previsione legislativa, quando l`incremento ecceda il 10% rispetto al prezzo rilevato dal Ministero con riferimento all`anno di presentazione dell`offerta, fatte salve le precisazione di cui al paragrafo 4.3.

4. L`INCREMENTO DEL 10%

Ai fini dell`accertamento della ricorrenza dei presupposti necessari a far scattare l`adeguamento nel prezzo del materiale, la legge prevede un particolare meccanismo incentrato su rilevamenti annuali dei prezzi effettuati da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Quest`ultimo,

in sostanza, entro il 30 giugno di ogni anno, a partire dal giugno 2005, deve rilevare con proprio decreto le variazioni percentuali dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi intervenute nell`anno solare precedente.
Il meccanismo previsto dal legislatore richiede alcuni chiarimenti.

4.1. I dati del raffronto

Un primo problema consiste nel comprendere su quali dati debba essere fondata la predetta variazione percentuale annuale.
Sono possibili due ipotesi interpretative:

a)che la variazione debba fare riferimento al prezzo medio del materiale di ogni anno, e perciò alla variazione tra il prezzo medio del 2004 e il prezzo medio del 2005;

b)che la variazione debba contenere gli accertamenti di ciascun mese di un anno rispetto al corrispondente mese dell`anno precedente, e perciò nell`esempio fatto di ciascun mese dell`anno 2005 rispetto al corrispondente mese dell`anno 2004.

Ove si adotti il meccanismo sub b), si ottengono adeguamenti nel prezzo dei materiali corrispondenti alla reale e concreta situazione subita dall`appaltatore, in relazione al momento di esecuzione dei lavori ed al connesso impiego dei materiali.
Se si procede in tal modo, il decreto dovrebbe contenere un`articolata esposizione delle variazioni percentuali di ciascun mese rispetto al corrispondente mese dell`anno precedente.
A questo punto, il *dies a quo* del raffronto dovrebbe essere il mese di presentazione dell`offerta e la percentuale da riconoscere, nel caso di eventi eccezionali, quella tra detto mese di presentazione dell`offerta ed il mese dello stato di avanzamento interessato dalla variazione.
Tuttavia, tale meccanismo comporta che l`adeguamento sia dato esclusivamente sulle partite contabilizzate successivamente al mese o ai mesi interessati dall`evento e non anche a quelle contabilizzate nei mesi precedenti.
Peraltro, non si può disconoscere che la norma sul piano letterale sembra privilegiare il meccanismo del prezzo medio annuale sopra indicato sub a).
Infatti, la disposizione di cui al comma 4 ter stabilisce che la percentuale di variazione, eccedente il 10%, va applicata al prezzo del materiale che ha subito l`aumento, impiegato nelle lavorazioni "contabilizzate nell`anno solare precedente al decreto"".
Il tenore letterale della norma induce a sostenere che l`aumento debba essere concesso su tutte le partite contabilizzate all`interno dell`anno solare interessato, indipendentemente dalla considerazione del mese o dei mesi in cui si è verificato l`evento. Così, per esempio, se l`aumento ha avuto luogo nel mese di giugno 2004, tale aumento, secondo la predetta lettura, dovrebbe essere accordato anche sulle contabilizzazioni intervenute anteriormente, e cioè tra gennaio e giugno.
Tale modalità di applicazione risulta aderente al testo letterale della disposizione e, laddove si ritenga di condividerla, presuppone l`adozione del meccanismo della variazione percentuale annuale media. Il Ministero, cioè, dovrebbe calcolare la variazione percentuale media intervenuta nell`anno precedente, mediando perciò con l`aumento dipendente dall`evento eccezionale gli aumenti o le diminuzioni, sia antecedenti sia successivi all`evento intervenuto nell`anno, ed ottenendo così un valore percentuale medio da applicare a tutte le contabilizzazioni intervenute nell`anno stesso.
Per quanto concerne l`ambito territoriale, appare ragionevole auspicare che le rilevazioni tengano conto delle situazioni oggettivamente intervenute in ciascuna regione, e ciò per un doppio ordine di considerazioni.
In primo luogo, perchè è possibile, sia pure in casi del tutto particolari, che un determinato evento eccezionale produca aumenti di costo considerevoli soltanto in una o più regioni.
In secondo luogo, perchè è possibile che la stessa circostanza eccezionale, con efficacia causale sull`intero territorio nazionale produca però effetti diversificati dal punto di vista quantitativo da regione a regione.
Si ritiene poi necessario che gli organismi che verranno deputati dal ministero a procedere alle rilevazioni debbano tenere nella dovuta considerazione, secondo le direttive che saranno loro impartite, non soltanto i propri autonomi rilevamenti, ma anche quelli oggetto dei listini di organi ufficiali più autorevoli operanti nel territorio ovvero riconosciuti a livello nazionale (esempio, per i materiali siderurgici, la Camera di commercio di Brescia, generalmente ritenuto organo della massima attendibilità).

4.2. Il caso del prezzo onnicomprensivo di una lavorazione, di cui il materiale è una soltanto delle componenti

Può accadere che, nell`ambito di un appalto, l`elenco prezzi contrattuale stabilisca il prezzo del singolo specifico materiale oggetto successivamente di incrementi; in tal caso, l`applicazione del meccanismo *de quo* risulta estremamente semplice, poichè si tratterà di applicare la percentuale di incremento rilevata dal Ministero al prezzo contrattuale.
Nella maggior parte dei casi, invece, il prezzo del singolo materiale costituisce una componente di un prezzo contrattuale più onnicomprensivo; in tal caso, sorge il problema di scorporare e quantificare il prezzo del singolo materiale rispetto al prezzo di cui esso è singola, specifica componente.
Il problema, in tal caso, trova agevole soluzione, con il ricorso alle analisi di prezzo che, come è noto, oggi generalmente formano parte integrante di ogni progettazione: attraverso l`analisi, pertanto, risulta possibile rilevare la percentuale di incidenza del singolo materiale rispetto al prezzo contrattuale più generale e, perciò, stabilirne l`esatta entità ai fini del suo adeguamento.
Qualora, invece, non sia possibile avvalersi della specifica analisi del prezzo potrà farsi ricorso a nuove regolari analisi redatte dal direttore dei lavori ed approvate dal responsabile del procedimento, in analogia a quanto previsto per la determinazione dei nuovi prezzi, ai sensi dell`art. 136 comma 1 lettera c) del DPR n. 554/1999.
Relativamente al *quantum*, sono ipotizzabili due modalità:

1)si può ritenere, in aderenza al tenore letterale della norma, che l`adeguamento vada applicato sul **prezzo a base di appalto**, e perciò sul prezzo al lordo del ribasso offerto dall`aggiudicatario.

Tale impostazione trova il suo fondamento giuridico nella considerazione che il ribasso (sia in termini di ribasso percentuale sull`importo a base d`asta, sia in termini di offerta a prezzi unitari) fu a suo tempo formulato nel presupposto della invariabilità dei costi, o quantomeno della loro variabilità prevedibile in ragione del normale andamento inflattivo. In questi termini, sembra poter trovare piena applicazione il principio della manifestazione di volontà negoziale "*rebus sic stantibus*", per cui in presenza di un evento eccezionale sopravvenuto il presupposto giustificativo del ribasso a suo tempo offerto viene meno e l`adeguamento va riconosciuto in misura piena sulla base della nuova situazione determinatasi;

2)un sistema alternativo, che ha il pregio di evitare incertezze e di omogeneizzare l`entità del compenso indipendentemente dall`importo del prezzo di progetto, potrebbe essere il seguente:

–applicazione della percentuale dell`incremento di prezzo, depurata del 10%, alla quantità di materiale effettivamente impiegata nelle lavorazioni contabilizzate, moltiplicata per il prezzo del materiale **rilevato dal decreto ministeriale al momento dell`offerta.**

In tal modo, infatti, si può evitare il problema sopra visto delle analisi di prezzo, eventualmente necessarie per individuare il prezzo del materiale rispetto al prezzo contrattuale onnicomprensivo.
Così, ad esempio, supponendo che il prezzo medio di un materiale, rilevato dal decreto nell`anno di presentazione dell`offerta, sia 100 Euro e nell`anno di contabilizzazione dei lavori si sia registrato un incremento pari al 30%, l`aumento che dà luogo a compensazione è pari a Euro 20 che, in termini assoluti, corrisponde alla percentuale di aumento depurata del 10% (in altri termini, si prescinde dal prezzo oggetto dell`offerta e si tiene conto in valore assoluto del prezzo rilevato dal decreto al momento dell`offerta stessa e del suo incremento).
A questo punto occorrerà moltiplicare il valore assoluto 20 per le quantità di materiale effettivamente contabilizzato (es. 1.000 kg. di acciaio x Euro 20 = Euro 20.000).
Il testo della riserva, relativa a tale modalità di quantificazione è contenuto all`**allegato 2.**
Può accadere che le quantità di materiale non risultino direttamente dal registro di contabilità, in quanto il materiale stesso è ricompreso in una

lavorazione più ampia (es. acciaio nell`impalcato). In tal caso, occorrerà che il direttore dei lavori stabilisca l`incidenza del materiale sulla lavorazione, ricavandola dai disegni costruttivi.

4.3. La variazione percentuale ed il cumulo delle variazioni

Un ulteriore problema consiste nello stabilire cosa avvenga, qualora la variazione eccedente il 10% abbia luogo in un determinato anno e tale incremento permanga anche negli anni di successiva esecuzione dei lavori.

In tal caso, è da ritenere che l`incremento debba essere dato su tutti gli stati di avanzamento successivi all`anno in cui ha avuto luogo l`evento eccezionale, e perciò anche sugli stati di avanzamento ricadenti negli anni successivi al primo. Ciò perchè, sul piano logico, una volta prodottosi l`incremento anomalo del prezzo del materiale, non può negarsi che esso riverberi i suoi effetti su tutti i lavori successivamente eseguiti, a prescindere dall`anno in cui cadono gli stati di avanzamento successivi all`evento.

Così, per esempio, qualora nell`anno 2004, per un determinato materiale, si sia avuto l`aumento del 12%, e nel 2005 un ulteriore aumento del 12%, il differenziale del 4% dovrà essere riconosciuto su tutti i lavori contabilizzati negli anni successivi comprendenti quel materiale.

Altro problema è se più eventi eccezionali, ciascuno determinante un incremento inferiore al 10%, ma la cui somma ecceda il 10%, possano essere cumulati ai fini del riconoscimento dell`eccedenza.

Così per esempio, se nel 2004 ha avuto luogo un incremento eccezionale dell`8% e nel 2005 altro incremento eccezionale dell`8%, sorge il problema se tali due eventi eccezionali siano cumulabili ai fini del riconoscimento sul prezzo del materiale dell`eccedenza rispetto al 10%, e perciò del 6%.

Alla questione, sul piano logico giuridico, si ritiene debba darsi risposta affermativa, in ragione della sostanziale assimilabilità ad un unico evento eccezionale, comportante di per sè solo un`immediata variazione superiore al 10%, di più eventi eccezionali che cumulati determinano un effetto analogo.

A questo punto, sorge però il problema di stabilire quando un determinato evento, pur comportando un incremento inferiore al 10%, possa essere considerato eccezionale, ai fini dell`applicabilità della disposizione nel senso suddetto; nell`esempio fatto, su quali presupposti i due successivi incrementi, pari all`8% ciascuno, possano essere ritenuti eccezionali, e perciò cumulati.

Sembra potersi enunciare il criterio di massima in base al quale un evento, pur non determinando un incremento superiore al 10%, può essere considerato eccezionale, allorchè determini una variazione sensibile, e perciò oggettivamente imprevedibile. In altri termini, risultano indispensabili due elementi:

a)che l`evento abbia il carattere dell`eccezionalità, e cioè esuli dalla prevedibilità, e consista in fatti del tutto anomali rispetto al normale, medio andamento dei prezzi di mercato;

b)che la variazione, pur essendo inferiore al 10%, si scosti in misura sensibile dai dati prevedibili.

Un possibile criterio per dare omogenea applicazione alla modalità di cui alla presente lettera b) potrebbe essere quello di considerare comunque eccezionale, ed in quanto tale cumulabile con i precedenti incrementi ai fini del raggiungimento dell`aliquota del 10%, gli incrementi che nel singolo anno siano risultati superiori al tasso di inflazione programmata di una percentuale predeterminata, che per esempio potrebbe essere stabilita nella misura del 2%. Così, per esempio, se il tasso di inflazione programmata nell`anno è del 2%, dovrebbe essere considerato eccezionale l`evento che determini un aumento del costo del materiale superiore al 4%.

Sorge, infine, il problema di verificare se, una volta accertata la sussistenza di un evento eccezionale tale da non determinare di per sè l`adeguamento, il relativo incremento, ai fini del raggiungimento del 10%, debba essere sommato con gli incrementi degli anni precedenti, non aventi carattere di eccezionalità.

Al quesito sembra doversi dare risposta affermativa, sulla base della considerazione logica che ciò che rileva è l`eccezionalità del singolo evento, sicchè una volta accertato che questo abbia determinato un sensibile incremento del prezzo, ancorchè inferiore al 10%, appare ragionevole sommarne l`entità agli incrementi degli anni precedenti, onde far acquistare all`evento eccezionale rilevanza concreta, sul piano pratico dell`adeguamento del prezzo, che altrimenti non avrebbe.

In ogni caso, una volta riconosciuto il diritto all`adeguamento questo compete anche per le contabilizzazioni degli anni successivi, sempre che non si verifichino diminuzioni in compensazione tali da neutralizzare l`aumento precedentemente intervenuto.

4.4. L`adeguamento del prezzo di materiali non contenuti in elenco

Il decreto del Ministero, secondo la dizione del comma 4 quater deve contenere i rilevamenti dei prezzi “dei materiali da costruzione più significativi””. Viene da chiedersi se con tale disposizione la norma abbia voluto escludere dalla disciplina dell`adeguamento del prezzo i materiali non contenuti nel decreto.

A tale domanda, sembra doversi dare risposta negativa, per l`elementare considerazione che non avrebbe senso logico applicare la disciplina in argomento ad alcuni materiali, escludendone altri.

Ciò porta alla conclusione che, nel caso in cui dovessero verificarsi incrementi dei prezzi superiori al 10% di materiali non contenuti nel decreto, anche per questi debba essere riconosciuto l`adeguamento pari all`eccedenza rispetto al 10%, attraverso due possibili meccanismi, non previsti dalla norma, ma enunciabili sulla scorta dei principi generali, e cioè:

1)applicando analogicamente gli incrementi rilevati relativamente a materiali assimilabili a quelli non previsti;

2)richiedendo al Ministero l`integrazione del decreto con il rilevamento dell`incremento del materiale non contemplato e consentendo, nelle more, il raffronto tra il prezzo previsto nel prezzario di riferimento della stazione appaltante relativo all`anno dell`offerta ed il prezzo relativo all`anno di contabilizzazione dei lavori.

5. LA COPERTURA FINANZIARIA

Serie perplessità solleva la disposizione di cui al comma 4 sexies, secondo cui, per far fronte alle esigenze di adeguamento del prezzo, per effetto dell`aumento del costo dei materiali dovuto a circostanze eccezionali, possono essere utilizzate somme previste nel quadro economico di ogni singolo intervento, e cioè:

1.le somme accantonate per imprevisti (in misura non inferiore all`1% dell`importo a base d`asta);

2.eventuali ulteriori somme a disposizione dell`amministrazione;

3.le economie conseguenti ai ribassi d`asta.

è poi stabilito che possono essere utilizzate dall`ente appaltante somme relative ad altri interventi, allorchè, dopo l`ultimazione dei lavori, per qualsivoglia circostanza (per esempio, a seguito dello stralcio di alcuni lavori ovvero per economie, in un appalto a misura, risultanti da minori contabilizzazioni), risultino residui di spesa non utilizzati.

In sintesi, perciò, l`ente appaltante può far fronte agli oneri in argomento con le somme a disposizione (nelle tre forme sopra dette) relative ad ogni singolo intervento, nonchè con le eventuali economie ottenute su altri interventi.

In definitiva, nell`ottica legislativa, agli oneri connessi all`adeguamento del prezzo deve farsi fronte “senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica””.

Come prima si è detto, tale assetto normativo solleva qualche dubbio di costituzionalità, visto che, di fatto, fa dipendere la possibilità di far fronte all`adeguamento del prezzo da circostanze casuali e, per di più, non assicura la copertura totale dell`adeguamento, calcolato in base alle precedenti disposizioni della norma.

Così per esempio, ove si consideri il fenomeno dell`aumento del prezzo del ferro intervenuto nel corso dell`anno 2004, possono avere luogo ipotesi sperequative, in relazione a circostanze casuali, e cioè che:

a.per un determinato intervento, non residuino somme disponibili, essendo state queste già utilizzate per altre esigenze. In tal caso si crea un`inammissibile sperequazione tra tale intervento, per il quale non sussistono le risorse per far fronte all`adeguamento ed altri interventi,

per i quali invece la disponibilità sussiste;

b. le somme disponibili coprano soltanto in parte gli oneri di adeguamento economico. Anche in tal caso la sperequazione con gli altri interventi è evidente;

c. nell`attività di un determinato ente appaltante risultino disponibili residui di spesa, non utilizzati per altri interventi, che consentano di far fronte all`adeguamento, mentre per altri enti tale disponibilità su altri interventi non abbia luogo, determinandosi anche in tal caso una evidente disparità di trattamento, basata su fatti del tutto casuali.

In base a quanto detto, non ci si può esimere dal rilevare profili di incostituzionalità della disposizione, sia in relazione al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe (art. 3 Cost.), sia in relazione all`esigenza di imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).

In sostanza, non appare ammissibile che la realizzazione di un diritto soggettivo patrimoniale venga subordinata alla circostanza casuale della sussistenza, nel singolo caso, di somme disponibili perchè non preventivamente usate. In altri termini, una volta che l`ordinamento configura un diritto soggettivo, la realizzazione di questo non può incontrare limitazioni di sorta e tanto meno limitazioni connesse a fatti casuali, che diano luogo a diversità di trattamento rispetto a situazioni sostanzialmente identiche.

Aldilà, comunque di tali profili, occorre stabilire in quale momento il diritto soggettivo sorge e quali effetti giuridici da questo momento si producano sul piano pratico.

In ordine al primo problema, si può ritenere che il diritto soggettivo sorga direttamente per effetto del verificarsi dell`evento eccezionale, ma divenga efficace, e perciò azionabile, a seguito dell`emissione del decreto ministeriale che accerta l`avvenuta variazione del prezzo dei materiali in misura eccedente il 10% rispetto alla presentazione dell`offerta.

A partire dall`emissione del decreto, è perciò da ritenere che tutte le predette somme accantonate nel quadro economico dell`intervento, nonchè nel quadro economico degli altri interventi, esclusi i ribassi d`asta per i quali sia prevista una diversa destinazione da parte delle norme vigenti, debbano restare vincolate al soddisfacimento dell`onere relativo all`adeguamento del prezzo.

Problema delicato è quello concernente i comportamenti che le amministrazioni devono tenere, in ordine all`impegno delle somme a disposizione, nel periodo successivo al verificarsi dell`evento eccezionale (che generalmente costituisce fatto notorio) e l`emissione del decreto, che accerta la variazione determinata dall`evento stesso.

In tale periodo, è da ritenere che le amministrazioni, sulla scorta dei principi di buona fede che devono ispirare l`esecuzione del contratto, ai sensi dell`art. 1375 cod.civ., debbano astenersi dall`impegnare somme a disposizione, fatti salvi i casi di inderogabile necessità di utilizzazione dei fondi per l`esigenza di completare i lavori e rendere funzionale l`opera.

6. LE POSSIBILI INIZIATIVE PER LA TUTELA DEL DIRITTO

Un primo problema concerne l`ipotesi in cui, pur essendosi verificato l`evento, il Ministero competente non emetta il decreto ovvero, nell`emetterlo, incorra in una manifesta illogicità o in una erronea considerazione dei presupposti.

In tal caso, qualsiasi soggetto interessato, in quanto titolare di un contratto in corso relativamente al quale l`aumento di costo del materiale determini il diritto all`adeguamento del relativo prezzo, può adire il Tribunale amministrativo del Lazio, onde ottenere l`emissione del decreto ovvero l`emissione di un decreto immune da vizi.

Sotto il profilo civilistico, è da ritenere che, allorchè sorga il diritto all`adeguamento, questo non sia subordinato all`onere di preventiva iscrizione di riserva negli atti contabili. Ciò perchè tale onere concerne fatti coinvolti o comunque connessi alle contabilizzazioni eseguite, mentre l`adeguamento del prezzo in questione, al pari degli interessi ed al pari dell`ormai abrogato istituto della revisione prezzi, esula dalla contabilizzazione in senso stretto, poichè attiene a fatti del tutto estrinseci ad essa.

Tuttavia, considerate le oscillazioni in passato della giurisprudenza e la delicatezza e novità della questione, ed inoltre in attesa del formarsi di una nuova specifica giurisprudenza sul punto, allorchè si verifichi un evento eccezionale che determini incrementi dei prezzi che possano dar luogo al diritto all`adeguamento, gli appaltatori potranno formulare sul registro di contabilità apposita riserva, e ciò anche per la finalità di informare tempestivamente l`amministrazione in modo da indurla a preservare le somme a disposizione, in vista delle possibili future esigenze finanziarie.

In tale ottica cautelativa, è consigliabile la formulazione della riserva sul registro di contabilità in occasione della sua sottoscrizione immediatamente successiva al manifestarsi del carattere lesivo dell`evento e della sua rilevanza tale da far scattare il meccanismo dell`adeguamento del prezzo; e poichè, come è noto, il registro di contabilità viene sottoscritto dall`appaltatore in occasione dell`emissione di ogni stato di avanzamento lavori, è opportuno che la riserva sia esplicata in occasione del primo stato di avanzamento immediatamente successivo al manifestarsi della rilevanza causale dannosa dell`evento.

Per quanto poi concerne, in particolare, il problema dell`aumento del prezzo del ferro intervenuto nel corso del 2004, non si può ritenere che la riserva dovesse essere iscritta necessariamente prima dell`introduzione della disciplina sull`adeguamento del prezzo; ciò per l`ovvia considerazione che, anteriormente all`introduzione di tale nuovo meccanismo, gli appaltatori non potevano vantare alcun diritto soggettivo patrimoniale, sicchè l`onere di iscrizione di riserva, a fronte di un diritto patrimoniale inesistente, non poteva ritenersi operante.

Oggi, invece, su determinati presupposti quel diritto è stato riconosciuto con una disciplina ad efficacia retroattiva, per cui, sempre a titolo cautelativo, è consigliabile che gli appaltatori quantifichino l`adeguamento a cui ritengono di avere diritto e formulino la riserva sugli atti contabili in occasione della prima sottoscrizione del registro di contabilità immediatamente successiva all`entrata in vigore della nuova disciplina, e cioè a partire dal 1° gennaio 2005.

Infine, per quanto riguarda la tutela giurisdizionale del privato per la soddisfazione del credito nei casi in cui l`evento eccezionale abbia avuto luogo ed il decreto ministeriale sia stato emesso, ma, ciò nonostante l`amministrazione non adempia alla propria obbligazione, è da ritenere che la competenza spetti al giudice ordinario (ovvero al collegio arbitrale nei casi in cui sussista clausola compromissoria), vertendosi in materia di diritti soggettivi.

Al riguardo, a parte l`ordinaria causa di cognizione da instaurare con l`atto di citazione, è da ritenere che, ove l`appaltatore nutra un fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, possa chiedere al giudice un sequestro conservativo sulle somme disponibili per far fronte all`onere relativo, ai sensi dell`art. 671 c.p.c., e ciò sia in corso di causa, sia preventivamente all`instaurazione della stessa, che comunque va iniziata nei trenta giorni successivi o nel termine inferiore stabilito dal giudice (art. 669 octies, comma 1 c.p.c.).

Peraltro, va ricordato che l`ottenimento del sequestro conservativo presuppone l`accertamento del requisito del “periculum in mora””, requisito che non discende direttamente dal mero rifiuto ad adempiere, ma che richiede comportamenti dell`amministrazione debitrice che rendano verosimile l`eventualità di un depauperamento delle somme a disposizione per la soddisfazione di tale credito, e perciò atti con i quali l`amministrazione abbia disposto o manifestato l`intendimento di disporre ad altri fini delle medesime somme. è però da richiamare anche una certa tendenza giurisprudenziale, che consente il sequestro conservativo anche esclusivamente sulla base di elementi oggettivi inerenti la capacità patrimoniale del debitore in rapporto all`entità del credito; su tale presupposto, ove le somme a disposizione siano esigue o addirittura inferiori al credito vantato, è sostenibile la tesi secondo cui tale situazione di per sè legittimi il provvedimento sequestrativo.

7. IL PROBLEMA DEGLI APPALTI DI DURATA INFERIORE ALL`ANNO

La dizione del comma 4 bis sembrerebbe concepita con riguardo specifico agli appalti pluriennali, rispetto ai quali il decreto del Ministero accerti le variazioni intervenute nell`anno precedente.

Si pone, pertanto, il problema degli appalti di durata inferiore all`anno, relativamente ai quali non sembra equo riconoscere l`intera variazione del prezzo medio intervenuta.

Sennonchè, per tale situazione, risulterebbe altrettanto iniquo non accordare l`adeguamento agli appalti che abbiano avuto inizio e termine nello stesso anno, ove nel corso dell`appalto stesso, sia intervenuto l`evento eccezionale che ha dato luogo all`aumento del prezzo. Si pensi, per esempio,

ad un appalto la cui offerta sia stata formulata nel mese di gennaio e la cui esecuzione abbia poi avuto termine nel mese di novembre dello stesso anno, dopo il verificarsi nel mese di giugno di un evento eccezionale, che abbia dato luogo all`aumento del prezzo di un materiale. In tal caso, un`applicazione rigida e letterale delle disposizioni in argomento potrebbe condurre alla conclusione che tale appalto non goda del beneficio dell`adeguamento.
Peraltro, tale conclusione stride all`evidenza con elementari principi di equità e parità di trattamento rispetto a situazioni analoghe. Di conseguenza, un`interpretazione logica ed estensiva delle disposizioni può ragionevolmente condurre alla conclusione che anche per tali tipi di appalto il beneficio dell`adeguamento debba trovare applicazione.
Il meccanismo dovrebbe essere quello del riconoscimento sull`intero importo contabilizzato nell`anno dell`incremento medio (e cioè intervenuto tra gennaio e dicembre) eccedente il 10%, in misura proporzionale alla durata dell`appalto (esempio: incremento 12%; appalto 10 mesi; riconoscimento 2% rapportato a 10 mesi, e perciò riconoscimento dell`aliquota dell`1,66%).

8. IL PROBLEMA DEI COLLAUDI INTERVENUTI PRIMA DELL`EMANAZIONE DEL DECRETO MINISTERIALE

Problema di particolare delicatezza è il caso di un appalto, nel corso della cui esecuzione abbia avuto luogo l`aumento del prezzo dei materiali per effetto di circostanze eccezionali, ma il cui collaudo sia stato perfezionato prima dell`emanazione del decreto ministeriale che abbia accertato l`aumento.
Un`interpretazione formalistica delle disposizioni in materia condurrebbe ad escludere tale ipotesi dall`ambito di applicabilità della disciplina in argomento, essendo il collaudo l`atto finale conclusivo dell`appalto. Peraltro, anche in tal caso evidenti ragioni di equità sostanziale impongono un`interpretazione fondata su argomenti sostanziali e logici, che tra l`altro trovano un serio fondamento giuridico.
Ciò che si vuol dire è che il diritto all`adeguamento sorge per effetto dell`aumento dovuto a circostanze eccezionali, ma il suo esercizio resta condizionato nell`efficacia all`emanazione del decreto, che pertanto viene a configurarsi come una *condicio iuris* con efficacia non costitutiva, bensì dichiarativa di una situazione precedentemente perfezionatasi. Su tale presupposto, una volta verificatasi detta *condicio iuris* la stessa rende efficace un diritto precedentemente sorto, rendendo neutra la circostanza che, nel frattempo, sia intervenuto o meno il collaudo dei lavori.
Su tale presupposto, il diritto all`adeguamento sorge sia nel caso in cui il collaudo sia intervenuto dopo l`emanazione del decreto, sia nel caso in cui sia intervenuto prima dell`emanazione del decreto. Per tale seconda ipotesi, si pone il problema se il diritto all`adeguamento sorga anche per i casi in cui prima dell`emanazione del decreto abbia avuto luogo non solo il collaudo provvisorio, ma anche il collaudo definitivo.
La risposta sembra poter essere affermativa. Infatti, come è noto, il collaudo provvisorio ha luogo con l`emissione del certificato di collaudo entro sei mesi dall`ultimazione e diviene definitivo con il decorso di due anni (più due mesi per l`approvazione). Tale lasso di tempo ha rilevanza sostanziale perchè al suo interno l`appaltatore risponde dei vizi dell`opera anche se essi erano riconoscibili al momento dell`appalto, purchè l`amministrazione ne faccia denunzia nel biennio.
è perciò il collaudo definitivo a concludere il procedimento e a stabilizzare la situazione giuridica, nel senso che a partire da esso viene meno la responsabilità dell`appaltatore per i vizi.
Peraltro, anche nei casi in cui il collaudo definitivo sia intervenuto prima dell`emanazione del decreto, qualora l`evento eccezionale abbia determinato effetti sull`appalto, si ritiene doversi concludere che l`adeguamento spetti, visto che a detti fini è ininfluente il momento del collaudo, mentre ciò che rileva è l`efficacia sostanziale dell`evento eccezionale intervenuto sui costi dei materiali nel corso dei lavori.

9. I PREZZIARI

Il comma 4 septies stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici debbano provvedere annualmente ad aggiornare i propri prezziari, adeguando i prezzi in essi contenuti alle mutate condizioni economiche del mercato.
La disposizione stabilisce tale obbligo in linea generale, e perciò per tutti i prezzi che generalmente trovano applicazione nei lavori dell`amministrazione appaltante, ma ne accentua l`esigenza e dunque l`obbligatorietà relativamente ai materiali destinati alle costruzioni che siano stati oggetto di significative variazioni, per effetto di particolari condizioni di mercato.
La stessa norma stabilisce poi che i prezziari cessano di avere validità allo scadere dell`anno in cui sono stati adottati, e perciò alla data del 31 dicembre, con l`unica deroga che possono essere transitoriamente utilizzati esclusivamente fino al 30 giugno dell`anno successivo per i progetti, la cui formale approvazione abbia avuto luogo entro tale data del 30 giugno.
Infine, è stabilito che, nel caso di inadempienza da parte delle amministrazioni appaltanti nell`aggiornamento dei propri prezziari secondo le modalità sopra dette, il ministero delle infrastrutture, di concerto con la regione competente, possa esercitare un potere sostitutivo adeguando d`ufficio il prezziario dell`ente inadempiente.
Problema di particolare rilevanza giuridica consiste nel verificare se la disposizione abbia inteso dettare esclusivamente norme di comportamento per le pubbliche amministrazioni (norme di azione) ovvero dettare norme di relazione da cui sorgono veri e propri diritti soggettivi per i privati.
Tale seconda lettura appare preferibile considerato che, diversamente, non si comprenderebbe il senso dell`obbligo per le amministrazioni di aggiornare i propri prezziari, nè la sanzione consistente nella cessazione di validità di questi allo scadere dell`anno.
Su tali presupposti, si può configurare un vero e proprio diritto soggettivo degli appaltatori all`aggiornamento dei prezziari, e perciò un vero e proprio diritto a che le amministrazioni pongano a base di gara prezziari aggiornati relativamente all`anno in corso (con l`unica deroga dell`utilizzabilità fino al 30 giugno dell`anno successivo).
Tale impostazione rileva sotto due profili: il primo attinente il regolare svolgimento del procedimento di gara; il secondo attinente l`esecuzione del contratto.
Sotto il primo aspetto, è sostenibile che nel caso in cui venga posto a base d`asta un prezziario non aggiornato, i soggetti interessati a partecipare alla gara possano impugnare gli atti a base di gara, facendo valere dinnanzi al Tribunale amministrativo competente il vizio di violazione di legge e richiedendo in tal senso l`annullamento del bando per illegittimità di un presupposto essenziale (il prezziario) su cui lo stesso viene fondato.
Sul piano civilistico, invece, qualora l`appaltatore sia risultato aggiudicatario ed abbia firmato il contratto, facendo affidamento sulla circostanza che il relativo prezziario fosse aggiornato, mentre successivamente accerta che quel prezziario era relativo ad anni precedenti, può fare valere la disposizione dell`art. 1338 cod. civ., secondo cui la parte (nel caso di specie l`amministrazione) che, conoscendo o dovendo conoscere l`esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizie all`altra parte (nel caso di specie l`appaltatore) è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.
L`applicabilità di tale disposizione prende le mosse dalla considerazione che il comma 4 septies pone alle amministrazioni una prescrizione cogente, la cui violazione, in altri termini, determina l`invalidità del contratto. La giurisprudenza, infatti, correttamente interpreta l`art. 1338 nel senso della sua applicabilità anche nei casi in cui la parte inadempiente non ha rilevato l`esistenza di una causa di invalidità anche per mera negligenza. Ne consegue che non può dubitarsi della negligenza dell`amministrazione relativamente ai casi in cui, in aperta violazione di una precisa norma legislativa, abbia omesso un adempimento assolutamente primario nella conclusione del contratto, quale è l`adeguamento del proprio prezziario.
Problema di particolare rilevanza è se, nel caso di inerzia dell`amministrazione nell`aggiornamento dei prezziari, ovvero di omissione del potere sostitutivo da parte del ministero delle infrastrutture, i soggetti interessati alla partecipazione alle gare dell`ente abbiano strumenti giuridici per ottenere l`adempimento da parte dell`amministrazione.
Al riguardo, sembra potersi dare risposta affermativa ricorrendo, nel caso specifico, tutti i presupposti del silenzio-inadempimento, che sussiste nei casi in cui il ritardo nell`adozione di un atto sia ingiustificato. Nel nostro caso, alla scadenza del termine del 30 giugno, è possibile da parte degli interessati (ed è da ritenere anche delle associazioni di categoria) la proposizione di apposito ricorso al Tar, per ottenere da questo un ordine di emissione del provvedimento omesso (l`aggiornamento del prezziario) e, nel caso di ulteriore inadempimento, la nomina di un commissario ad acta.

10. I RITARDI NELLA CORRESPONSIONE DELL`ADEGUAMENTO DEL PREZZO

L`adeguamento del prezzo per effetto dell`aumento del costo dei materiali può essere assimilato a tutti gli effetti al corrispettivo contrattuale, essendo un effetto legale mirato appunto alla maggiorazione di detto corrispettivo in ragione del verificarsi di eventi obiettivi di carattere eccezionale. La sostanziale assimilabilità dell`adeguamento del corrispettivo al corrispettivo medesimo sembra poter determinare l`applicabilità al primo della medesima disciplina, che il capitolato generale, agli artt. 29 e 30, stabilisce per il secondo, relativamente ai ritardi nei pagamenti.
L`applicabilità di tali norme comporta, come noto, un primo periodo di franchigia, un secondo periodo del ritardo nel quale sono dovuti gli interessi al tasso legale ed, infine, nel caso di ulteriore ritardo, un terzo periodo, nel quale sono dovuti gli interessi moratori al tasso stabilito annualmente dal ministero delle infrastrutture, ai sensi dell`art. 26, comma 1 della legge n. 109/1994.
Sorge il problema circa il momento di decorrenza del primo termine, e cioè quello di franchigia, che relativamente al pagamento degli acconti, viene fatto decorrere dalla maturazione dello stato di avanzamento dei lavori, e cioè dal momento in cui, in base ai registri contabili, viene raggiunto l`importo contrattualmente stabilito per l`emissione di tale documento.
Applicando analogicamente tale principio al nostro caso, sembra potersi sostenere che, immediatamente dopo l`emissione del decreto l`amministrazione debba emettere un SAL relativo all`adeguamento del prezzo dei materiale, con specificazione delle quote di incidenza del materiale sulle intere lavorazioni oggetto dello stesso SAL, e successivamente procedere all`emissione del certificato di pagamento ed al relativo pagamento. Il *dies a quo*, perciò, può ragionevolmente identificarsi nella pubblicazione del decreto.
Nei casi di collaudo già intervenuto, o comunque nei casi di già intervenuta redazione del conto finale nei quali perciò la contabilità è definitivamente chiusa, l`amministrazione dovrà procedere alla compilazione di un autonomo documento contabile, nel quale siano esplicitate le modalità di determinazione dell`adeguamento, onde consentire all`interessato di comprendere l`iter seguito ed eventualmente contestarlo nelle competenti sede giurisdizionali (giudice ordinario o collegio arbitrale).

4448-Allegato 2 – Riserva.pdfApri

4448-art. 26 Legge 109 con finanziaria.pdfApri