

Al Ministero della Difesa
Direzione Generale Lavori e Demanio

AG 25 BIS/09

16 luglio 2009

Oggetto: Quesiti in materia di revisione prezzi.

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 6 aprile u.s. si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 15-16 luglio 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

In via preliminare, conviene riassumere sinteticamente il quadro normativo di riferimento.

I commi 4, 5, 6 e 7 dell'art. 133 del D.Lgs. n. 163/2006 - riproducendo quanto già previsto dai commi da 4 -bis a 4- sexies dell'art.26 della L. n.109/94, a loro volta introdotti dal comma 550 dell'art. 1 , L. 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) a seguito di un inaspettato e vertiginoso aumento del prezzo del ferro e dei materiali siderurgici che ha evidenziato le carenze della normativa allora vigente, incapace, con la sola clausola del prezzo chiuso (art. 26, comma 4, L. 109/94), di garantire l'equilibrio del sinallagma contrattuale a fronte di repentini ed eccezionali aumenti dei prezzi - prevedono, in deroga al principio generalizzato del divieto di revisione dei prezzi nei contratti di lavori pubblici (art. 133, comma 2), l'adeguamento dei prezzi dei singoli materiali da costruzione previsti nel contratto, qualora, per effetto di circostanze eccezionali, i prezzi di questi materiali subiscano variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10% rispetto ai prezzi rilevati dal Ministero delle Infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta da parte dell'impresa.

L'applicazione dell'istituto richiede il verificarsi delle seguenti condizioni:

- l'aumento deve essere determinato da circostanze eccezionali;
- l'aumento deve eccedere del 10% il prezzo rilevato dal Ministero delle Infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta;
- l'aumento deve avere luogo nell'anno successivo a quello di presentazione dell'offerta e deve essere rilevato con decreto del Ministero entro il 31 marzo dell'anno successivo alla variazione.

A queste è stato aggiunto, con il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti, il termine di decadenza per la proposizione della istanza di compensazione di 60 giorni dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del citato decreto ministeriale (art. 133, comma 6 bis, D.Lgs. n. 163/2006).

La *ratio* dell'istituto della revisione dei prezzi è da ricercarsi nella riconosciuta necessità di "*ristabilire il rapporto sinallagmatico - l'equilibrio - tra prestazioni dell'appaltatore e controprestazione del committente, adeguando il corrispettivo alle variazioni dei prezzi di mercato quando superino la prevista soglia di alea contrattuale*" (Corte di Cassazione Civile, sez. I, 19 aprile 2005, n. 8198).

In conformità a ciò, la giurisprudenza ritiene che "*l'adeguamento del compenso deve essere calcolato con riferimento ai mutamenti dei costi intervenuti al momento dell'esecuzione dei lavori*" (Corte di Cassazione cit.) e che sono stati quindi sostenuti dall'appaltatore.

Nel caso di specie la posa in opera di acciaio da costruzione, rispetto al cui prezzo l'impresa ha presentato istanza di compensazione, è stata dedotta nell'Atto Aggiuntivo stipulato nel 2006; si tratta di valutare se, ai fini della proposizione dell'istanza di compensazione, l'impresa possa fare riferimento, quale anno di presentazione dell'offerta, al 2006 o al 2003, anno di stipula del contratto base.

A tal fine occorre preliminarmente valutare se l'Atto Aggiuntivo possa essere considerato un nuovo contratto, autonomo rispetto a quello originario, oppure se acceda a questo.

La questione - affrontata dal Consiglio di Stato proprio ai fini del calcolo revisionale ai sensi della vigente normativa - va impostata avendo come elemento discriminante la circostanza che l'atto aggiuntivo abbia o meno ad oggetto l'aumento dei lavori fino alla concorrenza del quinto del prezzo di appalto alle stesse condizioni del contratto originario (c.d. quinto d'obbligo).

Infatti, secondo la costante giurisprudenza del supremo consesso di giustizia amministrativa, "*La misura del quinto dell'importo originario dell'opera (c.d. quinto d'obbligo) rappresenta, quindi, il limite entro il quale l'appaltatore è obbligato all'esecuzione degli ulteriori lavori di cui al contratto di appalto originario, ed oltre il quale, invece, i lavori possono essere qualificati come variante del predetto contratto originario, spettando all'appaltatore il diritto alla risoluzione del contratto, salvo che non voglia espressamente eseguirli, previo nuovo accordo.*"

E' stato infatti precisato (Cass. Civ., sez. I, 14 giugno 2000, n. 8094) che qualora l'amministrazione appaltante richiede l'esecuzione di lavori diversi da quelli indicati nel contratto originario ed in variante ad essi, per un importo superiore al c.d. quinto d'obbligo, detta richiesta non trova

fondamento nell'originario contratto di appalto e ad essa, pertanto, non corrisponde alcun obbligo da parte dell'appaltatore; con la conseguenza che il successivo accordo intervenuto tra le parti per l'esecuzione dei nuovi lavori in variante (nella forma di un atto di sottomissione o di un atto aggiuntivo) deve essere come un nuovo contratto, autonomo rispetto a quello originario" (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 settembre 2004, n. 5931).

Viene poi affermato che, se la negoziazione di nuove condizioni per l'esecuzione dei lavori è sicura prova di un nuovo e autonomo contratto, tuttavia " *quest'ultimo non può essere escluso per la mera circostanza che l'appaltatore abbia convenuto di eseguire i nuovi lavori agli stessi patti e condizioni del contratto di appalto originario (così, sostanzialmente, C.d.S., sez. VI, 18 ottobre 2000, n. 5605)*" (Consiglio di Stato cit.).

Nel caso *de quo*, la circostanza che i lavori di posa in opera di acciaio da costruzione, dedotti nel citato Atto Aggiuntivo, fossero nuovi e diversi da quelli oggetto del contratto originario, tanto che il prezzo degli stessi è stato calcolato *ex novo* ai sensi dell'art. 136 del D.P.R. n. 554/1999, induce a ritenere che si sia trattato della negoziazione di nuovi lavori al di fuori della disciplina del quinto d'obbligo.

Da ciò deriva che l'eventuale spettanza del compenso revisionale andrebbe valutata " *con riferimento alla data del nuovo rapporto contrattuale*" (Consiglio di Stato, sez. V, 15 dicembre 2005 n. 7130), ovvero al 2006.

Per ciò che concerne la seconda parte del quesito posto dal Ministero della Difesa, ovvero se il termine di decadenza di sei mesi per la proposizione dell'istanza di compensazione, introdotto dal terzo correttivo del Codice, possa ritenersi applicabile anche con riferimento ai decreti ministeriale emessi antecedentemente, è d'obbligo il richiamo al principio generale di irretroattività della legge di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale (" *La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*") e al conseguente assioma secondo cui ciascun fatto è assoggettato alla normativa del tempo in cui si verifica (*tempus regit actum*).

Considerato che il decreto del Ministero delle Infrastrutture di cui al comma 4 dell'art. 133 è condizione necessaria all'esigibilità della compensazione, si ritiene che le richieste di compensazione siano assoggettate alla disciplina vigente al momento della entrata in vigore del decreto ministeriale che ha rilevato l'aumento dei prezzi nel periodo di esecuzione interessato.

Conseguentemente, le istanze di compensazione, anche proposte successivamente alla entrata in vigore del terzo decreto correttivo, ma relative a periodi di esecuzione nel corso dei quali si sono verificati aumenti dei prezzi dei materiali rilevati con decreti ministeriali antecedenti, dovrebbero seguire la disciplina precedente al terzo correttivo che non prevedeva il termine di decadenza di sei mesi dalla pubblicazione del menzionato decreto ministeriale.

Né la formulazione del comma 6-bis dell'art. 133 (" *A pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di compensazione, ai sensi del comma 4, entro sessanta giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del decreto ministeriale di cui al comma 6*"), priva di ogni previsione esplicita di retroattività, sembra fornire, anche solo implicitamente, appigli che consentano un'interpretazione in senso retroattivo della norma.

Firmato:

Avv. Giuseppe Busia