



## DELIBERA N. 265 del 7 giugno 2022

### Oggetto

Inottemperanza all'obbligo di costituzione del Collegio Consultivo Tecnico da parte dell'operatore economico e strumenti di ripristino dell'equilibrio contrattuale – Richiesta di parere .....OMISSIS.....

**AG5/2022**

### Riferimenti normativi

Art. 133 d.lgs. 163/2006

Art. 6 d.l. 76/2020 conv. in l.n. 120/2020

Art. 1-septies d.l. 73/2021 con. in l.n. 106/2021

### Parole chiave

Codice dei contratti pubblici - Contratti pubblici – Appalto – Appalto integrato – Collegio Consultivo Tecnico – Revisione dei prezzi.

## Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'Adunanza del 7 giugno 2022

### Premessa

Con nota pervenuta in data 24 marzo 2022, acquisita al prot. n. 21796 e successiva nota pervenuta in data 4 maggio 2022, acquisita al prot. n. 33862, .....OMISSIS..... ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine alle questioni indicate in oggetto.

Più in dettaglio, l'istanza di parere riguarda l'appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di bonifica ambientale delle coperture in cemento amianto dei capannoni e sostituzione con pannelli sandwich presso il complesso immobiliare di .....OMISSIS..... per un importo complessivo di euro 11.467.734,32. Per l'affidamento del contratto è stata svolta una procedura aperta ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. 163/2006, aggiudicata con provvedimento del 9 settembre 2019 e il relativo contratto stipulato in data 8 ottobre 2020. Il progetto esecutivo è stato depositato dal RTI aggiudicatario in data 25 febbraio 2021 e, concluso l'iter di verifica e validazione, la relativa approvazione è avvenuta con provvedimento del 13 ottobre 2021, notificato all'appaltatore in data 15 ottobre 2021, creandosi così le condizioni per la consegna dei lavori.

In data 3 dicembre 2022 il Rup ha reso nota all'amministrazione l'istanza di compensazione avanzata dall'appaltatore ai sensi dell'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 conv. in l.n. 106/2021. Conseguentemente la stessa amministrazione, con comunicazione del 4 dicembre 2021, ha inoltrato al RTI la richiesta di designazione di un componente del Collegio Consultivo Tecnico.

È seguito un incontro tra le parti durante il quale la stazione appaltante ha evidenziato l'impossibilità di riconoscere la compensazione richiesta, in quanto istituito previsto per i lavori già avviati e contabilizzati, mentre l'appaltatore ha ritenuto non sussistenti le condizioni per la costituzione del CCT e ha ribadito

l'istanza di far procedere la consegna dei lavori da un accordo con la stazione appaltante volto al riconoscimento in suo favore della compensazione sopra indicata.

Nelle successive comunicazioni e incontri tra le parti sono state ribadite le rispettive posizioni sulle questioni sopra indicate.

All'esito, l'appaltatore ha manifestato l'intenzione di sciogliere il contratto, poiché divenuto ineseguibile in ragione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nell'esecuzione dello stesso, a causa dell'aumento dei costi delle materie prime. La stazione appaltante ha rappresentato la volontà di applicare gli istituti normativi utili per superare le difficoltà derivanti dall'incremento dei predetti costi, dando mandato al Rup e al DL di sospendere la consegna dei lavori.

Alla luce di quanto sopra .....OMISSIS..... ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità i seguenti quesiti:

1. come debba essere valutato il comportamento dell'appaltatore che si rifiuti di procedere all'individuazione del componente di un collegio consultivo tecnico e se, alla luce del principio di eterointegrazione dei contratti, stante l'obbligo di costituire il CCT, tale comportamento possa essere valutato alla stregua di un inadempimento contrattuale.
2. in ragione della disciplina *ratione temporis* applicabile all'appalto sopra indicato e dell'attuale livello di esecuzione del contratto, quale strumento giuridico (tra quelli indicati nell'istanza) sia funzionale al ripristino dell'equilibrio contrattuale, che secondo l'appaltatore sarebbe venuto meno a causa dell'aumento del costo delle materie prime.
3. se a fronte della disponibilità della stazione appaltante ad applicare gli istituti giuridici sopra indicati, la disciplina di settore consenta all'appaltatore di invocare la risoluzione contrattuale per eccessiva onerosità sopravvenuta ancora prima di aver dato avvio ai lavori.

## Considerazioni

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno evidenziare in via preliminare che l'appalto sopra indicato è stato indetto ai sensi del d.lgs. 163/2006, dunque, riconducibile nella disciplina ivi prevista anche per gli aspetti inerenti l'esecuzione del contratto d'appalto, secondo i chiarimenti offerti nel Comunicato del Presidente dell'Autorità dell'11 maggio 2016 ("*Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 50 del 18.4.2016*").

Passando ad esaminare i quesiti sollevati nell'istanza, con riguardo a quello relativo alla costituzione del Collegio Consultivo Tecnico, si richiama l'art. 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120 (c.d. d.l. semplificazioni) (*per quanto di interesse in questa sede*) ai sensi del quale «fino al 30 giugno 2023 per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, è obbligatoria presso ogni stazione appaltante, la costituzione di un collegio consultivo tecnico, prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data, con i compiti previsti dall'articolo 5 nonché di rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. Per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del presente decreto, il collegio consultivo tecnico è nominato entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla medesima data».

I commi 2 e 3 stabiliscono le modalità di individuazione dei componenti del Collegio Consultivo Tecnico, nonché le modalità con le quali lo stesso opera. Più in dettaglio, ai sensi del comma 2, il CCT «è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste, dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera, (...)». I componenti del collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti, .... Nel caso in cui

le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato al comma 1, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse (...)».

Il comma 3 definisce, le modalità di svolgimento dei lavori dei CCT, nonché le conseguenze derivanti dalla mancata osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico (valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e che costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali) e la natura delle stesse (le determinazioni del collegio consultivo tecnico hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter cpc, salva diversa e motivata volontà delle parti).

Infine, il comma 8-*bis* rinvia a Linee Guida del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, ai fini dell'individuazione dei requisiti professionali, dei casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del collegio consultivo tecnico, dei criteri di scelta, dei compensi, delle modalità di costituzione e funzionamento del collegio e del coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflattivi e contenziosi esistenti.

Come chiarito dall'Autorità, l'art. 6 in esame ripropone, rimodellandolo, lo strumento di risoluzione alternativa delle controversie del CCT, già introdotto con l'art. 207 del d.lgs. n. 50/2016, poi cancellato dal decreto correttivo del 2017 e reintrodotta a titolo temporaneo con l'art. 1, commi 11-14, d.l. n. 32/2019 (parere AG 6/2021 e parere funz. cons. 10/2021).

Le finalità del Collegio Consultivo Tecnico, sono indicate nella Relazione tecnica e nella Relazione Illustrativa del d.l. semplificazioni, le quali chiariscono che lo stesso è «previsto per prevenire controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici».

In coerenza con tali finalità, nel d.m. MIMS n. 12 del 17 gennaio 2022 (*Adozione delle linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del collegio consultivo tecnico*) è stato stabilito che «Per la realizzazione di lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, la costituzione del CCT è obbligatoria ai sensi del secondo periodo del comma 1 dell'art. 6 del decreto-legge n. 76/2020 anche per i contratti in esecuzione alla data di entrata in vigore del medesimo decreto-legge n. 76/2020, e anche se affidati sulla base di una disciplina previgente al codice» (art. 1.3.1). La «Finalità istituzionale del CCT è quella di accompagnare l'intera fase di esecuzione, dall'avvio dei lavori e fino al collaudo degli stessi, per intervenire in tempo reale su tutte le circostanze che possano generare problematiche incidenti sull'esecuzione» (art. 4.1.1).

L'art.1.2.5 aggiunge che «Per i lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 76/2020 di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del codice, fermo quanto previsto dal paragrafo 2 delle presenti linee guida relativamente alla costituzione del CCT le parti sono tenute a stipulare un apposito atto aggiuntivo nel quale procedono all'individuazione della tipologia di questioni deducibili al CCT, con gli effetti di cui all'art. 808-ter del codice di procedura civile, anche già pendenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 76/2020, purché non già definite».

Quanto all'obbligo di costituzione, l'art. 2.3.1. stabilisce che «L'inottemperanza dell'obbligo di costituzione del CCT, ovvero il ritardo nella costituzione dello stesso, nel caso di affidamenti superiori alla soglia comunitaria, comporta la violazione dell'obbligo di cui all'art. 6, comma 1, del decreto-legge n. 76/2020 ed è valutabile sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore economico, sotto il profilo della c.d. buona fede contrattuale. (...) 2.3.3. In caso di mancata designazione la parte non inadempiente può rivolgersi al Presidente del tribunale ordinario dove ha sede la stazione appaltante, individuata quale sede del CCT».

Le disposizioni richiamate chiariscono, dunque, che:

- L'istituto del Collegio Consultivo Tecnico trova applicazione anche per i contratti affidati sulla base di una disciplina previgente al Codice e in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del d.l.;
- La costituzione è obbligatoria; l'inottemperanza dell'obbligo di costituzione del CCT, ovvero il ritardo nella costituzione dello stesso, nel caso di affidamenti superiori alla soglia comunitaria, comporta la violazione dell'obbligo di cui all'art. 6, comma 1, del d.l. n. 76/2020 ed è valutabile sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore economico, sotto il profilo della c.d. buona fede contrattuale.

Deriva da quanto sopra che ove l'inottemperanza alla nomina del componente sia imputabile all'appaltatore, è rimessa alla valutazione della stazione appaltante, la violazione della buona fede contrattuale ai sensi dell'art. 1375 c.c.

Come noto, infatti, la buona fede - che impone ai contraenti un obbligo di reciproca lealtà di condotta in tutte le fasi del rapporto contrattuale - è estrinsecazione del principio di correttezza sia nella fase di affidamento sia nella fase di esecuzione dei contratti pubblici. Il principio di correttezza è espressamente richiamato dall'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile all'appalto sopra indicato. La violazione dei predetti obblighi di correttezza e buona fede, pertanto, può generare inadempimento ed essere fonte di responsabilità contrattuale.

Tali profili sono tuttavia rimessi alla valutazione della stazione appaltante, unitamente alla possibilità di ricorrere al Presidente del tribunale ordinario competente, nel senso indicato nel citato d.m.

Tale decreto, infatti, in una logica di perseguimento dell'interesse pubblico all'esecuzione dell'opera, dunque conservativa della procedura di aggiudicazione svolta per l'affidamento del contratto, consente alla parte adempiente di rivolgersi al Presidente del tribunale ordinario dove ha sede la stazione appaltante, individuata quale sede del CCT.

Pertanto, il d.m. rimette alle valutazioni della stazione appaltante l'adozione della decisione ritenuta più opportuna ai fini del migliore perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento dell'appalto.

Quanto al secondo quesito, ....OMISSIS.... ha chiesto all'Autorità di indicare, in considerazione della normativa applicabile *ratione temporis* e stante l'attuale livello di esecuzione del contratto, il possibile strumento giuridico funzionale al ripristino dell'equilibrio contrattuale dell'appalto in questione che, secondo l'appaltatore, sarebbe venuto meno a causa dell'eccezionale aumento del costo delle materie prime.

A tal riguardo, posto che l'appalto è disciplinato, *ratione temporis*, dal d.lgs. 163/2006, si osserva che l'art. 133 del predetto Codice dopo aver sancito il principio del c.d. "prezzo chiuso" per i lavori pubblici (comma 3), ha ulteriormente disposto che «*Per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti non si può procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'articolo 1664 del codice civile*» (comma 2), aggiungendo al comma 4 che «*In deroga a quanto previsto dal comma 2, qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta con il decreto di cui al comma 6, si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la metà della percentuale eccedente il 10 per cento e nel limite delle risorse di cui al comma 7*». Tali disposizioni, da quanto riferito in sede di istanza di parere, sono state richiamate nel Capitolato Speciale di Appalto.

Come chiarito dall'Autorità, con riguardo all'art. 133 citato «*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» (parere AG 25 BIS/09).*

L'art. 133 del d.lgs. 163/2006, pertanto, contempla un sistema di adeguamento dei prezzi dei singoli materiali da costruzione, ove si registri un aumento eccezionale degli stessi, affidato al competente Ministero. Tale adeguamento trova applicazione con riguardo ai mutamenti dei prezzi eccezionalmente intervenuti durante la realizzazione dei lavori.

Analogamente, l'art. 1-septies del d.l. 73/2021 (*Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici*), convertito in l. n. 23 luglio 2021, n. 106 che ha introdotto un meccanismo di compensazione a favore delle imprese appaltatrici di opere pubbliche, al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatosi nel corso del 2021, fa riferimento alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori nel periodo di riferimento. Più in dettaglio, l'art. 1-septies dispone che «1. Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nell'anno 2021, per i contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili rileva, entro il 31 ottobre 2021 e il 31 marzo 2022, con proprio decreto, le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi rispettivamente nel primo e nel secondo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi».

Il comma 2, contempla la possibilità di procedere a compensazioni in aumento o in diminuzione (nei limiti di cui ai commi 3, 4, 5 e 6), anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 133, commi 4, 5, 6 e 6-bis, del d.lgs. 163/2006 e, per i contratti disciplinati dal d.lgs. 50/2016, in deroga alle disposizioni dell'articolo 106, comma 1, lettera a), «determinate al netto delle compensazioni eventualmente già riconosciute o liquidate in relazione al primo semestre dell'anno 2021, ai sensi del medesimo articolo 106, comma, 1, lettera a)». Al riguardo si specifica, in ogni caso, al comma 5, che «Per le lavorazioni eseguite e contabilizzate negli anni precedenti al 2021, restano ferme le variazioni rilevate dai decreti adottati ai sensi dell' articolo 133, comma 6, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e dell'articolo 216, comma 27-ter, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» (co.5).

Quanto alle modalità di determinazione della compensazione, il comma 3 specifica che quest'ultima è «determinata applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori, ovvero annotate sotto la responsabilità del direttore dei lavori nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2021 fino al 31 dicembre 2021 le variazioni in aumento o in diminuzione dei relativi prezzi rilevate dal decreto di cui al comma 1 con riferimento alla data dell'offerta, eccedenti l'8 per cento se riferite esclusivamente all'anno 2021 ed eccedenti il 10 per cento complessivo se riferite a più anni».

La disposizione disciplina inoltre, al comma 4, il procedimento per il riconoscimento della compensazione, mentre il comma 6 stabilisce che la stazione appaltante «provvede alle compensazioni nei limiti del 50 per cento delle risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, nonché le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento e stanziare annualmente. Possono, altresì, essere utilizzate le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti, nonché le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e 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 disponibile alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Si prevede, infine, ai commi 7 e seguenti che in caso di insufficienza delle risorse di cui al comma 6, alla copertura degli oneri si provvede con le modalità di cui al comma 8 dello stesso articolo, contemplante l'istituzione presso il MIMS, di un Fondo per l'adeguamento dei prezzi.

In attuazione di quanto previsto al comma 1-*septies*, il MIMS ha adottato appositi decreti per le modalità di utilizzo del Fondo previsto al suindicato comma 8 (in data 30.9.2021 e 5.4.2022), nonché per la rilevazione delle variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, ai sensi delle disposizioni richiamate (in data 11.11.2021 e 4.4.2022). Lo stesso Ministero ha adottato, altresì, apposite circolari al fine di assicurare uniformità ed omogeneità di comportamenti da parte degli operatori del settore (Circolare del 25.11.2021 e Circolare del 5.4.2022).

In materia è intervenuto anche l'art. 25 del d.l. 17/2022 (*"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"*), conv. in l.n. 34/2022, che ha esteso al primo semestre 2022 il meccanismo di compensazione prezzi contemplato nell'art. 1-*septies* del d.l.73/2021 e ha previsto altresì l'adozione di un nuovo d.m. di rilevazione dei prezzi entro settembre 2022.

Da ultimo, l'articolo 23 del d.l.n. 21/2022 (*"Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina"*), ha previsto la possibilità per il MIMS di riconoscere, nel limite complessivo del 50 per cento delle risorse del Fondo di cui all'articolo 1-*septies*, comma 8, del d.l.73/2021 (la cui dotazione è stata contestualmente incrementata di ulteriori 120 milioni di euro per l'anno 2022) di un'anticipazione in favore delle stazioni appaltanti di una somma pari al 50 per cento dell'importo richiesto, nelle more dello svolgimento dell'attività istruttoria relativa alle istanze di compensazione dalle stesse presentate.

Dalle disposizioni sopra richiamate e dalla relativa disciplina attuativa, deriva quindi che i limiti e le condizioni per il riconoscimento della compensazione prevista dalle norme (*per quanto di interesse in questa sede*) sono così individuabili:

- La compensazione deve riguardare i contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore delle citate disposizioni normative, secondo quanto ivi stabilito.
- La compensazione riguarda i prezzi dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori, nel senso indicato dal comma 3 della norma.
- La compensazione è applicabile anche agli appalti disciplinati dal d.lgs. 163/2006, anche in deroga a quanto previsto dall'art. 133 del previgente Codice ma deve trattarsi di lavori eseguiti e contabilizzati nell'anno 2021; per le lavorazioni eseguite e contabilizzate negli anni precedenti al 2021, restano ferme le variazioni rilevate dai decreti adottati ai sensi del comma 6 dell'art. 133 citato e dell'art. 261, co.27-ter d.lgs. 50/2016.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, il meccanismo di compensazione introdotto dall'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021, conv. in l.n. 106/2021, non può trovare applicazione con riguardo ad appalti – come nel caso di specie – nei quali i lavori, al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione, non sono stati consegnati né avviati dall'appaltatore.

Allo stesso modo, l'art. 29 del Decreto Legge 27 gennaio 2022, n. 4, recante (*Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico*), conv. in l.n. 25/2022, invocato nell'istanza di parere, non appare applicabile al caso di specie, in quanto riferito alle procedure di affidamento indette successivamente alla sua entrata in vigore.

Dispone infatti la norma che "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 e dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, 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) è 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 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo del medesimo comma 1;
- 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».

Anche per tali appalti, secondo le previsioni del comma 3, dell'art. 29 citato «la compensazione di cui al comma 1, lettera b) è determinata applicando la percentuale di variazione che eccede il cinque per cento al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nei dodici mesi precedenti al decreto di cui al comma 2, secondo periodo, e nelle quantità accertate dal direttore dei lavori», quindi con riguardo a lavori eseguiti.

Alla luce di tutto quanto sopra, con riferimento alla fattispecie in esame (appalto integrato), nella quale a seguito di approvazione del progetto esecutivo, con provvedimento del 13 ottobre 2021, l'esecuzione dei lavori non è mai stata avviata, in quanto mai avvenuta la consegna dei lavori, si ritengono non sussistenti le condizioni per l'applicazione degli istituti di compensazione previsti dalle norme sopra richiamate, riferite espressamente a lavori eseguiti e contabilizzati nel periodo di riferimento.

L'Amministrazione aggiudicatrice, tuttavia, può valutare l'opportunità di riconoscere all'appaltatore l'anticipazione del prezzo di cui all'art. 207 del d.l.n.34/2020, conv. in l.n. 77/2020 (applicabile in via transitoria fino al 31 dicembre 2022 per effetto del d.l. 228/2021, conv. in l.n.15/2022) che, nei limiti e alle condizioni previste dalla norma, può trovare applicazione anche agli appalti indetti ai sensi della disciplina previgente al d.lgs. 50/2016, secondo le disposizioni del comma 2 dell'art. 207 citato e dei chiarimenti in tal senso forniti dal MIMS con Circolare n. 112 dell'11 agosto 2020 (recante «*Articolo 207 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34. Chiarimenti interpretativi*»).

Infine, quanto alla possibilità per l'appaltatore di invocare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ancora prima di aver dato avvio ai lavori, si osserva che in ordine alla risoluzione del contratto d'appalto, il d.lgs. 163/2006, agli artt. 135 e 136 disciplina le ipotesi di risoluzione contrattuale percorribili dalla stazione appaltante, quali disposizioni di carattere speciale, in ragione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento dell'appalto.

Nel silenzio del Codice in ordine alla possibilità, per l'appaltatore, di invocare la risoluzione del contratto d'appalto, la disciplina del d.lgs. 163/2006 deve essere integrata dalle previsioni del codice civile, in virtù del disposto dell'art. 2, comma 4, del d.lgs. 163/2006 a tenore del quale «Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile».

L'appaltatore può quindi avvalersi degli strumenti che l'ordinamento contempla a sua tutela, agendo eventualmente anche per la risoluzione del contratto d'appalto nei casi e alle condizioni previste nel Codice civile, inclusa l'azione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Diversamente opinando, si riserverebbe alla sola amministrazione la possibilità di sciogliersi dal vincolo contrattuale, con ciò incidendo ab esterno sulla parità delle parti del rapporto contrattuale (Consiglio di Stato n. 3653/2016).

La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, tuttavia, non opera di diritto e deve essere oggetto di una pronuncia giudiziale (Tribunale Rimini, 28.6.2020, TAR Lombardia n. 239/2022).

Pertanto, il quesito sollevato dall'Amministrazione istante, relativo alla possibilità per l'appaltatore di invocare la risoluzione contrattuale per eccessiva onerosità sopravvenuta, esula dalla sfera di competenza dell'Autorità, essendo la materia oggetto di eventuale pronuncia del giudice, su istanza di parte.

## Il Consiglio

Ritiene che:

- l'inottemperanza dell'obbligo di costituzione del CCT, nei casi previsti dall'art. 6 della l.n. 120/2020, ovvero il ritardo nella costituzione dello stesso, è valutabile sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore economico, sotto il profilo della c.d. buona fede contrattuale. Ove l'inottemperanza alla nomina del componente sia imputabile all'appaltatore, è rimessa alla valutazione della stazione appaltante, la violazione della buona fede contrattuale ai sensi dell'art. 1375 c.c.
- Il meccanismo di compensazione introdotto dall'art. 1-septies del d.l. 73/2021, conv. in l.n. 106/2021, non può trovare applicazione con riguardo ad appalti nei quali i lavori, al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione, non sono stati consegnati né avviati dall'appaltatore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 giugno 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente