



Considerazioni sulla nota ANCI 22 aprile 2024 “Prima nota sul Rinnovo CCNL cooperative sociali, alla luce delle disposizioni del nuovo codice appalti di cui al D.Lgs. 36/2023”

ANCI ha pubblicato in data 22/04/2024 una nota contenente un primo approfondimento sul tema relativo all’influenza del rinnovo del CCNL cooperative sociali sulle gare d’appalto e sui contratti pubblici in corso di esecuzione.

Ciò rende opportuno proporre alcune considerazioni sulla nota ANCI, al fine di evidenziare una serie di elementi anche per scongiurare un rigetto di qualsivoglia richiesta di revisione/rinegoziazione.

In primo luogo, si evidenzia come l’ANCI, in premessa alla propria nota, sottolinei che nella materia in esame debba trovare applicazione il principio per cui l’azione amministrativa deve essere esercitata secondo buona fede. Il **principio generale di buona fede** che permea il rapporto negoziale sin dalla sua genesi per protrarsi durante la sua esecuzione **ex artt. 1175 e 1375 c.c.** che sono espressione del principio solidaristico cui è ispirata la Costituzione. Secondo la Relazione Tematica 8.7.2020 dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, *“la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto ex art. 1375 c.c. assume assoluta centralità, postulando la **rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute**”*.

Richiamare tale principio significa rammentare alle P.A. che, nella valutazione di istanze di revisione/rinegoziazione, occorre che la parte pubblica si comporti secondo buona fede nei confronti dell’appaltatore, non limitandosi alla mera applicazione delle norme di riferimento, ma le interpreti rispettando proprio tale principio, senza che vi sia un indiscriminato addossamento a carico dell’appaltatore delle sopravvenienze che incidono sull’equilibrio contrattuale.

La nota continua poi esaminando la differente normativa prevista dal vecchio e nuovo Codice dei contratti pubblici, passando per la modifica apportata nel gennaio 2022 dal D.L. 4/2022.

Se da una parte l’ANCI afferma che per le **gare disciplinate dal D.Lgs. 50/2016 e indette prima del 27/01/2022** (data di entrata in vigore del D.L. 4/2022) non è possibile prevedere una revisione dei prezzi in mancanza di una specifica clausola nella lex specialis, dall’altra parte però “avverte” le P.A. che, in mancanza di revisione, gli appaltatori potranno eventualmente esperire un giudizio ex art. 1467 Cod. Civ. per ottenere la risoluzione del contratto d’appalto.

In tale ipotesi, l'ANCI evidenzia come la P.A. verrebbe sottoposta ad un aumento degli oneri a proprio carico, sia per le spese legali connesse al giudizio, sia per i costi di indizione di una nuova gara, sia perché la nuova gara dovrebbe comunque considerare i maggiori costi connessi all'aumento retributivo disposto col rinnovo del CCNL. Si ritiene, quindi, che, proprio per scongiurare i maggiori costi di cui al periodo precedente, vi sia margine affinché le P.A. possano valutare, anche per i contratti disciplinati dal D.Lgs. 50/2016 e per i quali non trova applicazione il D.L. 4/2022, il riconoscimento di una modifica del corrispettivo in ragione degli aumenti contrattuali, se non con la forma della revisione prezzi di cui all'art. 106 c. 1 lett. a) CCP, allora con altre forme di modifica previste dall'art. 106 D.Lgs. 50/2016.

Una prima ipotesi concerne la possibilità di utilizzare l'istituto della variante di cui all'art. 106 c. 1 lett. c) CCP, ipotesi sposata da alcune pronunce del Giudice Amministrativo (T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. II, 09/01/2023, n. 107; T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. I, 24/02/2023, n. 160 e Consiglio di Stato sez. III, 28/05/2024 n. 04763) che hanno messo in evidenza che, nel caso concreto, le istanze di modifica contrattuale debbano essere adeguatamente approfondite dall'amministrazione, la quale, non può limitarsi ad asserire che fra le circostanze eccezionali e imprevedibili, idonee a giustificare l'adeguamento dei prezzi, eventualmente anche oltre la misura dell'indice FOI, non può essere ricompreso l'aumento del costo del lavoro conseguente alla stipula di un nuovo contratto collettivo, perché evento quest'ultimo soggetto a un apprezzabile grado di probabilità, che l'operatore può considerare nel momento di formulare l'offerta, senza prendere in considerazione né l'aumento dei prezzi delle materie né l'incidenza dell'emergenza sanitaria sugli aumenti. L'aumento del costo del lavoro del CCNL dei lavoratori delle cooperative sociali è strettamente legato agli alti indici inflattivi, notoriamente del triennio passato legati ai prezzi delle materie prime e anche, e soprattutto, in ragione della grave emergenza pandemica e del conflitto in Ucraina. L'amministrazione deve approfondire, quindi, in concreto le ragioni poste alla base dell'istanza di revisione dei prezzi, per accertare se esse possano essere sussunte nel disposto dell'art. 106, comma 1, lett. c, del d.lgs. 50/2016.

L'interpretazione giurisprudenziale sopra richiamata, che ammette la possibilità di utilizzare lo strumento della variante di cui all'art. 106 c. 1 lett. c) CCP anche per la modifica del corrispettivo, non risulta tuttavia totalmente univoca, essendosi registrate anche alcune decisioni in senso contrario.

Una seconda possibilità concerne invece l'utilizzo di altri strumenti previsti dall'art. 106 CCP e segnatamente:

- la modifica del contratto prevista dal comma 2, che può essere adottata in caso il valore della modifica sia inferiore ai valori delle soglie comunitarie e al 10% del valore iniziale del contratto;
- lo strumento della modifica non sostanziale, disciplinata dall'art. 106 c. 1 lett. e) e c. 4 CCP, sempre che ne ricorrano i requisiti di legge, tra cui rientra il presupposto per cui la modifica non deve alterare l'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale.

Pertanto, anche se nel D. Lgs. 50/2016 manca una previsione che sancisca l'obbligo di adeguare il corrispettivo d'appalto in seguito al rinnovo del CCNL e considerato che le prestazioni connesse a servizi pubblici **di regola non possono essere sospese** da parte dell'appaltatore, si può proporre **motivata istanza di adeguamento del corrispettivo** (possibilmente preceduta o accompagnata da iniziativa di sensibilizzazione da parte della rappresentanza territoriale delle centrali cooperative e dalle OO.SS. firmatarie del CCNL e da concertazione con le altre cooperative) che rappresenti con precisione i maggiori costi della manodopera dovuti al rinnovo del CCNL, evocando la rinegoziazione

del contratto volta a conservarne l'equilibrio in virtù del generale obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto che impone:

- a) di porre l'appaltatore in condizione di applicare il CCNL ai lavoratori e di assicurare il rispetto dei minimi salariali;
- b) di assicurare la sostenibilità della gestione dei servizi necessaria per mantenere l'indispensabile livello qualitativo.

Si possono valorizzare alcuni **principi fondamentali**:

- a) Il contratto pubblico mira ad acquisire **prestazioni di servizi qualitativamente adeguate** e ciò vale, a maggior ragione, per l'**affidamento di servizi alla persona** che «**deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti**» (art. 142, c. 5-ter, D. Lgs. 50/2016; art. 76, par. 2, Direttiva 2014/24/UE);
- b) **art. 30, c. 4, D. Lgs. 50/2016**: al personale impiegato nei servizi oggetto di appalti pubblici è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale;
- c) **artt. 95, c. 10, e 97, c. 5, lett. d), D. Lgs. 50/2016**: il costo del personale non può essere inferiore ai minimi salariali retributivi, secondo una verifica di congruità sempre obbligatoria.

E sulla imprevedibilità o meno dell'aumento contrattuale (presupposto per la variante), la stessa ANCI evidenzia che, se il rinnovo del CCNL di per sé potrebbe essere considerato come evento prevedibile, l'elemento di novità "*potrebbe rilevare - quale specifica e concreta circostanza straordinaria e imprevedibile - in relazione all'entità delle percentuali di incremento salariale*". In tali termini vi sarebbe quindi la possibilità di affermare l'imprevedibilità degli aumenti ai fini di una variante contrattuale.

Infine, con riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, ANCI richiama la possibilità di operare una modifica non sostanziale del contratto ai sensi dell'art. 120 c. 5 D.Lgs. 36/2023 in caso di necessità di ristabilire l'equilibrio contrattuale.

Al riguardo si evidenzia che una norma del tutto analoga era contenuta anche nel D.Lgs. 50/2016 (art. 106 c. 1 lett. e) e c. 4).

Da ciò si potrebbe quindi affermare che, ove venisse riconosciuto il carattere di eccezionalità ed imprevedibilità dell'aumento (anche solo nel quantum) del CCNL, la P.A. potrebbe anche disporre una modifica contrattuale ai sensi dell'art. 106 c. 1 lett. e) e c. 4 D.Lgs. 50/2016, ripristinando l'originario equilibrio contrattuale.

In conclusione, si ritiene che alcuni contenuti della nota ANCI in commento, per le gare disciplinate dal D.Lgs. 50/2016, in caso di rigetto dell'istanza di revisione prezzi, possano aprire alla possibilità di presentare istanza di variante contrattuale ai sensi dell'art. 106 c. 1 lett. c) CCP e di istanze di adozione di modifiche ai sensi dell'art. 106 c. 1 lett. e), c. 2 e c. 4 D.Lgs. 50/2016.

Con riferimento alle **gare disciplinate dal D.Lgs. 50/2016 e indette dopo il 27/01/2022** (data di entrata in vigore del D.L. 4/2022), ANCI evidenzia che per tali procedure vigeva l'obbligo di inserire clausole di revisione dei prezzi. Sul punto due notazioni:

- (i) nella prassi si sono verificate ipotesi di gare indette dopo il 27/01/2022 prive di clausole di revisione prezzi. In detta casistica occorrerà presentare un'istanza alla P.A. di integrazione della disciplina contrattuale mediante inserimento "coattivo" della clausola [cd. eterointegrazione], chiedendone una formulazione che riconosca gli aumenti dettati dal rinnovo contrattuale o comunque l'applicazione dell'indice ISTAT delle retribuzioni contrattuali di settore;
- (ii) nel caso invece in cui ci sia una clausola di revisione che però non considera gli aumenti dei costi del personale, occorrerà utilizzare gli stessi strumenti citati per le gare precedenti al 27/01/2022.

ANCI entra poi nel merito delle **gare disciplinate dal nuovo Codice dei contratti pubblici (CCP), di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36**, evidenziando che:

(i) per le procedure indette dopo la stipula del rinnovo del CCNL, nulla quaestio siccome le P.A. hanno l'obbligo di considerare gli aumenti contrattuali nell'importo posto a base d'asta. I concorrenti vedranno quindi garantito, nel corrispettivo dell'appalto, il pagamento della manodopera al costo previsto dal rinnovo contrattuale. Tutto ciò anche in assenza (*rectius* in attesa) della pubblicazione delle tabelle del costo del lavoro di cui all'articolo 41, comma 13, CCP;

(ii) per i contratti stipulati sulla base di gare indette prima della stipula del rinnovo del CCNL (aventi importo a base d'asta che non considera gli aumenti contrattuali), ANCI rimanda al contenuto delle clausole di revisione dei prezzi previste nella legge di gara.

Viene comunque "esortata" la presentazione, da parte degli appaltatori, di istanze motivate di revisione dei prezzi, in modo che le P.A. possano adottare le proprie determinazioni in seno ad un procedimento amministrativo rispettoso di quanto previsto dalla Legge n. 241/1990.

Nel caso in cui la clausola di revisione dei prezzi non permettesse di soddisfare la necessità di adeguamento prospettata dagli appaltatori, questi ultimi avranno comunque la possibilità di presentare istanze di rinegoziazione ai sensi dell'art. 9 del nuovo Codice appalti, norma che stabilisce l'onere di ripristinare l'equilibrio contrattuale originario in caso di circostanze sopravvenute, che siano straordinarie ed imprevedibili.

Sulla nozione di imprevedibilità e sulla possibilità di far rientrare in tale insieme anche il rinnovo del CCNL si "torna al via", riprendendo le considerazioni già operate per le gare disciplinate dal D.Lgs. 50/2016, in attesa di monitorare la giurisprudenza che si formerà su questi temi ed auspicando che vi sia una maggiore sensibilità alle mutazioni del costo della manodopera in aderenza al nuovo impianto normativo ed ai principi fatti propri dal D.Lgs. 36/2023.

Occorre valutare, però, gli effetti del suggerimento da parte dell'ANCI di utilizzare nella rinegoziazione (potenzialmente libera da vincoli predefiniti) le previsioni in materia di revisione prezzi ossia l'utilizzo come *tetto massimo da cui attivare la negoziazione quello previsto dall'articolo 60 e per la percentuale eccedente rispetto a quella "soglia" indicata dalla stessa disposizione (5%) e nella misura dell'80% rispetto alla variazione stessa*. Riteniamo non vi sia questo limite ma che la rinegoziazione possa avvenire avendo a riferimento i costi del rinnovo.

Inoltre, si evidenzia che il nuovo Codice, all'art. 60, introduce un meccanismo automatico di revisione prezzi.

L'obbligo di revisione dei prezzi in caso di rinnovo del contratto collettivo nazionale era uno dei criteri di delega per il nuovo Codice e anche i pareri delle competenti Commissioni parlamentari allo schema di decreto legislativo presentato dal governo chiedevano di inserire tale previsione. Il legislatore lo ha fatto eliminando proprio il riferimento all'imprevedibilità dall'articolo 60. Inoltre, il riferimento del comma 3, lettera b), agli indici Istat sulle retribuzioni contrattuali orarie può servire solo a determinare gli aumenti del costo del lavoro.

Si evidenzia, infine, che l'aumento del 5% è la soglia di attivazione della clausola di revisione. Non può essere condivisa un'interpretazione della norma che sia volta a riconoscere all'appaltatore la sola parte eccedente il 5%. Una siffatta lettura si porrebbe in contrasto con il tenore testuale di cui all'art. 60 del CCP (e, occorre ricordarlo, ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi non si può attribuire alla legge un senso diverso da quello fatto palese delle parole della legge stessa - cd. interpretazione letterale).

Ebbene, l'art. 60, comma 2, del CCP prevede che la clausola di revisione si attivi allorché vi sia una "**variazione**" del costo della prestazione superiore al 5 per cento e che la revisione operi "nella misura dell'80 per cento **della variazione stessa**".

L'80% deve quindi essere riconosciuto sulla misura dell'intera variazione, pena la violazione della disposizione di legge appena richiamata.

D'altronde, laddove il legislatore ha voluto limitare il riconoscimento della variazione alla sola quota eccedente la "franchigia" lo ha espressamente previsto, come nel caso del meccanismo individuato dal comma 3 dell'art. 29 del D.L. 27/01/2022, in cui è stato esplicitamente indicato che la compensazione riconoscibile era "per la percentuale eccedente il cinque per cento". Così non ha fatto, invece, nell'art. 60 del nuovo Codice".

Roma, 7 giugno 2024