



.....OMISSIS.....

Oggetto

Artt. 106 e 110 del d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 7/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 16 novembre 2022, acquisita al prot. Aut. n. 94808, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza dell'8 marzo 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con il quesito proposto, l'istante chiede se nell'ambito dei contratti pubblici trovi applicazione l'art. 1467 c.c., al fine di evitare la risoluzione del contratto d'appalto a seguito del sopravvenuto squilibrio delle prestazioni, causato dall'aumento dei costi dei generi alimentari e dell'energia. Chiede, inoltre, se il riequilibrio delle posizioni economiche tra le parti, possa avvenire in sede di interpello del secondo in graduatoria ex art. 110 del d.lgs. 50/2016, procedendo alla modifica di alcune condizioni del contratto. In caso di risposta negativa al primo quesito, chiede altresì se trovi applicazione l'art. 106, comma 2, del Codice, al fine di aumentare del 10% il corrispettivo del contratto d'appalto da stipulare con l'operatore economico subentrante in sede di interpello.

In relazione ai quesiti proposti, si osserva preliminarmente che in più occasioni l'Autorità ha ribadito che la possibilità di procedere alla modifica dei contratti pubblici durante il periodo di efficacia, è limitata ai casi, specifici e tassativi, fissati dall'art. 106 del Codice, quale disposizione di stretta interpretazione, trattandosi di una deroga al principio dell'evidenza pubblica (Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021; pareri Funz Cons n. 26/2022, n. 49/2022, n. 51/2022, delibera n. 63/2022- AG1/2022, delibera n. 265/2022-AG 5/2022).

Tra tali casi l'art. 106 del Codice, applicabile in fase di esecuzione del contratto, include al comma 1, lett. a), la possibilità di procedere alla revisione dei prezzi, purché la stessa sia stata prevista nei documenti di gara "*in clausole chiare, precise e inequivocabili*".

L'Autorità ha chiarito altresì che le disposizioni emergenziali (in particolare art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 conv. in l.106/2021, art. 26 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022 e art. 29 del d.l. 4/2022) dettate dal Legislatore al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, derogatorie al citato art. 106, comma 1, lettera a), attengono a

contratti pubblici di lavori e non di servizi e forniture, come espressamente previsto dalle norme stesse (parere Funz Cons 20/2022 e ribadito dal MIMS con parere n. 1465/2022).

Conseguentemente, l'eventuale revisione dei prezzi per i contratti pubblici di servizi e forniture (anche alla luce dell'art. 29 della l. 25/2022) deve essere ricondotta nelle previsioni dell'art. 106 del Codice, il quale – come evidenziato- contempla, al comma 1, lett. a), la possibilità di procedere alla modifica dei prezzi, purché la stessa sia stata prevista nei documenti di gara "in clausole chiare, precise e inequivocabili" (in tal senso parere Anac 20/2022 cit.).

Quanto sopra trova conferma anche nell'avviso giurisprudenziale che riconduce le eventuali istanze di revisione dei prezzi avanzate dall'appaltatore a seguito di asseriti aumenti dei costi di un servizio, *esclusivamente* nella previsione della lettera a) dell'art. 106, comma 1, del Codice (in tal senso TAR Lombardia n. 238/2022 e TRGA Bolzano n. 271/2022).

La giurisprudenza amministrativa (*ex multis* Cons. Stato n. 2446/2022, n. 1980/2019, n. 3768/2018) e l'Anac (parere Funz Cons 20/2022) hanno quindi escluso, ai fini della revisione dei prezzi, l'applicabilità dell'art. 1664 c.c. agli appalti pubblici, per i quali l'art. 106 del Codice costituisce norma speciale, dettando una disciplina specifica in tema di variazioni dei contratti in corso di esecuzione. Sulla base del medesimo principio di specialità della disciplina dettata dal Codice in materia (anche) di revisione dei prezzi, deve quindi escludersi la possibilità di procedere ad una modifica degli stessi al fine di evitare la risoluzione contrattuale ai sensi dell'art. 1467 c.c.

Pertanto, come chiaramente evidenziato dalla giurisprudenza, l'eventuale risoluzione del contratto d'appalto ai sensi dell'art. 1467 c.c., «può essere proposta, alle condizioni previste dalla norma, solo con apposita azione dinanzi al giudice competente». Infatti, l'applicabilità della norma «è limitata ai contratti a esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita e ..non assegna al contraente il diritto potestativo di determinare la risoluzione del contratto mediante atto unilaterale di recesso, ma subordina un effetto di tal fatta a una pronuncia dell'autorità giudiziaria di natura costitutiva, rimanendo del tutto irrilevante l'eventuale richiesta recessiva formulata stragiudizialmente dall'appaltatrice, così come l'eventuale rigetto di essa da parte della pubblica amministrazione" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 luglio 2022, n. 5667; id. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 16 giugno 2022, n. 4095; TAR Lombardia, Brescia, 10 marzo 2022, n. 239)» (sent. TRGA n. 271/2022 cit.).

Conclusivamente sul punto, pertanto, la revisione dei prezzi negli appalti di servizi e forniture, in assenza di specifiche previsioni derogatorie al d.lgs. 50/2016 (come per gli appalti di lavori), appare consentita entro i limiti stabiliti dall'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice, dunque disposta nei casi previsti dalla norma (nonché nelle eventuali previsioni relative allo *jus variandi* contenute nella *lex specialis* in coerenza con l'art. 106), da ritenere tassativi in quanto derogatori all'evidenza pubblica (pareri Funz Cons n. 20/2022 e n. 4/2023).

Pertanto, come opportunamente evidenziato dal giudice amministrativo «se un evento imprevedibile ed eccezionale causa un aumento straordinario dei prezzi durante la gara, l'operatore economico può legittimamente ritirarsi. Se invece decide di firmare il contratto, significa che accetta il rischio imprenditoriale. Se l'evento imprevedibile si manifesta dopo la stipula del contratto, l'operatore economico può rivolgersi al giudice civile per chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., ovvero chiedere all'Amministrazione l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. a), del D. Lgs. n. 50 del 2016, nel solo caso però - diverso da quello in esame - in cui la revisione sia prevista nei documenti di gara» (sent. TRGA n. 271/2022).

In relazione ai quesiti posti, peraltro, la revisione dei prezzi del contratto d'appalto stipulato in esito a procedura di gara, appare non consentita anche nell'ambito del procedimento di interpello di cui all'art. 110 del d.lgs. 50/2016. Tale disposizione, infatti, dopo aver stabilito, nei casi ivi indicati,

l'obbligo per la stazione appaltante, di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto d'appalto, aggiunge al comma 2 che in tali casi «*L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta*».

Come sottolineato dall'Autorità, l'art. 110 del d.lgs. 50/2016 è norma di stretta interpretazione, applicabile nei soli casi ivi previsti, da intendersi come tassativi. In tali casi, «... la stazione appaltante è obbligata a procedere all'interpello ivi previsto, secondo l'ordine della graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. ...l'applicazione dell'istituto dell'interpello contemplato dall'art. 110, richiede necessariamente che la stipula del nuovo contratto d'appalto con il secondo in graduatoria, avvenga – come previsto dalla norma - alle medesime condizioni proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. (...)» (parere AG 8/2022).

Non appare quindi possibile, alla luce del chiaro disposto dell'art. 110 del Codice, procedere, ad una revisione delle condizioni contrattuali definite a seguito di gara pubblica, in sede di stipula del nuovo contratto d'appalto con l'operatore economico che segue in graduatoria.

Allo stesso modo, non sembra invocabile, ai fini indicati nell'istanza di parere, l'art. 106, comma 2 del Codice, «riferito a modifiche del contratto d'appalto, quindi del suo oggetto, e non espressamente a revisione dei prezzi, come invece nella lett. a) del comma 1 della stessa disposizione (si veda al riguardo il Comunicato del Pres. del 23.3.2021 secondo il quale il comma 2 «subordina la possibilità di ricorrere a modifiche del contratto, in carenza delle condizioni del comma 1 e senza esperire una nuova gara, al rispetto di limiti più stringenti di importo (il 10% del valore del contratto per i servizi e forniture e il 15% per i lavori)»» (parere Funz Cons n. 37/2022).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente