



Oggetto

Appalto di lavori – art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022 e art. 26 del d.l. 50/2022, conv. in l.n. 91/2022 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 53/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 27 settembre 2022, acquisita al prot. Aut. n. 76552, 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 del 12 ottobre 2022, 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, sulla base di quanto rappresentato nella stessa e in assenza di verifiche sulla documentazione di gara e contrattuale, non trasmessa dal richiedente.

Si osserva quindi che in relazione all’istituto della c.d. compensazione dei prezzi dei materiali da costruzione, l’Autorità è intervenuta con diverse pronunce, volte a chiarire l’ambito di applicazione delle disposizioni normative di riferimento.

In tale sede è stato quindi ribadito, in primo luogo, il principio di carattere generale secondo il quale il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d’appalto, costituiscono nel complesso la *lex specialis* di gara ed hanno natura vincolante per i concorrenti e per la stazione appaltante (ex multis Delibera Anac n. 159/2021 - prec 23/2021/S e precedenti ivi richiamati).

Tuttavia, il d.lgs. 50/2016 contempla, in presenza di casi specifici e tassativi, fissati dall’art. 106 (*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*) la possibilità di procedere a variazioni del contratto di appalto, purché si tratti di modifiche non “sostanziali” ai sensi del comma 4 (sulla tassatività delle ipotesi di variazioni contrattuali ammesse dall’art. 106, Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021). Tra tali casi specifici, l’art. 106 citato 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” (pareri Funz Cons n. 20/2022, n. 37/2022, n. 34/2022, n. 38/2022).

Allo stesso modo, l’art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022, con riguardo alle procedure di affidamento indette successivamente alla sua entrata in vigore, stabilisce “*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...*” (tra l’altro) l’obbligo di inserire, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall’articolo 106, comma 1, lettera a), del Codice.

Come evidenziato dall’Autorità, al fine di mitigare gli effetti dell’eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, il legislatore è intervenuto in relazione ai contratti pubblici in corso di esecuzione, con disposizioni derogatorie all’art. 106, comma 1, lett. a), sopra citato.

Il riferimento è, in primo luogo, all’art. 1-*septies* del d.l. 25 maggio 2021 n. 73 conv. in l. 23 luglio 2021, n. 106, che ha introdotto un meccanismo di compensazione a favore delle imprese appaltatrici

di opere pubbliche con riguardo alle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo e nel secondo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, come rilevate dal MIMS con decreto, entro il 31 ottobre 2021 e il 31 marzo 2022 (sull'ambito di applicazione della norma, parere AG1/2022 – delibera n. 63/2022).

La norma è applicabile *agli appalti in corso di esecuzione "alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto"* e con riguardo ai "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", secondo quanto disposto dai commi 2 e 3 dell'art. 1-septies citato (si rinvia al riguardo al parere AG5/2022- delibera n. 265/2022).

Successivamente, l'art. 29 del d.l. 27 gennaio 2022 n. 4, conv. in l.n. 28 marzo 2022 n. 25, sopra citato, «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*» (comma 1), dopo aver disposto l'obbligatorietà dell'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera a), del Codice, ha stabilito che «(...) 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 è stato quindi introdotto un meccanismo di compensazione.

Il legislatore è poi intervenuto con l'art. 26 del d.l. 17 maggio 2022 n. 50, conv. in l.n. 15 luglio 2022 n. 91, «il quale ha disposto, in deroga all'art. 23, comma 16 del d.lgs. 50/2016 e limitatamente all'anno 2022, l'aggiornamento dei prezzi regionali entro il 31 luglio 2022 (comma 2) prevedendo altresì, nelle more di tale aggiornamento, per la determinazione dei prezzi dei prodotti, un incremento degli stessi fino al 20% rispetto ai prezzi aggiornati al 31 dicembre 2021 (comma 3). Come indicato al comma 1 dell'art. 26 citato, la norma trova applicazione in relazione agli appalti pubblici di lavori (inclusi quelli affidati a contraente generale), *aggiudicati sulla base di offerte presentate entro il termine del 31 dicembre 2021*. Per tali appalti, "lo stato di avanzamento dei lavori afferente alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2022 fino al 31 dicembre 2022, è adottato, anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, applicando i prezzi aggiornati ai sensi del comma 2 ovvero, nelle more del predetto aggiornamento, quelli previsti dal comma 3". Pertanto, per effetto della nuova disposizione, per i lavori eseguiti e contabilizzati nel periodo 1 gennaio 2022 - 31 dicembre 2022, le regioni sono tenute ad attuare un aggiornamento straordinario dei prezzi ai sensi del comma 2, e nelle more di tale aggiornamento, le stazioni appaltanti procedono ad un aumento degli stessi fino al 20% rispetto a quelli aggiornati al 31 dicembre 2021» (parere Funz Cons 49/2022).

Tale norma, come evidenziato dall'Autorità «rappresenta un'ulteriore conferma del trend legislativo avviato con il D.L. 73/2021 e finalizzato a tutelare gli operatori economici dalle sempre più esorbitanti fluttuazioni del mercato. Sul punto anche il Presidente dell'ANAC, con comunicato del 17/02/2021, aveva dapprima invitato le Regioni a provvedere in modo tempestivo all'aggiornamento

annuale del prezzario regionale, al fine di consentire alle stazioni appaltanti di definire il computo metrico sulla base di prezzi aggiornati al reale andamento del mercato e successivamente, con nota firmata il 22/02/2022, aveva chiesto al governo e al parlamento un urgente intervento normativo sulla revisione dei prezzi negli appalti, per far fronte agli esorbitanti incrementi delle materie prime nei contratti in corso di esecuzione riguardanti servizi e forniture. (...)» (Atto del Presidente del 27.7.2022).

Le norme speciali sopra richiamate introducono, quindi, disposizioni di favore per gli operatori economici impegnati nell'esecuzione dei contratti pubblici, prevedendo strumenti per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione e individuando espressamente i casi e le condizioni di applicabilità degli istituti ivi previsti.

Per quanto rileva ai fini del presente parere, l'art. 29 del d.l. 4/2022, indica puntualmente «l'arco temporale di riferimento della norma ovvero "le procedure di affidamento dei contratti pubblici i cui bandi e avvisi di scelta del contraente siano pubblicati successivamente" al 27.1.2022» (Parere MIMS 1253/2022, aggiungendo che «Qualora non ricorrano i presupposti sopra richiamati trovano applicazione le previsioni dell'art. 106, comma 1 lett. a del Codice dei contratti pubblici se previste dalla SA nei documenti di gara iniziali»). Dunque la norma è applicabile solo per le procedure selettive indette successivamente alla predetta data.

L'art. 26 del d.l. 50/2022, invece, come evidenziato, trova applicazione «in relazione agli appalti pubblici di lavori (inclusi quelli affidati a contraente generale), aggiudicati sulla base di offerte presentate entro il termine del 31 dicembre 2021» (parere Funz Cons 49/2022 cit.).

Pertanto, le norme richiamate non appaiono applicabili alla procedura negoziata oggetto dell'istanza di parere, per la quale la lettera di invito reca la data del 29 dicembre 2021 e il termine di presentazione delle offerte è scaduto in data 19 gennaio 2022.

Resta ferma nei casi come quello sopra indicato, nei quali non ricorrono le condizioni di applicabilità delle norme richiamate, l'applicazione delle previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice, se previste dalla stazione appaltante, nei documenti di gara iniziali, specifiche e chiare clausole di revisione prezzi (in tal senso pareri MIMS n. 253/2022 e n. 1229/2022).

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra, che sulla revisione dei prezzi dei materiali da costruzione nei contratti d'appalto di lavori in corso d'esecuzione, l'Autorità ha avuto modo di osservare che «è recentemente intervenuto il legislatore con il d.l. 36/2022 (Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)) conv. in l.n. 79/2022 che all'art. 7 ("Ulteriori misure urgenti abilitanti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza"), ha disposto quanto segue "comma 2-ter. *L'articolo 106, comma 1, lettera c), numero 1), del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpreta nel senso che tra le circostanze indicate al primo periodo sono incluse anche quelle imprevedute ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera.* 2-quater. Nei casi indicati al comma 2-ter, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, la stazione appaltante o l'aggiudicatario possono proporre, senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera, una variante in corso d'opera che assicuri risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali". Ancorché si tratti di una previsione specificamente riferita all'attuazione del PNRR (come si evince dalla rubrica della norma), alla stessa può essere assegnata valenza generale, stante il carattere interpretativo della medesima, volta a chiarire l'ambito di applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016. In tal senso, l'applicazione della disposizione *de qua* può essere invocata, come ivi previsto, nel caso di circostanze "imprevedute ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera", anche in relazione a contratti d'appalto non specificamente riferiti all'attuazione del PNRR,

fermi in ogni caso nei limiti imposti dall'art. 106 del Codice, in ordine al divieto di modifiche sostanziali al contratto d'appalto ai sensi del comma 4 e ai vincoli stabiliti dal comma 7 della stessa disposizione» (in tal senso pareri Funz Cons 34/2022 e 37/2022) e ferme altresì le ulteriori condizioni di applicabilità della norma, fissate dal comma 2-ter dell'art. 7 citato.

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

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente