



.....OMISSIS.....

Oggetto

Lavori per il recupero e il restauro del complesso architettonico ex casermaOMISSIS..... per deposito librario dellaOMISSIS..... – art. 23, co. 16 del d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 3/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 16 novembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 102412, trattata ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018 come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, a seguito di archiviazione della precedente istanza di precontenzioso, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 24 gennaio 2024, 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. Allo stesso modo, esula dalla sfera di competenza dell'Autorità fornire alle stazioni appaltanti l'interpretazione autentica degli atti di gara (e contrattuali) dalle stesse predisposti (in tal senso parere AG 9/2017/AP e parere Funz Cons n. 47/2022).

Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto riguarda la possibilità di procedere alla rinegoziazione delle condizioni di aggiudicazione con il concorrente subentrante al ricorrere di determinate circostanze.

In particolare, la stazione appaltanteOMISSIS..... ha necessità di avere un chiarimento sulla possibilità di applicare, nel caso esposto nell'istanza, il principio accolto nella delibera Anac n. 335 del 12 luglio 2023, che ha ammesso la possibilità, in presenza di determinate circostanze, di apportare modifiche non sostanziali alle condizioni di affidamento prima della stipula del contratto.

Nel caso oggetto del presente parere laOMISSIS....., nel rivolgere istanza all'Autorità, rappresenta che il provvedimento di aggiudicazione della gara per l'affidamento dei lavori di recupero e restauro di un complesso architettonico per deposito librario, veniva annullato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 8148 del 6 dicembre 2021, che dichiarava l'inefficacia del relativo contratto e disponeva il subentro del secondo classificato. L'operatore economico subentrante, tuttavia, prima di stipulare il relativo contratto chiedeva l'aggiornamento dei prezzi e quindi la rinegoziazione delle condizioni di aggiudicazione, invocando l'applicazione del principio accolto dalla delibera n. 335/2023 ed evidenziando

l'oggettiva impossibilità di sottoscrivere il contratto d'appalto alle stesse condizioni di cui all'offerta economica del gennaio 2020 dovendo confidare solamente sulla normativa emergenziale.

Nel caso di specie, gli elementi che assumono rilevanza ai fini della valutazione della questione posta riguardano il fatto che la gara era stata bandita in data 23 dicembre 2019, in vigore del d.lgs. 50/2016, e recava un importo a base di gara individuato dalla S.A. con riferimento al prezzario della Regione Toscana in vigore nel 2018. L'aggiudicazione interveniva in data 26 giugno 2020 e seguiva la stipula del contratto in data 12 novembre 2020. Come rappresentato, all'esito del ricorso giurisdizionale l'aggiudicazione veniva annullata dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 8148/2021 che dichiarava anche l'inefficacia del relativo contratto. Seguiva la sospensione dei lavori in data 16 dicembre 2021. L'Avvocatura distrettuale dello Stato, richiesta dalla S.A. di esprimere un parere in merito alla questione della possibilità di rinegoziare le condizioni contrattuali con il subentrante, avvertiva che il subentro non poteva che avvenire alle medesime condizioni dell'offerta originariamente presentata dal concorrente, che non poteva trarre un vantaggio maggiore, al momento del subentro, rispetto a quanto proposto in gara, pena la violazione della *par condicio* dei concorrenti, e fatta salva la possibilità di avvalersi della normativa emergenziale intervenuta nel frattempo in materia di revisione prezzi. Tuttavia la stessa Avvocatura, nuovamente sollecitata, segnalava la posizione assunta dall'Autorità con la delibera n. 335/2023 alla luce delle recenti pronunce della giurisprudenza amministrativa.

Al fine di dirimere il dubbio interpretativo sollevato dalla stazione appaltante occorre quindi, preliminarmente, richiamare il parere reso dall'Anac con la citata delibera n. 335/2023, che scaturiva da un'istanza con la quale si chiedeva se, alla luce del lungo periodo di tempo trascorso dal provvedimento di aggiudicazione, fosse possibile procedere alla predisposizione del progetto esecutivo sulla base dell'ultimo prezzario regionale aggiornato. In particolare, il provvedimento di aggiudicazione, adottato nel 2018 all'esito di una gara del 2015, veniva poi annullato e ne seguiva un ricorso giurisdizionale che si concludeva in appello nel 2021. Tale intervallo di tempo rendeva non più attuale il contenuto dell'offerta ma anche la stima economica dell'appalto effettuata dalla stazione appaltante prima della gara. Il parere reso nel caso specifico con la delibera n. 335/2023 evidenziava innanzi tutto che, alla luce dell'art. 23, comma 16, del d.lgs. 50/2016, per i contratti relativi alle opere pubbliche il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni deve essere determinato dalla stazione appaltante sulla base dei prezzari regionali aggiornati annualmente (parere Funz Cons 25/2023). La delibera in argomento evidenziava inoltre che anche gli interventi legislativi di carattere eccezionale che affrontavano, nel tempo, il problema dei rincari dei prezzi dei materiali da costruzione attraverso norme derogatorie (art. 1-*septies* del d.l. n. 73/2021; art. 26 del d.l. 50/2022; art. 29 del d.l. 4/2022) introducevano disposizioni di favore per gli operatori economici impegnati nella fase di *esecuzione* di un contratto pubblico, individuando espressamente i casi e le condizioni di applicabilità degli istituti ideati per far fronte agli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione. L'Autorità ribadiva in più occasioni che non sussistono le condizioni di applicabilità previste nelle citate norme se non in fase di esecuzione contrattuale (delibera n. 265/2022). Mentre infatti è consentito, ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, addivenire in casi tassativamente indicati a modificazioni contrattuali in corso di esecuzione, non è in generale consentito procedere a una modifica delle condizioni di aggiudicazione prima della stipula del contratto, in ossequio ai principi di trasparenza e parità di trattamento richiamati dall'art. 30 del medesimo Codice.

In particolare, la giurisprudenza ha evidenziato che tali principi ostano a che, dopo l'aggiudicazione, la stazione appaltante e l'aggiudicatario apportino modifiche alle disposizioni dell'appalto che lo rendano *sostanzialmente* diverso rispetto alla sua configurazione iniziale (v. Cons. Stato, n. 9426/2022; T.A.R. Lombardia n. 1343/2022, richiamate nella delibera n. 335/2023). La Corte di Giustizia ha chiarito che per modifiche sostanziali si intendono quelle che hanno per effetto di estendere l'appalto ad elementi non previsti, o ad alterare l'equilibrio contrattuale a favore dell'aggiudicatario, oppure sono tali che, se fossero state previste sin dall'inizio, sarebbe stata scelta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi (Corte di Giustizia UE, sent. 7 settembre 2016 in C-549-14).

Fatte queste precisazioni, con la delibera n. 335/2023 l'Autorità prendeva tuttavia spunto dal recente orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2709; T.A.R. Piemonte, 2023, n. 180; T.A.R. Sardegna, 16 novembre 2022, n. 770) che ha ammesso la possibilità di rinegoziare le condizioni di aggiudicazione prima della stipula del contratto, alla luce dei principi di efficacia ed economicità che informano l'azione amministrativa, in presenza di determinate circostanze e in particolare «a fronte di una sopravvenienza normativa (nel caso specifico l'art. 26 del D.L. 50/2022) che palesa proprio l'evoluzione dei prezzi e la necessità diffusa di un loro incremento. [...] Detto in altri termini la singolarità della congiuntura in cui versa il paese (prima a seguito della crisi pandemica e poi a fronte dei noti eventi bellici internazionali) rende la realtà economico sociale molto più instabile. Di conseguenza è ragionevole presumere che i prezzi delle offerte presentate alla scadenza fissata dalla legge possano aver subito incrementi importanti e non essere più affidabili anche a distanza di pochi mesi». Secondo tale orientamento «costituisce onere dell'amministrazione assicurarsi di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, appaia in grado di alterare tali condizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale» e «una richiesta di rinegoziazione deve essere presa in considerazione, al ricorrere di particolari circostanze di fatto che ne evidenzino la ragionevolezza e la plausibilità, risultando irragionevole accettare l'azzeramento degli esiti di una procedura di affidamento in assenza di specifiche e sostanziali illegittimità che la affliggano» (TAR Piemonte n. 180/2023 cit., in termini Tar Piemonte n. 667/2021 ivi richiamata).

Alla luce delle richiamate sentenze, fermo restando il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, è ammissibile procedere a modifiche non sostanziali delle condizioni di affidamento anche prima della stipula, in presenza di circostanze eccezionali sopravvenute e secondo il prudente apprezzamento dell'amministrazione. I presupposti che consentono alla stazione appaltante di valutare una richiesta di revisione prezzi prima della stipula del contratto consistono quindi in condizioni derivanti da "sopravvenienze imprevedibili, estranee anche al normale ciclo economico, in grado di generare condizioni di shock eccezionale", purchè non ne risulti alterato l'oggetto dell'appalto, tramite estensioni ad elementi non previsti inizialmente tali da alterare l'equilibrio contrattuale a favore dell'aggiudicatario o tali che, se fossero stati previsti sin dall'inizio, sarebbe stata scelta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi, secondo i principi delineati dalla Corte di Giustizia UE.

Nel caso oggetto del presente parere, occorre considerare che la stazione appaltante stipulava il contratto d'appalto in data 12 novembre 2020, e la dichiarazione di inefficacia del medesimo contratto interveniva circa un anno dopo, il 6 dicembre 2021, periodo nel quale si collocano una serie di provvedimenti legislativi diretti a fronteggiare la situazione eccezionale di rincaro dei prezzi seguita alla pandemia e agli eventi bellici internazionali. A fronte di tale contesto socio economico, e alla luce del fatto che a seguito del doppio grado di giudizio l'aggiudicazione sia stata annullata e sia stato disposto il subentro del concorrente giunto secondo in graduatoria, la cui offerta era stata presentata a gennaio 2020 e quindi poco prima che si verificassero eventi eccezionali ed imprevedibili in grado di incidere pesantemente sulla situazione socio economica, la richiesta, da parte di quest'ultimo, di rinegoziare l'offerta sulla base dei prezzi aggiornati non appare irragionevole.

Spetta comunque alla stazione appaltante valutarne la plausibilità, alla luce del contesto e di tutti gli elementi in suo possesso, e sempre tenendo presente che una rinegoziazione deve avere come obiettivo quello di assicurare l'equilibrio contrattuale, senza che siano apportate modifiche sostanziali all'oggetto dell'appalto mediante l'introduzione di elementi nuovi.

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