



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 36 d.lgs. 50/2016 - fornitura di sacchetti biodegradabili e in polietilene – revisione prezzi -
Richiesta parere.

FUNZ CONS 38/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 28 aprile 2022, acquisita al prot. Aut. n. 31974 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 6 settembre 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 del 28 giugno 2017.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alla possibilità di procedere a modifiche dei prezzi dei contratti di appalto in corso di esecuzione, a causa dell'attuale situazione internazionale e della persistente emergenza sanitaria da Covid-19, sembra utile richiamare in primo luogo il principio generale per cui «il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto, ciascuno con una propria autonomia e peculiare funzione nell'economia della procedura (il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, di norma in relazione agli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale), ... costituiscono nel complesso la *lex specialis* di gara ed hanno natura vincolante per concorrenti e stazione appaltante (...)» (*ex multis* Delibera Anac n. 159/2021 - prec 23/2021/S e precedenti ivi richiamati).

Per quanto sopra, le previsioni della *lex specialis* non possono essere disattese né dagli operatori economici né dalla stazione appaltante, imponendo la corrispondenza fra l'appalto messo in gara e quello eseguito, in ossequio ai principi richiamati nell'art. 30 del d.lgs. 50/2016.

Il Codice contempla tuttavia una deroga ai principi sopra enucleati, in casi specifici e tassativi, fissati dall'art. 106 riferito alla "*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*", dunque applicabile alla fase di esecuzione del contratto di appalto.

Tale disposizione statuisce infatti che «le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende» (comma 1), aggiungendo che i contratti di appalto possono essere modificati, senza una nuova procedura di affidamento, nei casi indicati nei commi 1 e 2 della disposizione medesima, da ritenersi di stretta interpretazione secondo l'orientamento dell'Autorità. Lo stesso articolo 106 dispone inoltre che la modifica al

contratto in corso di esecuzione, nelle ipotesi ivi indicate, non deve essere "sostanziale" ai sensi del comma 4.

Con Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021 è stato sottolineato (tra l'altro) che «l'articolo 106 del Codice introduce una deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, con conseguente divieto di applicazione della norma medesima al di fuori delle ipotesi specificamente e tassativamente indicate».

In linea generale, quindi, le stazioni appaltanti possono procedere a modifiche dei rapporti contrattuali in corso, nei limiti indicati dall'art. 106 citato, il quale contempla, 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".

Anche i più recenti interventi normativi in materia, confermano tale possibilità. Il riferimento è all'art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022, che 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.

Con specifico riferimento ai contratti in corso, e per i soli appalti di lavori, al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, verificatosi nel corso del 2021, il d.l. 73/2021, conv. in l.n. 106/2021 ha introdotto, all'art. 1-*septies*, un meccanismo di compensazione a favore delle imprese appaltatrici di opere pubbliche, prevedendo a tal fine l'emanazione di apposito decreto del MIMS che rilevi le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'otto per cento, relative al periodo indicato dalla norma, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi (in relazione all'applicazione della norma si rinvia alla delibera n. 63/2022-AG1/2022).

In attuazione delle previsioni dell'art. 1-*septies*, il MIMS ha adottato appositi decreti 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), nonché per le modalità di utilizzo del Fondo previsto al comma 8 della disposizione (in data 30.9.2021 e 5.4.2022); 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 del 5.4.2022).

Lo stesso legislatore, sempre con riguardo agli appalti di lavori, è recentemente intervenuto 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*), stabilendo che «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 impreviste 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*».

Come si evince dagli interventi normativi sopra richiamati, ad eccezione dell'art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022 riferito in generale ai contratti pubblici, il legislatore è intervenuto in via esclusiva per gli appalti di lavori, introducendo l'istituto della compensazione di cui all'art. 1-septies della l. 106/2021 e la previsione sopra richiamata di cui all'art. 7 della l. 79/2022.

Lo stesso legislatore non ha invece adottato specifiche misure per gli appalti di servizi e forniture.

L'assenza di un meccanismo di compensazione/revisione dei prezzi anche per i predetti appalti, analogo a quello disciplinato per i lavori, è stata evidenziata anche dall'Autorità, la quale ha chiesto al Governo e al Parlamento un urgente intervento normativo volto a consentire *"la revisione dei prezzi negli appalti per far fronte agli esorbitanti incrementi delle materie prime nei contratti in corso di esecuzione riguardanti servizi e forniture"* (<https://www.anticorruzione.it/-/anac-chiede-a-governo-e-parlamento-un-intervento-normativo-sulla-revisione-dei-prezzi-negli-appalti>).

Pertanto, allo stato, con riguardo ai contratti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti, a seguito dell'emergenza sanitaria in corso, possono procedere a modifiche dei rapporti contrattuali in corso, nei limiti indicati dall'art. 106 citato.

Conseguentemente, l'eventuale revisione dei prezzi per tali contratti (anche alla luce del citato art. 29 della l. 25/2022) deve essere ricondotta nelle medesime previsioni dell'art. 106 del Codice, il quale contempla, 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"*.

La possibilità, invocata nell'istanza di parere, di applicare l'art. 1664 c.c. ai fini della revisione dei prezzi negli appalti di servizi e forniture, sembra non trovare riscontro nelle previsioni dell'art. 106 del Codice, il quale oltre a non contemplare tale ipotesi, sembra costituire altresì una norma speciale in tale materia, dettando una specifica disciplina in tema di variazioni dei contratti in corso di esecuzione (tanto che gli interventi normativi più recenti in tema di revisione dei prezzi, tra i quali l'art. 1-septies del d.l. 73/2021 e l'art. 29 d.l. 4/2022, introducono previsioni in deroga all'art. 106 del Codice).

Pertanto, l'inapplicabilità della norma di cui sopra agli appalti pubblici è stata affermata dalla giurisprudenza amministrativa alla luce del principio di specialità della disciplina dettata in materia dal Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato n. 3768/2018 e n.1980/2019). Ancorché tale orientamento si riferisca al d.lgs. 163/2006, il predetto principio di specialità sembrerebbe confermato dalla disposizione dell'art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016, anche alla luce dell'obbligo oggi imposto dall'art. 29 della l. 25/2022, di inserire nei bandi di gara specifiche previsioni in materia di revisione dei prezzi.

La stessa giurisprudenza amministrativa, inoltre, sembra ricondurre le eventuali istanze di revisione dei prezzi, avanzate dall'appaltatore a seguito di asseriti aumenti dei costi del servizio, nella previsione della lettera a) dell'art. 106, comma 1, del Codice (in tal senso TAR Lombardia n. 238/2022).

Occorre aggiungere a quanto sopra che la clausola di revisione dei prezzi ai sensi del citato art. 106, comma 1, lett. a) non assume la funzione di eliminare completamente l'alea tipica di un contratto d'appalto. «Se indubbiamente il meccanismo deve prevedere la correzione dell'importo previsto *ab origine* in esito al confronto comparativo — per prevenire il pericolo di un'indebita compromissione del sinallagma contrattuale — il riequilibrio non si risolve in un automatismo perfettamente ancorato ad ogni variazione dei valori delle materie prime (o dei quantitativi), che ne snaturerebbe la *ratio* trasformandolo in una clausola di indicizzazione» (T.A.R. Brescia, sez. I,

03/07/2020, n. 504; TAR Trieste, sez. I, 7 luglio 2021 n. 211)» (TAR Lombardia n. 238/2022 cit., in tal senso anche TAR Lombardia n. 181/2022 cit.).

Anche sulla base dei chiarimenti offerti dalla giurisprudenza, è possibile concludere che 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.

In ottica collaborativa si rappresenta ulteriormente che con riferimento all'emergenza epidemiologica da Covid-19 l'Autorità ha adottato diversi atti, pubblicati sul sito istituzionale nella sezione "Emergenza Covid-19". Tra questi, il "Vademecum per velocizzare e semplificare gli appalti pubblici" evidenzia la possibilità, per la stazione, per far fronte all'emergenza sanitaria, di procedere alle eventuali e conseguenti variazioni dei contratti in corso di esecuzione, nei limiti previsti dall'art. 106, comma 1, lett. c) del Codice (e dal comma 4 della stessa disposizione).

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

Firmato digitalmente il 13 settembre 2022