



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Progetto “.....OMISSIS....., borgo della spiritualità bizantina: tutela, salvaguardia e valorizzazione” – I° lotto - richiesta di parere.

### **FUNZ CONS 25/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 13 marzo 2023, acquisita al prot. Aut. n. 20041, 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 24 maggio 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, la stazione appaltante chiede se in relazione ad una gara bandita in data 11 luglio 2022, con termine per la presentazione delle offerte fissato al 12 settembre 2022, possa ritenersi giustificata l’istanza dell’impresa aggiudicataria, in sede di stipula, volta ad ottenere l’adeguamento dei prezzi al prezzario aggiornato a luglio 2022, tenuto conto del provvedimento di approvazione del progetto intervenuto in data 21 luglio 2021. Chiede, inoltre, se stipulato il contratto d’appalto, la stessa possa procedere all’emissione di SAL e del certificato di pagamento con i prezzi di progetto, effettuando successivamente la richiesta per maggiori costi ai sensi del d.m. MIT del 1.2.2023. Chiede, infine, se sia consentito procedere alla rivalutazione economica delle migliori offerte in gara con computo non estimativo.

Al fine di fornire un orientamento sulla questione illustrata, si evidenzia preliminarmente che ai sensi dell’art. 26, comma 16, del d.lgs. 50/2016 «...Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzari regionali aggiornati annualmente. Tali prezzari cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell’anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzari sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate (...).».

Pertanto, per espressa previsione normativa, 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.

L’istituto dei prezzari rileva, infatti, sotto un duplice profilo. «Da un lato la funzione dell’istituto è quella, nell’interesse precipuo delle Stazioni Appaltanti e della collettività, di assicurare

la serietà dell'offerta e la qualità delle prestazioni finali rese dall'operatore economico selezionato, evitando che la previsione di importi di base eccessivamente bassi impedisca di formulare offerte di sufficiente pregio tecnico (come comprovato dalla collocazione della disciplina sotto l'art. 23 del D. Lgs. n. 50 del 2016 in tema di "Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi"). Dall'altro, l'istituto dei prezzari regionali ha funzione di regolare il mercato delle opere pubbliche e di prevenirne le storture. L'impiego di parametri eccessivamente bassi (o, viceversa troppo elevati), comunque non in linea con le caratteristiche reali del settore imprenditoriale (come declinate in concreto con riguardo ad un dato territorio ed uno specifico frangente temporale), è in grado, infatti, di alterare il gioco della concorrenza ed impedire l'accesso al mercato in condizioni di parità (...))» (TAR Puglia, n. 497/2021).

La giurisprudenza aggiunge che «L'obbligo di porre a base di gara valori economici coerenti con l'attuale andamento del mercato trova la sua ragione nella necessità di evitare carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della pubblica amministrazione, oltre che sensibili alterazioni della concorrenza tra le imprese. Una Amministrazione che non si adegua a tali regole penalizza soprattutto le imprese più competitive e virtuose, perché esse sopportano maggiori oneri per l'adeguamento dei costi del lavoro, per l'investimento, per la formazione, per la sicurezza (T.a.r. Sardegna, Sez. I, 16 agosto 2011 n. 895)» (TAR Sardegna, n. 554/2019).

Pertanto, l'art. 23, comma 16, del Codice, conferma «un principio generale già riconosciuto sotto il vigore della precedente normativa codicistica secondo cui risulta obbligatorio per le Regioni (...) la revisione annuale dei prezzari, nonché l'obbligo per le Stazioni appaltanti di utilizzare tali mercuriali come imprescindibile parametro di riferimento ai fini del calcolo finale della base d'asta, di modo che l'eventuale, sensibile scostamento, in aumento o diminuzione, dei prezzi utilizzati per il singolo appalto rispetto a quelli indicati nei prezzari regionali è ammissibile purché sorretto da adeguate motivazioni tecniche e/o riferibili alle condizioni attuali del mercato (...))» (delibera n. 768/2019-prec125/19/L, in tal senso anche parere Funz Cons 64/2022).

Con l'ulteriore precisazione per cui «L'obbligo di aggiornamento dei prezzi non può che riferirsi alla fase di approvazione del progetto e non a quelle ad essa successive (in tal senso depongono anche le indicazioni contenute in proposito nelle Linee Guida n. 3 e le disposizioni di cui all'art. 26 del Codice (...))» (delibera n. 768/2019 cit.).

La necessità di predisporre elaborati progettuali coerenti con i prezzari aggiornati è stata, peraltro, confermata dalle disposizioni dell'art. 26, comma 2, del d.l. 50/2022 (*"Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi Ucraina"*), conv. in l.n. 91/2022, ai sensi del quale (tra l'altro) «(...) Fermo quanto previsto dal citato articolo 29 del decreto-legge n. 4 del 2022, *in relazione alle procedure di affidamento delle opere pubbliche avviate successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 31 dicembre 2022, ai fini della determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni, ai sensi dell'articolo 23, comma 16, del decreto legislativo n. 50 del 2016, si applicano i prezzari aggiornati ai sensi del presente comma ovvero, nelle more dell'aggiornamento, quelli previsti dal comma 3.* I prezzari aggiornati entro il 31 luglio 2022 cessano di avere validità entro il 31 dicembre 2022 e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 31 marzo 2023 per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data».

Alla luce di quanto sopra, le stazioni appaltanti sono tenute a fare puntuale applicazione dei prezzari regionali aggiornati, secondo le previsioni dell'art. 23 del Codice, tenuto anche conto delle intervenute disposizioni del citato art. 26, comma 2, del d.l. 50/2022 (parere Funz Cons 64/2022).

Pertanto, con riguardo al quesito sollevato dall'amministrazione istante, valgono le considerazioni svolte in ordine alla necessità che il progetto esecutivo sia coerente con il prezzario regionale aggiornato, secondo le prescrizioni normative sopra richiamate.

Quanto alla possibilità di adottare una variante contrattuale, prima della stipula del contratto d'appalto, ai fini della revisione delle condizioni economiche di aggiudicazione, si evidenzia che una simile ipotesi non appare conforme al disposto normativo dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, applicabile esclusivamente nella fase di esecuzione del contratto stesso e nei casi, *specifici e tassativi*, elencati dalla norma.

Come chiarito dall'Autorità, la possibilità di ricorrere alla variazione contrattuale, è legata alla ricorrenza degli stringenti presupposti fissati dal legislatore, da interpretare restrittivamente, comportando una deroga alle regole dell'evidenza pubblica (comunicato Presidente del 21.3.2021).

L'Autorità ha anche evidenziato che l'applicazione dell'art. 106 del Codice non può essere invocata per modificare le condizioni economiche di aggiudicazione di un appalto pubblico, fatto salvo il caso in cui, ai sensi del comma 1, lett. a), della norma, sia stata prevista nei documenti di gara "*in clausole chiare, precise e inequivocabili*", la possibilità di procedere alla revisione dei prezzi (ex multis parere Funz Cons 4/2023).

Quanto sopra è confermato peraltro anche dall'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 (tra l'altro) l'obbligo di inserire, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi ai sensi dell'art. 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del Codice.

Dalle considerazioni che precedono, deriva quindi che non è consentito prima della stipula del contratto d'appalto, procedere ad una modifica delle condizioni economiche di aggiudicazione, nel senso indicato nell'istanza di parere.

Anche il giudice amministrativo avverte che «la pretesa alla rimodulazione dei corrispettivi prima della stipula del contratto (e, quindi, in una fase differente dall'esecuzione) alteri il confronto tra gli operatori (...) finendo per "premiare" il concorrente che indica il prezzo maggiormente competitivo (anche senza quella necessaria prudenza che si richiede ad un soggetto qualificato e da tempo operante nel mercato), salvo poi predicare la insostenibilità delle condizioni originarie del contratto, determinate anche in ragione delle proprie offerte. 7.7. Va poi considerato come non vi sia alcuna regola o principio che possa supportare la pretesa ad ottenere una commessa alterando prima della stipula le condizioni economiche a cui lo stesso operatore si vincola nella formulazione dell'offerta. Le mutate condizioni del mercato che rendano non remunerativa l'offerta possono legittimare un ritiro dell'operatore dalla gara o, come nel caso di specie, la non accettazione della stipula ma non supportare la pretesa ad ottenere la commessa a prezzi differenti e senza riapertura di un nuovo dialogo competitivo. Né risultano evocabili gli istituti posti a governo delle sopravvenienze contrattuali che, per l'appunto, riguardano la fase di esecuzione del contratto e le alterazioni che possono generarsi nel corso della durata del negozio ma non si riferiscono, invece, ad una fase antecedente alla stipula ove l'eventuale insostenibilità si traduce nella possibilità di non sottoscrivere il contratto. Lo evidenzia il T.A.R. per la Lombardia – sede di Brescia, notando come l'istanza di revisione del prezzo formulata dall'impresa aggiudicataria prima della stipulazione del contratto risulti non supportata da alcuna previsione legale in quanto effettuata in un momento in cui, non essendo ancora in essere alcun rapporto contrattuale, non è giuridicamente ipotizzabile né ammissibile alcuna ipotesi di revisione del prezzo, che per sua natura presuppone un contratto (ad esecuzione continuata e periodica) già in corso; "e così come nel corso del rapporto contrattuale l'impresa appaltatrice è tutelata, in caso di un esorbitante aumento dei costi del servizio, dall'istituto della revisione del prezzo (ove previsto dagli atti di gara) ovvero dalla possibilità di esperire i rimedi

civilistici di risoluzione del vincolo sinallagmatico, nel diverso caso in cui l'evento impreveduto e imprevedibile si verifichi prima della stipulazione del contratto, l'impresa aggiudicataria è tutelata con la possibilità di rifiutare la sottoscrizione del contratto, una volta cessata la vincolatività della propria offerta" (T.A.R. per la Lombardia – sede di Brescia, Sez. I, 10.3.2022, n. 232)» (TAR Lombardia n. 1343/2022).

A conferma di quanto sopra, il Legislatore, al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, è intervenuto in relazione ai *contratti pubblici in corso di esecuzione*, con disposizioni derogatorie al citato art. 106, comma 1, lettera a) del Codice.

Tra queste, l'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 conv. in l.106/2021, l'art. 26 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022 e l'art. 29 del d.l. 4/2022 sopra citato, hanno introdotto dei meccanismi straordinari di adeguamento/compensazione dei predetti prezzi, nei limiti e alle condizioni indicate dalle norme (sull'interpretazione di tali disposizioni, *ex multis* pareri Funz Cons n. 2/2023, n. 4/2023, n. 26/2022, n. 49/2022, n. 51/2022, del. n. 63/2022- AG1/2022, del. n. 265/2022-AG 5/2022).

In particolare, l'art. 26 del d.l. 50/2022, conv. in l.n. 91/2022, ha introdotto un meccanismo di adeguamento dei prezzi basato sull'aggiornamento infrannuale dei prezzari regionali. La l. 29 dicembre 2022, n. 197 ("*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025*") ha aggiunto (tra l'altro) alla predetta disposizione i commi 6-bis e 6-ter.

Per quanto di interesse ai fini del parere, «il comma 6-bis estende la misura dell'adeguamento prezzi prevista dalla norma (emissione del SAL applicando i prezzari di cui al comma 2, anche in deroga a clausole contrattuali), ai lavori annotati nel libretto delle misure dal 1 gennaio 2023 al 31 dicembre 2023, con riferimento ad appalti aggiudicati sulla base di offerte "con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021". Il comma 6-ter, a sua volta, prevede l'applicazione del comma 6-bis citato, anche agli appalti di lavori aggiudicati sulla base di offerte con termine finale di presentazione compreso tra il 1° gennaio 2022 e il 31 dicembre 2022", che non abbiano accesso al fondo di cui al comma 7, relativamente alle lavorazioni "eseguite o contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023"» (parere Funz Cons n. 2/2023).

Il d.m. MIT del 1 febbraio 2023, citato nell'istanza di parere, attuativo delle previsioni dell'art. 26 sopra richiamato, come indicato all'art. 1, disciplina le modalità operative e le condizioni di accesso al Fondo di cui all'art. 26, comma 6-quater, del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022.

Ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.m. citato «Le disposizioni relative al Fondo si applicano alle ipotesi previste dall'art. 26, commi 6-*bis*, 6-*ter* e 12 del decreto-legge n. 50 del 2022, e in particolare: agli appalti pubblici di lavori, ivi compresi quelli affidati a contraente generale, nonché agli accordi quadro di cui all'art. 54 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, aggiudicati sulla base di offerte, con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021, relativamente agli stati di avanzamento concernenti le lavorazioni eseguite o contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023; agli appalti pubblici di lavori, relativi anche ad accordi quadro di cui al citato art. 54 del decreto legislativo n. 50 del 2016, aggiudicati sulla base di offerte con termine finale di presentazione compreso tra il 1° gennaio 2022 e il 31 dicembre 2022 che non abbiano accesso al Fondo di cui all'art. 26, comma 7 del decreto-legge n. 50 del 2022, con riferimento alle lavorazioni eseguite o contabilizzate ovvero annotate dal direttore dei lavori, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023; agli appalti pubblici di lavori, nonché agli accordi quadro di lavori di cui all'art. 54 del decreto legislativo n. 50 del 2016 delle

società del gruppo Ferrovie dello Stato, dell'ANAS S.p.a. e degli altri soggetti di cui al Capo I del Titolo VI della parte II del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016, limitatamente alle attività previste nel citato capo I e qualora non applichino i prezzari regionali, con riguardo ai prezzari dagli stessi utilizzati e aggiornati entro il termine di cui al primo periodo dell'art. 26, comma 2, del presente decreto-legge n. 50 del 2022; ai contratti affidati a contraente generale dalle società del gruppo Ferrovie dello Stato e dall'ANAS S.p.a. in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, le cui opere siano in corso di esecuzione, per i quali si applica un incremento del 20 per cento agli importi delle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori dal 1° gennaio 2022 fino al 31 dicembre 2023».

Per quanto sopra, sia l'art. 26 del d.l. 50/2022, sia il d.m. citato, indicano espressamente i casi in cui è consentito procedere, *in corso di esecuzione del contratto d'appalto*, alla misura di adeguamento prezzi disciplinata dalla norma (emissione del SAL applicando i prezzari di cui al comma 2, anche in deroga a clausole contrattuali) e l'accesso alle risorse del Fondo ivi previsto.

Inoltre, il meccanismo di adeguamento prezzi di cui all'art. 26 sopra citato, è applicabile *a tutti gli elementi dell'offerta*, qualora questa sia stata presentata entro le date ivi stabilite e relativamente alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori, nel libretto delle misure, nei periodi indicati nella norma. L'istituto dell'adeguamento prezzi, invece, non può essere applicato nel caso di gratuità delle lavorazioni offerte dall'operatore economico in sede di gara (in tal senso parere MIT n. 1612/2022).

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*

Originale firmato digitalmente