



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento dei servizi educativi presso l'asilo nido comunale anni 2023-2025 – rinnovo CCNL - art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0139-2024-FC

FUNZ CONS 58/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 16 luglio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 83221, 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 20.11.2024, 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. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la citata nota l'Amministrazione richiedente comunica di aver affidato nel 2023, a seguito di gara indetta ai sensi del d.lgs. 50/2016, i servizi educativi presso l'asilo nido comunale, per gli anni 2023-2025 con opzione di rinnovo per gli anni 2025/2026 e, tenuto conto delle disposizioni di cui all'art. 29 del d.l.4/2022, di aver inserito negli atti di gara una specifica previsione in ordine alla revisione dei prezzi e, conseguentemente, alla modifica del contratto ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016 (aggiornamento prezzi sulla base dell'indice Istat nei termini indicati nell'istanza di parere).

La stessa Amministrazione comunica, inoltre, che a seguito del rinnovo del CCNL delle Cooperative sociali avvenuto il 5 marzo 2024, con Decreto Direttoriale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 30 del 14 giugno 2024 è stato aggiornato il costo medio orario del lavoro per i lavoratori occupati nelle cooperative del settore socio-sanitario-assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo.

Al riguardo, considerato che i servizi oggetto dell'appalto sopra indicato, hanno come voce prevalente il costo della manodopera, trattandosi di "servizi alla persona", calcolati sulla base dei costi orari stabiliti dal precedente Decreto Direttoriale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 7 del 17 febbraio 2020, secondo l'istante, l'equilibrio del contratto d'appalto in corso di esecuzione, risulterebbe alterato da un aumento dei costi del servizio non prevedibile al momento della predisposizione degli atti di gara o al momento della formulazione dell'offerta.

Per quanto sopra, l'Amministrazione comunale chiede all'Autorità (ii) se per gli affidamenti disposti ai sensi del d.lgs. 50/2016 (a decorrere da gennaio 2022), comprensivi della clausola di revisione prezzi negli atti di gara ai sensi del citato art. 106, comma 1, lettera a), l'ipotesi del rinnovo

del CCNL di riferimento, possa costituire il presupposto per procedere ad una revisione dei prezzi secondo la richiamata disposizione del Codice e (ii) se in tal caso la SA possa avviare una rinegoziazione dei costi del servizio con le seguenti condizioni: – la variazione del costo del servizio deve superare il 5% dell'importo complessivo dell'appalto; – la revisione non deve eccedere l'80% della variazione stessa in relazione alle prestazioni richieste.

Al fine di fornire un indirizzo generale sul quesito posto, riferito ad un appalto pubblico di servizi disciplinato dal d.lgs. 50/2016, deve richiamarsi in primo luogo il consolidato orientamento dell'Autorità a tenore del quale «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 (...)» (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, applicabile *ratione temporis* all'appalto in oggetto.

Il Codice contempla tuttavia una deroga ai principi sopra enucleati, in casi specifici e tassativi, fissati dall'art. 106 ("Modifica di contratti durante il periodo di efficacia") dunque applicabili alla fase di esecuzione del contratto di appalto, 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, n. 4/2023, n. 7/2023, delibera n. 63/2022-AG1/2022, delibera n. 265/2022-AG 5/2022; in tal senso anche Cons. Stato n. 6848/2023).

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 al riguardo che l'eventuale revisione dei prezzi dei contratti pubblici (anche alla luce dell'art. 29 del d.l. 4/2022, conv. in l.n. 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" (parere Anac n. 20/2022, n. 14/2024).

In tal senso si è espresso anche il giudice amministrativo, riconducendo 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 Cons. di Stato n. 1844/2023, TAR Lombardia n. 238/2022, TRGA Bolzano n. 271/2022), escludendo la possibilità di ricondurre tale revisione dei prezzi nell'ambito delle disposizioni dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016, posto che, per costante insegnamento pretorio, la norma si riferisce «alle sole varianti in corso d'opera che si sostanziano "in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale", mentre «Le modifiche dell'oggetto del contratto sul versante del corrispettivo che l'appaltatore va a trarre dall'esecuzione del contratto vanno invece sussunte nell'ambito della fattispecie di cui alla lettera a), che disciplina gli aspetti economici del contratto con testuale riferimento alle «variazioni dei prezzi e dei costi standard» (Cons. di Stato n. 1844/2023 e n. 9426/2022).

Conclusivamente sul punto, pertanto, deve ribadirsi in via generale l'avviso dell'Autorità in materia, secondo il quale la revisione dei prezzi negli appalti pubblici appare consentita entro i limiti

stabiliti dall'art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016, dunque disposta nei casi previsti dalla norma, nonché nelle eventuali previsioni relative allo *jus variandi* contenute negli atti di gara in coerenza con il citato art. 106, da ritenere tassativi in quanto derogatori all'evidenza pubblica (ex multis pareri Funz Cons n. 20/2022 e n. 4/2023).

In tale ambito si colloca la fattispecie oggetto del quesito posto, relativo alla possibilità di procedere alla revisione delle condizioni economiche di un appalto di servizi, a seguito del rinnovo del CCNL di settore intervenuto in corso di esecuzione del contratto (di durata pluriennale) e che determini un aumento del costo del lavoro e quindi del servizio (trattandosi di un contratto con prevalente costo della manodopera), non prevedibile al momento della predisposizione degli atti di gara da parte della stazione appaltante o al momento della formulazione dell'offerta da parte dell'impresa aggiudicataria (quale fattispecie distinta dall'esigenza di aggiornare la verifica di congruità dell'offerta in corso di gara, ex artt. 97 e 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016, in relazione alla quale la giurisprudenza ha osservato che «la stipula del nuovo CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto; per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi» Cons. di Stato n. 6652/2023; conf. Cons. di Stato n. 453/2024).

Con riguardo a tale specifico argomento, occorre osservare che secondo l'orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione al previgente assetto normativo di settore (d.lgs. 163/2006 e d.lgs. 50/2016), ancorché espresso in relazione al rinnovo del CCNL intervenuto in corso di gara, l'aumento del costo del personale, «derivante dal periodico rinnovo dei contratti collettivi di lavoro applicabili al settore, non dovrebbe essere considerato un evento imprevedibile ma una normale evenienza di cui l'imprenditore dovrebbe sempre tenere conto nel calcolo della convenienza economica dell'offerta presentata in gara» (Cons. di Stato, n. 6652/2023 e n. 453/2024 cit.).

Tuttavia, la stessa giurisprudenza osserva che in sede di verifica dell'affidabilità economica dell'offerta, «che si proietta anche sulla fase di esecuzione del contratto», occorre considerare gli incrementi retributivi previsti nel nuovo CCNL di settore, al fine di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi (Cons. di Stato, n. 6652/2023 cit., ove si aggiunge che «Accanto a questa finalità generale, nella specifica ipotesi di verifica imposta dall'art. 95, comma 10, secondo periodo, se ne aggiunge un'altra, ossia l'esigenza di assicurare la piena applicazione non solo dei «trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge» (applicazione garantita dall'art. 97, comma 6, che li sottrae anche alle giustificazioni o spiegazioni dell'offerente) ma anche la effettiva applicazione dei trattamenti normativi ed economici previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro maggiormente rappresentative (art. 23, comma 16), salva la possibilità - ... - di presentare giustificazioni idonee a dare conto dello scostamento rispetto alle tabelle ministeriali sul costo del lavoro (giurisprudenza consolidata: per tutte C.d.S., Sez. III, 9 giugno 2020, n. 369)».

Tale orientamento sottolinea, quindi, l'esigenza di dover dare applicazione, durante l'esecuzione del contratto d'appalto, ai nuovi livelli retributivi previsti a seguito di rinnovo del CCNL di settore, nei termini sopra indicati.

Invero, una simile indicazione proviene chiaramente anche dal Legislatore che, nella Legge delega n. 78/2022 (recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*"), all'art. 1, comma 2, lett. g) ha introdotto, quale criterio di delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici, «la

previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa».

Come evidenziato nella Relazione Illustrativa del nuovo Codice «In esecuzione di tale criterio di delega [art. 1, comma 2, lett. g)] è stato reso obbligatorio, con il comma 1, l'inserimento nei documenti di gara della clausola di revisione prezzi. Tra i possibili meccanismi di funzionamento della revisione (sostanzialmente riassumibili sotto le due categorie dei sistemi di compensazione e di quelli di indicizzazione) si è scelto, al comma 2, un modello di indicizzazione, per alcuni profili ispirato a quello esistente nell'ordinamento francese, allo scopo di facilitare e rendere più rapida e "sicura" l'applicazione della revisione. Allo stesso tempo, però, sempre in esecuzione dei criteri di delega, è stato previsto, sempre al comma 2, che all'origine delle variazioni dei prezzi che renderanno in concreto attivabile il meccanismo della revisione siano "particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta". Particolarmente delicato e complesso è stato, dunque, conciliare l'opzione di indicizzazione con la caratteristica dell'imprevedibilità delle variazioni: per garantire la coerenza del nuovo sistema si è così concentrata l'attenzione sia sul profilo temporale della valutazione dell'imprevedibilità ("imprevedibili al momento della formulazione dell'offerta") sia sul dato quantitativo di essa (variazioni imprevedibili nel quantum) (...)».

Il d.lgs. 36/2023 ha quindi recepito le indicazioni del legislatore contenute dell'art. 1, comma 2, lett. g) della l.n. 78/2022, all'art. 60, comma 1, stabilendo, in via generale, l'obbligo di inserire negli atti di gara le clausole di revisione dei prezzi, le quali, ai sensi del comma 2 della stessa norma, non devono apportare «modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire».

Occorre considerare, altresì, che anche l'art. 120 del Codice medesimo prevede la possibilità di apportare modifiche al contratto d'appalto in corso di esecuzione (come il previgente art. 106, comma 1 lett. a) del d.lgs. 50/2016) «a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali, che possono consistere anche in clausole di opzione».

Entrambe le disposizioni costituiscono attuazione del principio di conservazione dell'equilibrio economico del contratto d'appalto, come stabilito dall'art. 9, comma 5, del Codice (a tenore del quale «In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120»).

L'indicazione del legislatore derivante dalle disposizioni sopra richiamate è nel senso di ritenere il rinnovo dei CCNL di settore, intervenuto in corso di esecuzione del contratto, quale evento che, in attuazione del suindicato principio di conservazione dell'equilibrio economico del contratto d'appalto, può giustificare la revisione dei prezzi di aggiudicazione, ove determini una variazione del

costo del lavoro in grado di incidere in maniera significativa sul valore complessivo del servizio e quindi sull'equilibrio economico del contratto stesso (fermo il divieto di alterazione della natura del contratto d'appalto).

A tal fine, tuttavia, è necessaria una specifica previsione negli atti di gara, a norma del comma 1 del citato art. 60, nonché dell'art. 120, comma 1, lett. a) del d.lgs. 36/2023, che dia evidenza del meccanismo revisionale contemplato nella disposizione medesima. È appena il caso di aggiungere che lo stesso art. 60 prevede, ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi di cui al comma 1, il ricorso agli indici sintetici elaborati dall'ISTAT i quali, con riguardo ai contratti di servizi e forniture, includono (tra l'altro) *"gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie"* (secondo le disposizioni del comma 3 della norma).

Le considerazioni svolte sul nuovo Codice, da un lato, appaiono utili a confermare l'avviso espresso dalla giurisprudenza amministrativa e dall'Autorità in ordine alla riconducibilità delle istanze di revisione dei prezzi dei contratti pubblici disciplinati dal d.lgs. 50/2016, esclusivamente nelle previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016 (e non invece nelle previsioni della lett. c) della stessa norma, come ipotizzato da isolata pronuncia giurisprudenziale, TAR Campania, sez. I, n. 3735 del 13.06.2024), dall'altro, consentono di ritenere ammissibile in tale ambito, una variazione contrattuale discendente dal rinnovo del CCNL di settore, nel caso in cui lo stesso comporti un aumento del costo del lavoro che, in termini di entità e di impatto sul valore complessivo del servizio, giustifichi la presentazione di istanze di revisione prezzi da parte dell'appaltatore; istanze che devono essere valutate, caso per caso, dalla stazione appaltante, ove sussistano negli atti di gara, clausole chiare, precise e inequivocabili di revisione ai sensi del citato art. 106, comma 1, lett. a) del Codice.

Pertanto, in risposta al quesito posto, con riguardo ad un appalto di durata pluriennale disciplinato dal d.lgs. 50/2016, nel quale i servizi oggetto dello stesso presentano come voce prevalente il costo della manodopera, si ritiene possibile per la stazione appaltante, in presenza di un rinnovo del CCNL di settore intervenuto in corso di esecuzione delle prestazioni contrattuali, valutare la fondatezza delle istanze di revisione formulate dall'appaltatore e l'opportunità di procedere all'adozione di una variazione contrattuale secondo le previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016 e nei limiti stabiliti dalla norma (incluso il divieto di modifiche sostanziali al contratto, secondo le previsioni del comma 4 della stessa).

Quanto sopra tenuto conto del fatto che, come osservato nell'istanza di parere, la stazione appaltante ha provveduto ad inserire negli atti di gara, apposita clausola di revisione prezzi, secondo la disposizione del Codice sopra richiamata e in ossequio alle previsioni dell'art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022.

Entro tali limiti appare, quindi, consentita la modifica contrattuale in parola.

Sulla base delle considerazioni che precedono, assorbito il secondo quesito dalle indicazioni sopra riportate, si rimette alla 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