



.....OMISSIS.....

Oggetto

Appalto misto per la fornitura dei gas medicinali tecnici e altri gas ad uso umano e del servizio di gestione, distribuzione, compresa la manutenzione full risk degli impianti di stoccaggio e della rete di distribuzione gas medicinali pressoOMISSIS..... - richiesta di parere.

FUNZ CONS 4/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 21 dicembre 2022, acquisita al prot. Aut. n. 107642 e facendo seguito alla comunicazione del 23 gennaio 2023, prot. Aut. n. 5826, 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 15 febbraio 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.

Il quesito proposto riguarda la possibilità, a seguito dell'aumento eccezionale dei costi delle materie prime, di procedere alla revisione dei prezzi dell'appalto in oggetto, mediante applicazione delle disposizioni dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016.

Al fine di esprimere avviso sulla questione sopra illustrata, si osserva preliminarmente che in relazione alle previsioni emergenziali dettate per la compensazione/revisione dei prezzi dei contratti pubblici nel corso degli anni 2021 e 2022, l'Autorità ha fornito utili indicazioni in diverse pronunce consultabili sul sito istituzionale (tra le tante, pareri Funz Cons n. 26/2022, n. 49/2022, n. 51/2022, delibera n. 63/2022- AG1/2022, delibera n. 265/2022-AG 5/2022).

In tali pronunce l'Autorità ha ribadito (tra l'altro) che la possibilità di procedere alla modifica dei contratti pubblici durante il periodo di efficacia, è limitata ai casi, specifici e tassativi, fissati dall'art. 106 del Codice, quale disposizione di stretta interpretazione, trattandosi di una deroga al principio dell'evidenza pubblica (Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021).

Tra tali casi l'art. 106 del Codice, 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".

Quanto sopra è confermato 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.

Il Legislatore, tuttavia, 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).

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.

Le disposizioni citate, attengono tuttavia a contratti pubblici di lavori e non di servizi e forniture, come espressamente previsto dalle norme stesse e sottolineato da questa Autorità (parere Funz Cons 20/2022, nonché ribadito dal MIMS con parere n. 1465/2022).

Conseguentemente, l'eventuale revisione dei prezzi per i contratti pubblici di servizi e forniture (anche alla luce del citato art. 29 della l. 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” (in tal senso parere Anac citato).

Quanto sopra trova conferma anche nell'avviso giurisprudenziale che riconduce le eventuali istanze di revisione dei prezzi avanzate dall'appaltatore a seguito di asseriti aumenti dei costi di un servizio, nella previsione della lettera a) dell'art. 106, comma 1, del Codice (in tal senso TAR Lombardia n. 238/2022), aggiungendo che «nella disciplina vigente *ratione temporis* degli appalti pubblici di servizi e forniture in corso di esecuzione la revisione dei prezzi può trovare applicazione *solo se previamente disciplinata nei documenti di gara*, sulla base di un'accurata istruttoria, di esclusiva competenza della stazione appaltante, alla quale spetta l'adozione del provvedimento finale che riconosce o nega l'aumento dei prezzi ... (cfr., ex multis, TAR Campania, Napoli, Sez. V. 15 giugno 2022, n. 4047)» (sent. TRGA Bolzano n. 271/2022 cit.).

Con l'ulteriore considerazione per cui la clausola di revisione dei prezzi ai sensi del citato art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016, 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).

Quanto all'applicabilità dell'art. 1664 c.c. agli appalti di servizi e forniture, questione sulla quale si sofferma l'istanza di parere, si ribadisce l'avviso dell'Autorità, che ritiene la predetta disposizione inapplicabile ai contratti pubblici, per i quali l'art. 106 del Codice costituisce norma speciale, dettando una disciplina specifica in tema di variazioni dei contratti in corso di esecuzione (tanto che gli interventi normativi sopra indicati introducono previsioni in deroga all'art. 106 del Codice; in tal senso parere Funz Cons 20/2022 cit.).

Peraltro, l'inapplicabilità dell'art. 1664 c.c. ai contratti pubblici è stata confermata dalla giurisprudenza amministrativa alla luce del principio di specialità della disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici in materia di revisione dei prezzi (*ex multis* Cons. Stato n. 2446/2022, n. 1980/2019, n. 3768/2018).

Anche sulla base dei chiarimenti offerti dalla giurisprudenza, pertanto, 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 (parere FunzCons 20/2022).

In ordine alla possibilità di ricondurre la revisione dei prezzi del contratto d'appalto nell'ambito delle previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. c) del Codice [variazione contrattuale derivante da circostanze impreviste e imprevedibili], sulla base del disposto dell'art. 7, comma 2-ter, del d.l. 36/2022 ("*Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*"), conv. in l.n. 79/2022, si osserva quanto segue.

Il citato art. 7, comma 2-ter dispone che «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».

La disposizione aggiunge, al comma 2-quater, che «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».

L'art. 7, commi 2-ter e 2-quater, sopra richiamato, è espressamente dedicato agli appalti relativi all'attuazione del PNRR, come deriva dalla rubrica della disposizione ("*Ulteriori misure urgenti abilitanti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*") e riferito al "*costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera*", dunque agli appalti di lavori.

Come sottolineato dall'Autorità «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 "*impreviste 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 i 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 e 2-quater dell'art. 7 citato (parere Funz Cons 53/2022 e Funz Con 67/2022).

La disposizione citata, invero, «*non stabilisce la possibilità di modificare il corrispettivo dell'appalto a fronte dell'aumento del costo dei materiali*: detta evenienza consente alla stazione appaltante e all'appaltatore di proporre l'adozione di una variante in corso d'opera ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera c), numero) 1, del Codice dei contratti pubblici che assicuri risparmi da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali. Tale variante, come indicato dalla norma, non deve alterare la natura del contratto e non deve pregiudicare la funzionalità dell'opera. Si evidenzia, quindi, che la possibilità di procedere alla revisione dei prezzi del contratto d'appalto, deve essere prevista nei documenti di gara "in clausole chiare, precise e inequivocabili", come stabilito dall'articolo 106, comma 1, lettera

a), primo periodo, del Codice e ribadito dall'art. 29 del d.l. 27 gennaio 2022 n. 4 conv. in l. 28 marzo 2022 n. 25» (Comunicato Anac del 20.12.2022, recante "*Chiarimenti riguardanti l'ambito di applicazione dell'articolo 7, commi 2-ter e 2-quater, del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2022, n. 79*").

Per quanto sopra, la disposizione sopra richiamata non consente di procedere ad una revisione dei prezzi del contratto d'appalto nei termini indicati nell'istanza.

Sotto altro profilo, occorre aggiungere che l'eventuale risoluzione del contratto stesso ai sensi dell'art. 1467 c.c., «può essere proposta, alle condizioni previste dalla norma, solo con apposita azione dinanzi al giudice competente». Infatti, l'applicabilità della norma «è limitata ai contratti a esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita e ..non assegna al contraente il diritto potestativo di determinare la risoluzione del contratto mediante atto unilaterale di recesso, ma subordina un effetto di tal fatta a una pronuncia dell'autorità giudiziaria di natura costitutiva, rimanendo del tutto irrilevante l'eventuale richiesta recessiva formulata stragiudizialmente dall'appaltatrice, così come l'eventuale rigetto di essa da parte della pubblica amministrazione» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 luglio 2022, n. 5667; id. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 16 giugno 2022, n. 4095; TAR Lombardia, Brescia, 10 marzo 2022, n. 239)» (sent. TRGA n. 271/2022 cit.).

Pertanto, se l'evento imprevedibile dal quale deriva la necessità di rivedere i prezzi del contratto d'appalto «si manifesta dopo la stipula del contratto, l'operatore economico può rivolgersi al giudice civile per chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., ovvero chiedere all'Amministrazione l'applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. a), del D. Lgs. n. 50 del 2016, nel solo caso però ... in cui la revisione sia prevista nei documenti di gara» (sent. TRGA n. 271/2022 cit.).

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