



## Oggetto

Art. 26 d.l. 50/2022 e art. 7, comma 2-ter e 2-quater d.l. 36/2022 - richiesta di parere.

### **FUNZ CONS 17/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 8 febbraio 2023, acquisita al prot. Aut. n. 10771, 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 19 aprile 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, l'istante chiede se in relazione ad un appalto qualificato come appalto di servizi ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 50/2016, con quota minoritaria di lavori, la stazione appaltante sia tenuta all'emissione, in favore dell'appaltatore, dei certificati di pagamento straordinari previsti dall'art. 26 del d.l. 50/2022 o, in alternativa, a procedere all'adozione di una variante ex art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016, come interpretato alla luce dell'art. 7 commi 2-ter e 2-quater del d.l. 36/2022, al fine di riequilibrare il sinallagma contrattuale, procedendo ad una revisione dei prezzi dei materiali utilizzati per la quota lavori.

In relazione ai quesiti proposti, si osserva preliminarmente che in più occasioni l'Autorità ha ribadito 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; 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).

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 clause chiare, precise e inequivocabili*".

L'Autorità ha chiarito altresì che le disposizioni emergenziali (in particolare art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 conv. in l.106/2021, art. 26 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022 e art. 29 del d.l. 4/2022) dettate dal Legislatore al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, derogatorie al citato art. 106, comma 1, lettera a), attengono a contratti pubblici di lavori e non di servizi e forniture, come espressamente previsto dalle norme stesse (parere Funz Cons 20/2022 e ribadito dal MIT con parere n. 1465/2022).

Stante il chiaro tenore letterale delle norme sopra citate, riferite espressamente agli appalti di lavori, e in assenza di diverse indicazioni da parte del legislatore, deve quindi ritenersi che le medesime norme non possano trovare applicazione in relazione ad un appalto qualificato come "appalto di servizi", ancorché con previsione di una quota minoritaria di lavori (in tal senso parere MIT n. 1465/2022 e nelle faq sull'art. 26 del d.l. 50/2022, citate nell'istanza).

A tale conclusione si perviene altresì sulla base dell'avviso giurisprudenziale a tenore del quale l'applicazione delle disposizioni citate agli appalti diversi dai lavori si tradurrebbe «in una vera e propria estensione in via analogica della disciplina, vietata ex art. 14 disp. prel. c.c. in ragione della natura eccezionale delle previsioni in parola. Ciò in quanto è fuori di dubbio che queste ultime si riferiscano testualmente ai soli appalti di lavori (così, in particolare, la rubrica dell'art. 26 del D.L. n. 50 del 2022 – "Disposizioni urgenti in materia di appalti pubblici di lavori" - nonché l'inciso di cui al suo comma 1 che specifica che la norma si applica "agli appalti pubblici di lavori" e l'impiego in essa della inequivoca locuzione "materiali di costruzione") e non anche alla diversa fattispecie, che qui viene in rilievo, della fornitura» (Cons. di Stato n. 1844/2023).

Consegue da quanto sopra che l'eventuale revisione dei prezzi per i contratti pubblici di servizi e forniture (anche alla luce dell'art. 29 della l. 25/2022), in assenza di specifiche previsioni derogatorie al d.lgs. 50/2016 (come per gli appalti di lavori), 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 *ex multis* parere Anac 20/2022 cit.).

In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale le eventuali istanze di revisione dei prezzi avanzate dall'appaltatore a seguito di asseriti aumenti dei costi di un servizio, vanno ricondotte *esclusivamente* nella previsione della lettera a) dell'art. 106, comma 1, del Codice (in tal senso Cons. Stato n.1488/2023 e n. 9426/2022, TAR Lombardia n. 238/2022, TRGA Bolzano n. 271/2022).

Pertanto, come ulteriormente evidenziato dal giudice amministrativo «se un evento imprevedibile ed eccezionale causa un aumento straordinario dei prezzi durante la gara, l'operatore economico può legittimamente ritirarsi. Se invece decide di firmare il contratto, significa che accetta il rischio imprenditoriale. Se l'evento imprevedibile 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).

Quanto al quesito relativo alla possibilità per la stazione appaltante di adottare una variante ex art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016, come interpretato alla luce dell'art. 7 commi 2-ter e 2-quater del d.l. 36/2022, al fine di riequilibrare il sinallagma contrattuale *dell'appalto di servizi*, procedendo ad una revisione dei prezzi dei materiali utilizzati per la quota lavori, si evidenzia che, secondo un'interpretazione letterale della norma, la stessa trova applicazione esclusivamente per gli appalti di lavori, essendo riferita alla "realizzazione dell'opera", da intendersi secondo la definizione dell'art. 3, lett. pp) del d.lgs. 50/2016, ossia il "il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica" (così parere MIT n. 1465/2022; in termini parere Funz Cons 4/2023).

Dispone, infatti, il citato art. 7 (*Ulteriori misure urgenti abilitanti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*), comma 2 *ter*, 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 imprevedute ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera».

La norma 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, comma 2-ter è espressamente riferito agli appalti relativi all'attuazione del PNRR come deriva dalla rubrica della disposizione riferita a "*Ulteriori misure urgenti abilitanti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*".

Tuttavia, 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 dell'art. 7 citato» (parere Funz Cons 53/2022).

Pertanto, secondo l'orientamento dell'Autorità, l'applicazione della disposizione in esame - stante il carattere interpretativo della stessa - può essere invocata anche per gli appalti di lavori non direttamente riferiti all'attuazione del PNRR qualora si verificano circostanze impreviste ed imprevedibili che alterino in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera (Comunicato del Presidente 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").

La norma, invero, non stabilisce la possibilità di modificare il corrispettivo dell'appalto a fronte dell'aumento dei costi dei materiali, ma chiarisce che tra le circostanze impreviste ed imprevedibili che possono condurre ad una variante in corso d'opera, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c), n.1) del d.lgs. 50/2016, è incluso l'aumento significativo del costo dei materiali» (parere Funz Cons n. 61/2022 e Comunicato del Presidente citato).

Infatti il comma 2-quater ha precisato al riguardo che nei casi indicati al comma 2-ter - cioè in presenza dell'aumento considerevole dei prezzi dei materiali - *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.

Pertanto, per far fronte al predetto aumento dei costi dei materiali, sia la stazione appaltante sia l'appaltatore possono proporre l'adozione di una variante in corso d'opera ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. c), n. 1, del Codice, *che assicuri risparmi*, da utilizzare esclusivamente in *compensazione* per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali. Inoltre, tale variante, come indicato dalla norma, non deve alterare la natura del contratto e non deve pregiudicare la funzionalità dell'opera (parere Funz Cons n. 61/2022 cit.).

Conclusivamente, in risposta al quesito in esame, può osservarsi 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 (parere FunzCons 20/2022; anche Cons. Stato n. 1488/2023 e n. 9426/2022).

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*

Atto firmato digitalmente