



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Lavori di "Demolizione e ricostruzione della scuola primaria .....OMISSIS....., sulla base del piano d'azione .....OMISSIS.....istruzione e formazione. Valorizzazione e sviluppo del sistema dell'istruzione e della formazione professionale in .....OMISSIS..... (struttura in acciaio- classe d'uso IV)" – richiesta di parere

### **FUNZ CONS 26/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 28 marzo 2023, acquisita al prot. Aut. n. 24803, 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 30 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.

Il quesito proposto attiene alla gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, indetta in data 4 settembre 2020, con termine per la presentazione delle offerte fissato al 7 ottobre 2020, e aggiudicata in data 23 gennaio 2021. A seguito dell'avvio dei lavori, a fronte della necessità di adottare una variante ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, l'impresa ha chiesto un adeguamento dei prezzi contrattuali al prezzario regionale del 2022. La stazione appaltante chiede quindi se sia possibile dare seguito a tale istanza dell'appaltatore tenuto conto della data di approvazione del progetto e di presentazione dell'offerta o, in alternativa, adottare la variante sopra indicata secondo i prezzi contrattuali e successivamente procedere all'emissione del SAL e del certificato di pagamento, effettuando la richiesta per maggiori oneri ai sensi del d.m. MIT del 1 febbraio 2023.

In relazione ai quesiti sollevati, deve evidenziarsi in primo luogo che in diverse pronunce dell'Autorità, sulla base del disposto dell'art. 23, comma 16, del d.lgs. 50/2016 (ai sensi del quali «...Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzari regionali aggiornati annualmente...»), è stato sottolineato che 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 (*ex multis* parere Funz Cons 64/2022).

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 prezzi regionali è ammissibile purché sorretto da adeguate motivazioni tecniche e/o riferibili alle condizioni attuali del mercato (...)» (delibera n. 768/2019-prec125/19/L, anche parere Funz Cons 64/2022 cit.).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato l'importanza dell'istituto dei prezzi, osservando che la funzione degli stessi è quella 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; sotto altro profilo, l'istituto dei prezzi regionali ha la funzione di regolare il mercato delle opere pubbliche e di prevenirne le storture, in quanto l'impiego di parametri eccessivamente bassi (o, viceversa troppo elevati), comunque non in linea con le caratteristiche reali del settore imprenditoriale, è in grado di alterare il gioco della concorrenza ed impedire l'accesso al mercato in condizioni di parità (in tal senso TAR Puglia, Bari, n. 497/2021).

L'Autorità ha ulteriormente chiarito che l'obbligo di aggiornamento dei prezzi deve 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 prezzi 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 prezzi aggiornati ai sensi del presente comma ovvero, nelle more dell'aggiornamento, quelli previsti dal comma 3. [...]».

Alla luce di quanto sopra, le stazioni appaltanti sono tenute a fare puntuale applicazione dei prezzi 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).

Quanto alla possibilità di adottare una variante contrattuale (anche) ai fini della revisione delle condizioni economiche di aggiudicazione, come evidenziato dall'Autorità in numerose pronunce, una simile ipotesi non appare conforme al disposto normativo dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, applicabile esclusivamente nei casi, *specifici e tassativi*, elencati dalla norma; tali casi sono soggetti ad interpretazione restrittiva, comportando una deroga alle regole dell'evidenza pubblica (*ex multis* comunicato Presidente del 21.3.2021).

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 (parere Funz Cons 4/2023).

Come sottolineato dal giudice amministrativo, le modifiche del contratto sul versante del corrispettivo che l'appaltatore va a trarre dall'esecuzione dello stesso «vanno ... sussunte nell'ambito della fattispecie di cui alla *lettera a)* [dell'art. 106, comma 1, del D.lgs. n. 50 del 2016 – n.d.r.], che disciplina gli aspetti economici del contratto con testuale riferimento alle «variazioni dei prezzi e dei costi standard» e non nell'art. 106, comma 1, lett. c), D.lgs. 50/2016 il quale, «per costante insegnamento pretorio, si riferisce, invece, alle sole varianti in corso d'opera che si

sostanziano “in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale” (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2022, n. 48; id: Sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8180; Sez. V, 15 novembre 2021, n. 7602 e Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5505)» (in tal senso Consiglio di Stato n. 1844/2023).

Si evidenzia al riguardo che l'art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022, in relazione alle procedure di affidamento indette successivamente alla sua entrata in vigore e fino al 31 dicembre 2023, 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.

Pertanto, l'eventuale modifica alle condizioni di esecuzione di un appalto pubblico, inclusa l'eventuale revisione dei prezzi, deve essere ricondotta nelle disposizioni dell'art. 106 del Codice nei termini in precedenza indicati.

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).

Le disposizioni richiamate individuano espressamente i casi e le condizioni di applicabilità degli istituti straordinari ivi previsti.

In particolare, ai fini del parere richiesto, rileva l'art. 26 del d.l. 50/2022, conv. in l.n. 91/2022, che ha introdotto un meccanismo di adeguamento dei prezzi basato sull'aggiornamento infrannuale dei prezzi regionali e che trova applicazione «in relazione agli appalti pubblici di lavori, ivi compresi quelli affidati a contraente generale, aggiudicati sulla base di offerte, con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021» e con riguardo alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2022 fino al 31 dicembre 2022. I commi 6-bis e 6-ter (aggiunti dalla l.n. 197/2022) hanno esteso la misura dell'adeguamento prezzi prevista dalla norma 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, nonché agli appalti di lavori, aggiudicati sulla base di offerte con termine finale di presentazione compreso tra il 1° gennaio 2022 e il 30 giugno 2023, relativamente alle lavorazioni eseguite o contabilizzate dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023 (parere Funz Cons n. 2/2023, n. 60/2022).

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. 1, 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, [...]».

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 alla misura di adeguamento prezzi disciplinata dalla norma (emissione del SAL applicando i prezzi di cui al comma 2, anche in deroga a clausole contrattuali) e l'accesso alle risorse del Fondo ivi previsto, *senza possibilità di estendere le misure ivi previste oltre i casi contemplati nella norma*.

Alla luce 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