



.....OMISSIS.....

Oggetto

Gara europea ".....OMISSIS..... e viabilità interconnessa – applicazione dei sistemi tecnologici per la messa in sicurezza e monitoraggio – Pannelli a messaggio variabile" - richiesta parere.

FUNZ CONS 1/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 4 ottobre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 85347, 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 gennaio 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.

Il quesito posto attiene all’appalto indicato in oggetto, relativo alla fornitura di beni con installazione e posa in opera, bandito nel 2019 e aggiudicato nel 2021. In relazione a tale appalto si chiede di esprimere avviso in ordine alla possibilità di procedere ad una rinegoziazione dei prezzi dei materiali oggetto della fornitura, prima della stipula del contratto e in presenza di una clausola di invariabilità dell’importo contrattuale ivi contenuta. Si evidenzia al riguardo che il ritardo della stipula contrattuale sarebbe imputabile a ripetuti rinvii richiesti dall’aggiudicatario, il quale, in tali sedi, avrebbe anche formulato istanze di revisione dei predetti prezzi a seguito degli aumenti derivanti dalla pandemia da Covid-19 e dal conflitto in Ucraina.

Al fine di fornire un indirizzo generale sul quesito posto, riferito ad un appalto pubblico di fornitura (da intendersi secondo la definizione contenuta nell’art. 3, comma 1, lett. tt) del 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 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 (ex multis parere Funz Cons 20/2022 e 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 dell'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*" (parere Anac n. 20/2022 cit.).

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 TAR Lombardia n. 238/2022 e TRGA Bolzano n. 271/2022).

La giurisprudenza amministrativa (*ex multis* Cons. Stato n. 2446/2022, n. 1980/2019, n. 3768/2018) e l'Anac (parere Funz Cons 20/2022) hanno inoltre escluso, ai fini della revisione dei prezzi, l'applicabilità dell'art. 1664 c.c. agli appalti 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.

Conclusivamente sul punto, pertanto, 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 (pareri Funz Cons n. 20/2022 e n. 4/2023).

Pertanto, come opportunamente 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).

L'Autorità ha anche osservato che mentre è consentito nei limiti indicati dal Codice, procedere ad una variazione contrattuale in corso d'esecuzione, *al contrario non è consentito prima della stipula del contratto d'appalto, procedere ad una modifica delle condizioni di aggiudicazione*, in ossequio ai principi richiamati nell'art. 30 del d.lgs. 50/2016, tra i quali parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza (parere Funz Cons 5/2022).

Anche il giudice amministrativo ha affermato che non può trovare accoglimento la domanda di modifica delle pattuizioni prima di procedere alla stipulazione del contratto d'appalto. Secondo tale indirizzo, il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni dell'appalto modifiche che lo rendano *sostanzialmente* diverso rispetto alla sua configurazione iniziale (Consiglio di Stato n. 9426/2022, TAR Lombardia n. 1343/2022).

Secondo lo stesso giudice amministrativo, l'avviso richiamato trova conferma nell'orientamento della Corte di Giustizia UE, che «con la sentenza del 7 settembre 2016, (C-549-14 - Finn Frogne), ...sia pure con riferimento alla direttiva 2004/18/CE, ma con principi che il Collegio ritiene estensibili alla direttiva n. 2014/24/UE, ha chiarito che: a) "Dalla giurisprudenza della Corte risulta che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere l'appalto, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi (v., in tal senso, in particolare, sentenza del 19 giugno 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punti da 34 a 37)." (§ 28); (...)"» (Cons. Stato n. 9426/2022 cit.).

Sulla base di tale indirizzo, pertanto, non è consentito apportare variazioni alle condizioni di aggiudicazione prima della stipula del contratto d'appalto, in ossequio ai principi comunitari di parità di trattamento e di trasparenza, richiamati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016.

Con riguardo al tema in esame, tuttavia, l'Autorità ha avuto modo di osservare che si registra, in recenti pronunce dello stesso giudice amministrativo, un orientamento parzialmente difforme da quello sopra illustrato, volto a ritenere ammissibili – entro taluni e specifici limiti – modifiche alle condizioni di aggiudicazione prima della stipula del contratto d'appalto (sul tema delibera n. 335/2023-AG1/2023 *referita ad un appalto integrato*).

Più in dettaglio, il giudice amministrativo ha osservato che la disciplina in materia di appalti pubblici è «sì ispirata al rispetto del principio di tutela della concorrenza e parità di trattamento, ma è anche informata ai criteri di efficacia ed economicità che, *in presenza di particolari circostanze*, possono condurre alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali sia in corso d'esecuzione che prima della stipula del contratto (Cons. Stato, sez. V, 11.04.2022, sent. n. 2709)» (TAR Piemonte n. 180/2023). In ordine alla legittimità della rinegoziazione delle offerte nella fase precedente la stipula del contratto, in altra pronuncia sono stati ritenuti condivisibili «gli assunti dottrinali favorevoli a questa...impostazione ermeneutica, che richiamano, da un lato, la correttezza del ricorso all'analogia essendovene tutti presupposti, di cui all'art. 12 disp. prel. c.c., quali la lacuna dell'ordinamento, in quanto non vi è una disciplina specifica delle sopravvenienze applicabile alla fase tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto e l'"*eadem ratio*"; dall'altro, la corretta applicazione del principio di

economicità, dunque di buon andamento, dell'amministrazione (richiamato dall'art. 30, comma 1, del codice dei contratti pubblici), perché scongiura una riedizione della procedura, che diversamente s'imporrebbe in tutti i casi di modifica, ancorché non "essenziale", delle condizioni"» (T.A.R. Sardegna, 16.11.2022, sent. n. 770).

Pertanto, a parere del giudice amministrativo «una richiesta di rinegoziazione deve essere presa in considerazione, al ricorrere di particolari circostanze di fatto che ne evidenzino la ragionevolezza e la plausibilità, risultando irragionevole accettare l'azzeramento degli esiti di una procedura di affidamento in assenza di specifiche e sostanziali illegittimità che la affliggano ...» (TAR Piemonte n. 180/2023 cit., in termini Tar Piemonte n. 667/2021 ivi richiamata).

Ai fini sopra indicati, la giurisprudenza citata, *referita ad un appalto di lavori*, ritiene apprezzabile, sotto il profilo delle valutazioni rimesse alla stazione appaltante: (i) "il tempo intercorso tra la formulazione/presentazione dell'offerta e l'avvio delle prestazioni contrattuali", specificando che "la considerazione e le valutazioni in ordine alla incidenza del tempo trascorso debbano essere considerate caso per caso, in relazione al contesto economico in cui gli operatori si trovano ad operare e possono variare anche sensibilmente da un momento storico all'altro"; (ii) la necessità per la stazione appaltante di assicurarsi "di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, appaia in grado di alterare tali condizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale"; (iii) in relazione a tali circostanze sopravvenute, deve trattarsi "di sopravvenienze imprevedibili, estranee anche al normale ciclo economico, in grado di generare condizioni di shock eccezionale"; (iv) deve ritenersi "preclusa la negoziazione di modifiche che non mirino al recupero dell'equilibrio iniziale del contratto che la gara stessa perseguiva ma che si presentino in grado di estendere in modo considerevole l'oggetto dell'appalto ad elementi non previsti, alterare l'equilibrio economico contrattuale originario in favore dell'aggiudicatario, rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto (nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, avrebbe potuto verosimilmente risultare aggiudicatario un altro offerente oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi)" (TAR Piemonte n. 108/2023 cit.).

Parte della giurisprudenza ritiene, quindi, che «al di là della lettera della norma [art. 106 del d.lgs. 50/2016], principi di economicità ed efficienza impongono di interpretarla come applicabile anche allorché le condizioni da essa previste si verificano nel lasso di tempo intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto di appalto», fermo restando in ogni caso, che la predetta disposizione «richiede che la modifica non sia tale da alterare "la natura generale del contratto": con tale nozione, infatti, il legislatore vuole impedire che attraverso il ricorso allo *ius variandi* si possa addivenire ad una modificazione radicale del contratto, riuscendo, surrettiziamente, ad eludere la disciplina del codice degli appalti» (Consiglio di Stato n. 6797/2023).

Sulla base dell'indirizzo richiamato, quindi, costituisce onere dell'amministrazione assicurarsi di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, possa alterare tali condizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale, fermo restando che deve trattarsi di sopravvenienze imprevedibili, estranee anche al normale ciclo economico, in grado di generare condizioni di shock eccezionale (TAR Piemonte n. 180/2023 cit.).

Per quanto sopra, fermo il necessario rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, dai quali deriva l'impossibilità, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, di apportare variazioni sostanziali alle condizioni di affidamento dello stesso, in presenza di circostanze eccezionali, impreviste e imprevedibili, sopravvenute dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto d'appalto, *in assenza di profili di illegittimità della procedura di aggiudicazione*, è consentito alla stazione appaltante valutare l'opportunità di apportare modifiche non sostanziali alle condizioni di affidamento, secondo il prudente apprezzamento della stessa e nei limiti in precedenza indicati (delibera n. 335/2023 cit.).

Sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale indicato, con riferimento alla fattispecie oggetto del quesito, si richiama la stazione appaltante ad una attenta valutazione di tutti gli elementi del caso concreto, alla luce dei principi di concorrenza, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, anche in ragione del tempo intercorso dalla pubblicazione del bando ad oggi, in assenza di un vincolo contrattuale, dell'elevato importo del contratto e della specifica natura dei beni che ne sono oggetto, soggetti a rapida obsolescenza e conseguente riduzione del prezzo.

Si rimette quindi a codesta stazione Amministrazione 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