



.....OMISSIS.....

Oggetto

Caro materiali: applicabilità dei commi 1 e 2 dell'Art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 in relazione al Programma di Sviluppo Rurale Nazionale 2014-2020 e in merito ai recenti decreti sulle compensazioni dei prezzi dei lavori e delle forniture - Richiesta parere.

FUNZ CONS 37/2022

In esito a quanto richiesto con note pervenute in data 30 maggio 2022, acquisite al prot. Aut. n. 41164 e n. 41122, 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 6 settembre 2022, 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 del 28 giugno 2017.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alla possibilità di procedere ad una variazione dei prezzi di alcuni materiali da costruzione non inclusi nei decreti adottati dal MIMS ai sensi dell'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 (*Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici*), conv. in l. n. 106/2021, sembra utile richiamare in primo luogo il principio generale per cui «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.

Il Codice contempla tuttavia una deroga ai principi sopra enucleati, in casi specifici e tassativi, fissati dall'art. 106 riferito alla "*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*", dunque applicabile alla fase di esecuzione del contratto di appalto.

Tale disposizione statuisce infatti che «le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende» (comma 1), aggiungendo che i

contratti di appalto possono essere modificati, senza una nuova procedura di affidamento, nei casi indicati nei commi 1 e 2 della disposizione medesima. Lo stesso articolo 106 dispone inoltre che la modifica al contratto in corso di esecuzione, nelle ipotesi ivi indicate, non deve essere "sostanziale" ai sensi del comma 4.

Con Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021 è stato sottolineato (tra l'altro) che «l'articolo 106 del Codice introduce una deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, con conseguente divieto di applicazione della norma medesima al di fuori delle ipotesi specificamente e tassativamente indicate».

In linea generale, quindi, le stazioni appaltanti possono procedere a modifiche dei rapporti contrattuali in corso, nei limiti indicati dall'art. 106 citato, il quale contempla, 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".

Anche i più recenti interventi normativi in materia, confermano tale possibilità. Il riferimento è all'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 "*Fino al 31 dicembre 2023, al fine di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus COVID-19...*" (tra l'altro) l'obbligo di inserire, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), del Codice.

Con specifico riferimento ai contratti in corso, al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, verificatosi nel corso del 2021, il d.l. 73/2021, conv. in l.n. 106/2021 ha introdotto, all'art. 1-*septies*, un meccanismo di compensazione a favore delle imprese appaltatrici di opere pubbliche, prevedendo a tal fine l'emanazione di apposito decreto del MIMS che rilevi le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'otto per cento, relative al periodo indicato dalla norma, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi (in relazione all'applicazione della norma si rinvia alla delibera n. 63/2022-AG1/2022).

In attuazione delle previsioni dell'art. 1-*septies*, il MIMS ha adottato appositi decreti per la rilevazione delle variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, ai sensi delle disposizioni richiamate (in data 11.11.2021 e 4.4.2022), nonché per le modalità di utilizzo del Fondo previsto al comma 8 della disposizione (in data 30.9.2021 e 5.4.2022); lo stesso Ministero ha adottato, altresì, apposite Circolari al fine di assicurare uniformità ed omogeneità di comportamenti da parte degli operatori del settore (Circolare del 25.11.2021 e del 5.4.2022).

Con riferimento alla disposizione sopra citata e alle finalità perseguite dalla stessa, è stato quindi chiarito che «l'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021, conv. in l.n. 106/2021, *non* ha reintrodotta l'istituto della "revisione dei prezzi", la cui funzione era quella di mantenere l'equilibrio sinallagmatico attraverso l'adeguamento dei prezzi posti a base del contratto: la compensazione prevista dal comma 2 del suddetto articolo non costituisce riallineamento del prezzo contrattuale, bensì una sorta di *indennizzo che il legislatore ha inteso riconoscere all'appaltatore nel caso intervengano le condizioni indicate dalla norma...*» (parere MIMS n. 1196/2022).

È stato ulteriormente precisato che «le somme della compensazione non costituiscono una integrazione del corrispettivo relativo all'esecuzione dell'appalto pubblico. Infatti, come specificato nella Circolare ministeriale del 25 novembre 2021, ai fini del calcolo dell'eventuale compensazione, i prezzi indicati nel decreto ministeriale di cui all'art. 1-*septies* del DL 73/2021, "assumono unicamente un valore parametrico e non interferiscono con i prezzi dei singoli contratti". (...) la compensazione non costituisce un riallineamento del prezzo contrattuale, bensì una sorta di

indennizzo che il legislatore ha inteso riconoscere all'appaltatore nel caso intervengano le condizioni indicate nella norma...» (parere MIMS n.1244/2022).

Infine, è stato evidenziato che «qualora un materiale non sia compreso nell'elenco I del d.m. 11 novembre 2021, non si potrà procedere per esso alle compensazioni previste dalla norma: tale elenco è da ritenersi tassativo e non estendibile in via analogica ad ulteriori prodotti merceologici» (parere MIMS n. 1252/2022).

Per quanto sopra, la tassatività dell'elenco dei materiali da costruzione, allegato ai d.m. del MIMS sopra citati, non consente di estendere l'istituto della compensazione di cui all'art. 1- septies l.n. 106/2021, oltre i casi indicati dai provvedimenti ministeriali richiamati.

La possibilità, invocata nell'istanza di parere, di applicare l'art. 106, comma 1, lett. c) del Codice ai fini della revisione dei prezzi dei materiali nei contratti d'appalto in corso d'esecuzione, è stata inizialmente esclusa dalla giurisprudenza amministrativa secondo la quale le eventuali istanze di revisione dei prezzi a seguito di asseriti aumenti dei costi dell'appalto, avanzate dall'appaltatore, vanno ricondotte nella previsione della lettera a) dell'art. 106, comma 1, del Codice (TAR Lombardia n. 239/2022). La stessa giurisprudenza ha aggiunto che l'art. 106, comma 1, lett. c) «disciplina i casi in cui, nel corso di svolgimento del rapporto contrattuale, si renda necessario, per circostanze imprevedute e imprevedibili, modificare "l'oggetto del contratto" attraverso "varianti in corso d'opera"» (in tal senso TAR Lombardia n. 239/2022), evidenziando altresì che deve trattarsi di circostanze imprevedute e imprevedibili che determinino per l'amministrazione la "necessità di modifica" contrattuale (TAR Lombardia n. 181/2022).

Sulla questione, tuttavia, è recentemente intervenuto il legislatore con il d.l. 36/2022 (Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)) conv. in l.n. 79/2022 che all'art. 7 (*Ulteriori misure urgenti abilitanti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*), ha disposto quanto segue «comma 2-ter. *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. 2-quater. 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».*

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 "imprevedute 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.

Non sembra invece invocabile ai fini indicati nell'istanza di parere, l'art. 106, comma 2 del Codice, riferito a modifiche del contratto d'appalto, quindi del suo oggetto, e non espressamente a revisioni dei prezzi, come invece nella lett. a) del comma 1 della stessa disposizione (si veda al

riguardo il Comunicato del Pres. del 21.6.2021 secondo il quale il comma 2 «subordina la possibilità di ricorrere a modifiche del contratto, in carenza delle condizioni del comma 1 e senza esperire una nuova gara, al rispetto di limiti più stringenti di importo (il 10% del valore del contratto per i servizi e forniture e il 15% per i lavori)»).

Quanto, infine, all'applicabilità dell'art. 1664 c.c. ai fini della revisione dei prezzi dei materiali nei contratti d'appalto in corso di esecuzione, tale possibilità oltre a non trovare riscontro nelle previsioni dell'art. 106 del Codice, che costituisce norma speciale e fonte legittimante le variazioni dei contratti in corso di esecuzione (tanto che gli interventi normativi più recenti in tema di revisione dei prezzi, tra i quali l'art. 1-septies del d.l. 73/2021 e l'art. 29 d.l. 4/2022, introducono previsioni in deroga all'art. 106 del Codice), sembra altresì esclusa dalla giurisprudenza amministrativa che ritiene inapplicabile tale norma agli appalti pubblici, secondo il principio di specialità della disciplina dettata in materia dal Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato n. 3768/2018 e n.1980/2019, ancorché riferite al d.lgs. 163/2006). Il predetto principio di specialità della disciplina dettata dal Codice, deve ritenersi confermato dalla disposizione dell'art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016, contenente previsioni specifiche in materia di revisione dei prezzi, nel senso sopra indicato.

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

Firmato digitalmente il 13 settembre 2022