



.....OMISSIS.....

Oggetto

Procedura aperta sopra soglia per l'affidamento del servizio di ristorazione nel presidio territorialeOMISSIS..... Città Metropolitana – unità operativa 1,OMISSIS..... (Lotto 1) – servizio di ristorazione e gestione bar nel presidio territorialeOMISSIS..... Città metropolitana – Unità operativaOMISSIS..... 3,OMISSIS..... (Lotto 3) - richiesta di parere.

FUNZ CONS 14/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 15 dicembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 112658 e facendo seguito a quanto comunicato con nota prot. n. 10395 del 22 gennaio 2024, 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 20 marzo 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente 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.

Con la nota suindicata, riferita alle procedure di aggiudicazione indicate in oggetto, l'Amministrazione chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità di accogliere l'istanza formulata dall'impresa aggiudicataria dei Lotti 1 e 3, volta ad ottenere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali, con revisione in aumento dei costi del singolo pasto, al fine del riequilibrio del sinallagma contrattuale alterato da un aumento dei costi del servizio non previsto e non prevedibile al momento della predisposizione degli atti di gara o al momento della formulazione dell'offerta, in conseguenza dell'emergenza sanitaria da Covid-19 e del conflitto in Ucraina.

L'Amministrazione rappresenta al riguardo che le procedure di gara oggetto dell'istanza sono state avviate nel corso della predetta emergenza sanitaria e che, posto che la normativa applicabile *ratione temporis* prevedeva come facoltativa la clausola di revisione dei prezzi ex art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016, nella *lex specialis* non è stato previsto un sistema di adeguamento prezzi, inoltre il Capitolo d'onori ha escluso la possibilità di procedere ad una revisione del prezzo.

In relazione al quesito posto, riferito ad un appalto disciplinato dal d.lgs. 50/2016, si osserva preliminarmente che con diverse pronunce, riferite a casi analoghi al presente (tra le tante, pareri Funz Cons n. n. 4/2023, 26/2022, n. 49/2022, n. 51/2022, delibera n. 63/2022- AG1/2022, delibera n. 265/2022-AG 5/2022), l'Autorità ha evidenziato 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".

L'art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022, con riguardo alle procedure di affidamento indette successivamente alla sua entrata in vigore, ha stabilito (tra l'altro) l'*obbligo* di inserire, nei documenti di gara iniziali, le clausole di revisione dei prezzi ai sensi del citato 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 registrati nel corso dell'ultimo triennio, è intervenuto in relazione ai contratti pubblici in corso di esecuzione, con disposizioni derogatorie all'art. 106, comma 1, lettera a), del Codice, con particolare riguardo all'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 conv. in l. 106/2021, all'art. 26 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022 e all'art. 29 del d.l. 4/2022, conv. in l.n. 25/2022.

Tali disposizioni, come noto, hanno introdotto dei meccanismi straordinari di adeguamento/compensazione dei predetti prezzi, nei limiti e alle condizioni ivi indicate, che attengono tuttavia *a soli contratti pubblici di lavori* e non anche di servizi e forniture, come espressamente previsto dalle norme stesse (parere Funz Cons 20/2022, parere MIT n. 1465/2022).

Le norme citate, di carattere eccezionale, non possono essere applicate a casi non espressamente contemplati nelle stesse, posto che «Detta operazione ermeneutica 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")...» (Consiglio di Stato n. 1844/2023).

Pertanto, come chiarito dall'Autorità, 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 Funz Cons 20/2022 citato).

Le considerazioni svolte trovano conforto nel conforme orientamento del giudice amministrativo, il quale 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.).

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 Funz Cons n. 20/2022).

Quanto, invece, 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 imprevedute e imprevedibili], occorre evidenziare – in via generale – che l'art. 106, comma 1, lett. c), D.lgs. 50/2016 si riferisce «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)», mentre «Le modifiche dell'oggetto del contratto sul versante del corrispettivo che l'appaltatore va a trarre dall'esecuzione del contratto vanno invece 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» (Cons. St.n. 1844/2023 e n. 9426/2022).

Si segnala sul tema l'intervento del legislatore mediante l'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, il quale ha disposto 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, 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*.

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 "*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» (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, in risposta al quesito sollevato, si osserva conclusivamente che non appare consentita la revisione dei prezzi contrattuali in un appalto di servizi per il quale la *lex specialis* non abbia previsto clausole di revisione ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice e per il quale non trovano applicazione le disposizioni emergenziali sopra richiamate riferite esclusivamente agli appalti pubblici di lavori nei termini indicati.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette 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