



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Art. 26 d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022 e art. 29 d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022 – richiesta di parere.

### **FUNZ CONS 67/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 29 settembre 2022, acquisita al prot. Aut. n. 77514, 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 dell'11 gennaio 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, in relazione ad un appalto di lavori bandito in data 10 dicembre 2021 e con termine per la presentazione delle offerte in data 13 gennaio 2022, la stazione appaltante chiede all'Autorità quale istituto applicare ai fini della revisione/adeguamento prezzi, tra quelli contemplati nel d.l.50/2022 e nel d.l.4/2022, in considerazione dell'eccezionale aumento dei prezzi dei materiali rispetto a quelli considerati in sede d'offerta.

Al fine di esprimere avviso sulla questione sopra illustrata, sembra opportuno evidenziare che in relazione alle previsioni emergenziali dettate per la compensazione/revisione dei prezzi dei contratti pubblici nel corso degli anni 2021 e 2022, l'Autorità ha fornito utili indicazioni in diverse pronunce consultabili sul sito istituzionale (tra le tante, 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).

In tali pronunce l'Autorità ha ribadito, in primo luogo, che 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 (ex multis Delibera Anac n. 159/2021 - prec 23/2021/S e Funz Cons n. 26/2022). Pertanto, le previsioni della *lex specialis* non possono essere disattese ed impongono la corrispondenza fra l'appalto messo in gara e quello eseguito, in ossequio ai principi richiamati nell'art. 30 del d.lgs. 50/2016 (in tal senso parere Funz Cons n. 26/2022).

La possibilità di procedere alla modifica dei contratti pubblici durante il periodo di efficacia, è quindi 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".

Quanto sopra è confermato anche nei più recenti interventi normativi in materia, come l'art. 29 del d.l. 4/2022 ("Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico") conv. in l.n. 25/2022 che, con riguardo alle procedure di affidamento indette successivamente alla sua entrata in vigore, 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.

Il Legislatore, tuttavia, 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, co. 1, lett. a).

L'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 ("Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici"), conv. in l.106/2021, infatti, ha introdotto un meccanismo di compensazione a favore delle imprese appaltatrici di opere pubbliche con riguardo alle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo e nel secondo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, come rilevate dal MIMS con decreto, entro il 31 ottobre 2021 e il 31 marzo 2022. Tale compensazione è applicabile agli appalti in corso di esecuzione, nei limiti e alle condizioni fissate dalla norma, fino all'approvazione degli atti di collaudo/certificato di regolare esecuzione (in tal senso delibera Anac n. 63/2022 – AG1/2022 e pareri MIMS n. 1222/2022, n. 1227/2022).

È intervenuto altresì l'art. 26 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, il quale ha disposto, in deroga all'art. 23, comma 16 del d.lgs. 50/2016 e limitatamente all'anno 2022, l'aggiornamento dei prezzari regionali entro il 31 luglio 2022 (comma 2) prevedendo altresì, nelle more di tale aggiornamento, per la determinazione dei prezzi dei prodotti, un incremento degli stessi fino al 20% rispetto ai prezzari aggiornati al 31 dicembre 2021 (comma 3).

Come indicato al comma 1 dell'art. 26 citato, la norma trova applicazione in relazione agli appalti pubblici di lavori (inclusi quelli affidati a contraente generale), aggiudicati sulla base di *offerte presentate entro il termine del 31 dicembre 2021* e con riguardo alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori nel periodo 1 gennaio 2022 - 31 dicembre 2022, per i quali lo *stato di avanzamento dei lavori* «è adottato, anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, applicando i prezzari aggiornati ai sensi del comma 2 ovvero, nelle more del predetto aggiornamento, quelli previsti dal comma 3» (art. 26, co.3). Pertanto «solo le lavorazioni eseguite e contabilizzate nell'anno 2022 possono essere oggetto dell'adeguamento prezzi in questione» (parere Mims n. 1487/2022, in termini n. 1464/2022).

La norma è stata recentemente modificata dalla l. 29 dicembre 2022, n. 197 ("Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025") che ha aggiunto all'art. 26, (tra l'altro) i commi 6-bis e 6-ter. Il comma 6-bis estende la misura dell'adeguamento prezzi prevista dall'art. 26, 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". Il comma 6-ter, invece, stabilisce che «Le disposizioni di cui al comma 6-bis del presente articolo, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applicano anche agli appalti pubblici di lavori, relativi anche ad accordi quadro di cui all'articolo 54 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, aggiudicati sulla base di offerte con termine finale di presentazione compreso tra il 1° gennaio 2022 e il 31 dicembre 2022 e che non abbiano accesso al Fondo di cui al comma 7, relativamente alle lavorazioni eseguite o contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023. Per i citati appalti e accordi quadro, la soglia di cui al comma 6-bis, secondo periodo, del presente articolo è rideterminata nella misura dell'80 per cento».

La disposizione estende quindi il sistema di adeguamento dei prezzi disciplinato dall'art. 26 comma 6-bis, anche agli appalti di lavori aggiudicati sulla base di offerte con termine finale di presentazione compreso tra il 1° gennaio 2022 e il 31 dicembre 2022" e relativamente alle lavorazioni "eseguite o contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023".

Infine, anche l'art. 29, d.l. 4/2022, sopra citato, ha dettato disposizioni speciali con riguardo ai contratti in corso di esecuzione. La norma – dopo aver precisato al comma 1 che le disposizioni ivi previste si applicano alle procedure di affidamento dei contratti pubblici indette successivamente all'entrata in vigore del decreto - ha stabilito al comma 1, lett. b) che «per i contratti relativi ai lavori, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. *In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 7*». Il comma 3 specifica al riguardo che «La compensazione di cui al comma 1, lettera b) è determinata applicando la percentuale di variazione che eccede il cinque per cento al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nei dodici mesi precedenti al decreto di cui al comma 2, secondo periodo, e nelle quantità accertate dal direttore dei lavori».

Per espressa previsione normativa, pertanto, la compensazione prevista dall'art. 29 del d.l. 4/2022, si applica agli appalti affidati successivamente all'entrata in vigore del d.l. e con riguardo "al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nei dodici mesi precedenti al decreto di cui al comma 2, secondo periodo e nelle quantità accertate dal direttore dei lavori".

Deriva da quanto sopra che tra le misure introdotte dal legislatore per far fronte all'aumento eccezionale dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, come sopra illustrate, mentre l'art. 29 del d.l. 4/2022 trova applicazione con riguardo agli appalti indetti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto (d.l. 27 gennaio 2022 n. 4) e in relazione alle lavorazioni sopra indicate, il sistema di adeguamento dei prezzi di cui all'art. 26 del d.l. 50/2022 trova applicazione, oltre ai casi indicati nei commi 1 e 6-bis (offerte con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021 e lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori nei periodi ivi indicati) anche nei casi indicati nel comma 6-ter, riferito ai lavori aggiudicati sulla base di offerte presentate tra il 1° gennaio 2022 e il 31 dicembre 2022 e relativamente alle lavorazioni "eseguite o contabilizzate dal

direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel rispetto delle misure, dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023”.

Alla luce delle disposizioni richiamate, che individuano espressamente i casi e le condizioni di applicabilità degli istituti ivi previsti, in relazione al quesito sollevato e alla fattispecie ivi indicata, può ritenersi applicabile la disposizione del citato art. 26, comma 6-*ter* del d.l. 50/2022, introdotta dalla l. 197/2022, al verificarsi delle condizioni previste dalla norma medesima.

Si aggiunga a quanto sopra, in ottica collaborativa, che 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 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, 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 "*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* dell'art. 7 citato (parere Funz Cons 53/2022).

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 imprevedute 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. 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» (in tal senso parere Funz Cons 61/2022).

Il legislatore, pertanto, con la previsione dell'art. 7, commi 2-ter e 2-quater, del d.l. 36/2022, ha chiarito che tra le circostanze impreviste e imprevedibili che intervengano nel corso dell'esecuzione del contratto d'appalto, e che possono dare luogo a variante contrattuale ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett.c), n.1 del Codice, è incluso l'aumento considerevole dei prezzi dei materiali, nei termini ed entro i limiti indicati dalla norma e sopra illustrati.

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