



# DELIBERA N. 222

Del 8 maggio 2024

## Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dall'ASP di Trapani – Affidamento fornitura ausili assorbenti per incontinenza con consegna al domicilio degli utenti aventi diritto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione per la fornitura di prodotti e servizi relativi agli ausili tecnici per persone disabili – **Criterio di aggiudicazione:** minor prezzo – **Importo a base di gara:** euro 5.416.026,00 – **CIG:** 906412723A – **S.A.:** ASP Trapani.

**UPREC-PRE-0088-2024-F-PREC**

## Riferimenti normativi

*Art. 106, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016*

*Art. 29, comma 1, lett. a) del d.l. n. 4/2022, convertito con l. n. 25/2022*

## Parole chiave

Clausola revisione prezzi – Disciplina in deroga ex d.l. n. 4/2022 – Eterointegrazione della *lex specialis*.

## Massima

**Appalto pubblico – Forniture – Clausola revisione prezzi – Mancata previsione nella *lex specialis* – Disciplina in deroga ex d.l. n. 4/2022 – Invito a partecipare pubblicato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto – Eterointegrazione della *lex specialis* – Applicabilità.**

*In conformità a quanto previsto dall'art. 29, comma 1, lett. a) del d.l. n. 4/2022, convertito con l. n. 25/2022, è obbligatorio l'inserimento della clausola di revisione dei prezzi in tutti i casi in cui il bando o l'avviso di gara o, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, la data dell'invio degli inviti a presentare offerta sia stato pubblicato dopo l'entrata in vigore del decreto e nel caso in cui tale clausola non sia stata originariamente prevista nella *lex specialis* deve ritenersi comunque applicabile sulla base*



*del principio di eterointegrazione delle fonti della disciplina di gara nei limiti indicati dalla normativa medesima.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 maggio 2024

## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0035248 del 14.3.2024, con la quale l'ASP di Trapani chiede parere all'Autorità relativamente alla possibilità di accogliere la richiesta della società esecutrice dell'appalto in ordine alla revisione dei prezzi di aggiudicazione;

**CONSIDERATO**, più specificamente, che l'ASP di Trapani pone all'Autorità il seguente quesito: *«poiché nei documenti di gara non è prevista la possibilità di procedere alla modifica contrattuale, ai sensi dell'art. 106, C. 1, lettera a, D.lgs. 50/2016, si chiede se è possibile accogliere la richiesta dell'operatore economico, anche tenendo conto del disposto dell'art. 29, c. 1, lett. a) del D.L. 27/1/2022 n. 4»;*

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 21.3.2024;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie delle parti;

**RITENUTO**, preliminarmente, che, sebbene la richiesta di parere riguardi una questione insorta durante la fase esecutiva, essa possa essere comunque esaminata poiché ai fini dell'ammissibilità dell'istanza rileva il fatto che oggetto di contestazione sia una clausola della legge di gara (nel caso specifico l'omesso inserimento di una clausola contrattuale ritenuta obbligatoria) e non la fase specifica dell'affidamento in cui la sua interpretazione e/o applicazione determina il conflitto tra le parti;

**RITENUTO**, altresì, che l'attuale Regolamento di precontenzioso, ispirato dalle nuove disposizioni codicistiche sul tema, ha esteso l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto anche a talune controversie insorte durante la fase esecutiva, tra le quali è annoverata proprio la *"clausola di revisione del prezzo e il relativo provvedimento applicativo"* (v. art. 4, comma 2, punto 2 Reg.) e che l'istanza di parere proviene dalla Stazione appaltante stessa, che evidentemente si rivolge all'Autorità al fine di applicare la *lex specialis* di gara in modo conforme alla legge per evitare possibili contenziosi giurisdizionali;

**CONSIDERATO** che l'art. 29, comma 1, lett. a) del D.L. 27 gennaio 2022, n. 4 (convertito con modificazioni dalla L. 28 marzo 2022, n. 25), applicabile alla fattispecie in esame, prevede che [*«...in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto...»*]: *«è obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della medesima lettera a)»;*

**RILEVATO** che – come dichiarato dalla Stazione appaltante – la lettera di invito alla procedura in esame è stata generata dal sistema e sottoscritta digitalmente dall'Amministrazione in data 1° febbraio 2022, quindi in data successiva all'entrata in vigore del sopracitato decreto legge (ovvero 27 gennaio 2022);



**RITENUTO**, pertanto, che la procedura in esame ricadrebbe oggettivamente nel perimetro applicativo della norma sopra citata;

**RITENUTO** che la circostanza che la *lex specialis* di gara non prevedesse siffatta clausola, stante quanto disposto dal d.l. n. 4/2022, non costituisce una motivazione plausibile per rigettare la richiesta di revisione dei prezzi avanzata dalla società esecutrice dell'appalto, in quanto nel caso di specie non può che operare il principio di etero-integrazione dei documenti di gara, il quale, «*analogamente a quanto avviene nel diritto civile, ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colma in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla Pubblica Amministrazione, sicché la mancata previsione di una clausola prevista dalla legge (quale norma cogente) non incide sulla validità della procedura, producendosi quella forma di etero integrazione degli atti di gara, che permette, grazie al principio di conservazione, di colmare le lacune eventualmente presenti attraverso la diretta applicazione delle clausole previste dalla legge, con la conseguenza che la legge di gara resta integrata dalle previsioni delle norme e non potrà essere dichiarata illegittima in ragione della mancata menzione delle clausole di legge anche se escludenti*» (v., *ex multis*, TAR Puglia, 22.1.2021, n. 113, Consiglio di Stato, sez. V, 21.08.2023, n. 7870 e, con esplicito riferimento all'obbligatorietà introdotta dal d.l. n. 4/2022, v. TAR Lazio, sez. III-quater, 7.7.2022, n. 9267 e TAR Sardegna, sez. II, 7.4.2023, n. 254);

**RITENUTO** che la circostanza che la delibera a contrarre sia stata adottata in data antecedente all'entrata in vigore del decreto legge in discussione non sposta i termini della questione, atteso che ciò che rileva per il legislatore ai fini dell'obbligatorietà dell'inserimento della clausola di revisione dei prezzi è la data di pubblicazione dei bandi o degli avvisi di gara o, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, la data dell'invio degli inviti a presentare offerta, non essendo stati previsti altri eventi, atti o condizioni per l'applicazione della clausola in parola ed essendo tali norme di natura espressamente derogatoria non suscettibili, quindi, di interpretazioni estensive o manipolative (v., in tal senso, anche il Bando tipo n. 1 "Aggiornato al Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle pari opportunità, del 7 dicembre 2021 e al decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con legge n. 25 del 28 marzo 2022");

**RITENUTO**, in definitiva, che la richiesta avanzata dalla società esecutrice dell'appalto sia fondata e che pertanto, sebbene non originariamente prevista nella *lex specialis* di gara, debba comunque trovare applicazione la clausola di revisione dei prezzi secondo le modalità e nei limiti indicati dal medesimo art. 29, comma 1, lett. a) del d.l. n. 4/2022;

**CONSIDERATO**, nondimeno, che la giurisprudenza amministrativa, formatasi sia sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006 che a seguito della (re)introduzione dell'obbligo di previsione della clausola di revisione dei prezzi in fase di esecuzione del contratto, in merito alle modalità e ai limiti applicativi della stessa ha sostenuto, sulla base di un percorso argomentativo che appare quantomai utile riportare integralmente, che «*La disciplina della revisione del prezzo dei contratti pubblici di appalto di fornitura di beni e di servizi prevista dal comma 4, art. 6, della legge n. 537/1993, come sostituito dall'art. 44 della legge n. 724/1994... ha previsto l'obbligo di inserimento nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa della clausole di revisione prezzi, indicando quale parametro di riferimento per il calcolo del quantum il miglior prezzo di mercato tra quelli rilevati ed elaborati dall'ISTAT per i principali beni e servizi acquisiti dalle pubbliche amministrazioni. Non avendo, tuttavia, l'ISTAT provveduto alla rilevazione ed elaborazione dei prezzi di mercato, l'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati (FOI) determinato dall'ISTAT è stato individuato quale parametro di riferimento per supplire a tale carenza (Consiglio di Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2461; Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373; Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7461). Analogamente il successivo art. 115 del D. Lgs. n. 163/2006 ha previsto l'obbligo di introdurre nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa una clausola di revisione periodica del prezzo, da attivare a seguito di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili sulla base dei costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura pubblicati annualmente a cura*



*dell'Osservatorio dei contratti pubblici. Subentrata la nuova norma, in mancanza della prevista pubblicazione dei costi standardizzati di cui all'art. 115, si è del pari ritenuto che la revisione di cui all'art. 115 possa ragionevolmente essere ancora effettuata sulla base dell'indice FOI pubblicato dall'ISTAT, che viene però considerato (salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall'impresa) come un limite massimo posto a tutela degli equilibri finanziari della pubblica amministrazione, e che pertanto non esime la stazione appaltante dal dovere di istruire il procedimento, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto al fine di esprimere la propria determinazione discrezionale [...]. A tale riguardo questo Consiglio di Stato ha chiarito (ex multis Cons. Stato, Sez. III, 9/01/2017, n. 25) che "la finalità dell'istituto è da un lato quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2015 n. 2295; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 agosto 2008 n. 3994), dall'altro di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto" (nello stesso senso cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 2014, n. 2052; Sez. III, 4 marzo 2015, n. 1074; Sez. V, 19 giugno 2009, n. 4079; Sez. III, 9 maggio 2012, n. 2682). Lo scopo principale dell'istituto pertanto è quello di tutelare l'interesse pubblico ad acquisire prestazioni di servizi qualitativamente adeguate; solo in via mediata e indiretta la disciplina realizza anche l'interesse dell'impresa, a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verificano durante l'arco del rapporto" (Consiglio di Stato, Sez. III, Sentenza n. 4362 del 19-07-2011; conforme Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275; id., 24 gennaio 2013 n. 465)". Alla stregua di tali considerazioni, la determinazione della revisione prezzi viene effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi (Consiglio di Stato, sez. III, 9/1/2017, n. 25 cit.) secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, che sottende l'esercizio di un potere autoritativo di carattere discrezionale dell'amministrazione nei confronti del privato contraente, potendo quest'ultimo collocarsi su un piano di equiordinazione con l'amministrazione solo con riguardo a questioni involgenti l'entità della pretesa. [...]. Di conseguenza, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, la periodicità della revisione non implica affatto che si debba azzerare o neutralizzare l'alea riconosciuta dal codice civile per i contratti commutativi di durata, come confermata dalla disciplina di cui all'art. 1664 c.c. (applicabile in via generale a tutti gli appalti, con esclusione dei contratti pubblici secondo il principio di specialità) che impone alle parti di provare la sussistenza di eventuali circostanze imprevedibili che abbiano determinato aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, e che accorda la revisione solo per la differenza che ecceda il decimo del prezzo complessivo convenuto, di modo che risulterebbe ben singolare una interpretazione che esentasse del tutto, in via eccezionale, l'appaltatore dall'alea contrattuale, sottomettendo in via automatica ad ogni variazione di prezzo solo le stazioni appaltanti pubbliche, pur destinate a far fronte ai propri impegni contrattuali con le risorse finanziarie provenienti dalla collettività (in tal senso Consiglio di Stato sez. III, 25 marzo 2019 n. 1980). Pertanto la circostanza che il disposto dell'art. 1664 c.c. non sia direttamente applicabile ai contratti pubblici non implica affatto l'automaticità della revisione prezzi, ancorata pur sempre ad un sopravvenuto squilibrio del rapporto contrattuale, dovendo la ratio della revisione prezzi, come innanzi osservato, ravvisarsi nell'esigenza di coniugare l'obiettivo di contenimento della spesa pubblica con quella di garantire che le prestazioni di beni o servizi da parte degli appaltatori delle Amministrazioni pubbliche non subiscano con il tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione, incidenti sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta, con conseguente incapacità del fornitore di far fronte compiutamente alle stesse prestazioni. Con la previsione dell'obbligo della revisione periodica del prezzo di un appalto di durata il legislatore ha infatti inteso munire i contratti di forniture e di servizi di un*



*meccanismo che, a cadenze determinate, verifichi la congruità del corrispettivo, con beneficio, incidente sull'equilibrio contrattuale, per entrambi i contraenti, sia perché l'appaltatore vede ridotta, ma non certo eliminata, l'alea propria dei contratti di durata, sia perché la stazione appaltante vede diminuito il pericolo di un peggioramento della qualità o quantità di una prestazione divenuta per l'appaltatore eccessivamente onerosa o, comunque, non remunerativa. L'obbligatoria inserzione di una clausola di revisione periodica del prezzo, da operare sulla base di un'istruttoria condotta dai competenti organi tecnici dell'Amministrazione, non comporta pertanto anche il diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, ma soltanto che l'Amministrazione proceda agli adempimenti istruttori normativamente sanciti (Consiglio di Stato sez. III, 6/08/2018 n. 4827)» (così Consiglio di Stato, sez. V, 6.9.2022, n. 7756);*

**RITENUTO** che, al fine di scongiurare l'eventualità di interpretazioni distorte del dettato normativo e di fornire indicazioni pratiche in ordine alle sue modalità applicative, oltre ai consolidati orientamenti giurisprudenziali sopra menzionati, appare altresì utile richiamare la disciplina della revisione dei prezzi dettata dal nuovo Codice appalti, il quale, nel ripristinare l'obbligo di inserimento della clausola in discussione nei documenti iniziali delle procedure di affidamento, all'art. 60, comma 3 stabilisce che «*Al fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi di cui al comma 1, si utilizzano i seguenti indici sintetici elaborati dall'ISTAT: a) [...]; b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie*»,

il Consiglio

ritiene, per tutte le motivazioni che precedono, che la richiesta avanzata dalla società esecutrice della fornitura sia legittima e possa essere accolta dalla Stazione appaltante con le modalità e nei limiti indicati dalla normativa esaminata nella parte motiva del presente parere.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente