

Lunedì 23 gennaio 2023

AUDIZIONI INFORMALI (Aula VIII Commissione)

Osservazioni e Quesiti sul Nuovo Codice Contratti Pubblici in materia di Progettazione e Revisione Prezzi

1. Progettazione

La progettazione nelle sue progressive fasi evolutive individua l'oggetto del contratto di appalto.

La riduzione delle sue articolazioni da 3 a 2 livelli suscita perplessità che si riverberano su diversi elementi.

In particolare, per quanto attiene alle gare da espletarsi, è noto il fondamentale principio per il quale il procedimento concorsuale deve garantire la omogeneità delle offerte. Se così è, sorge il dubbio che una gara finalizzata all'affidamento di un appalto integrato si svolga attraverso offerte in parte disomogenee nel momento in cui i singoli operatori economici si trovano ad integrare ed interpretare il progetto di fattibilità tecnico-economica in maniera inevitabilmente diversa.

Nello specifico il nuovo Codice stabilisce al suo art. 108 che l'appalto integrato possa affidarsi solo attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, secondo elementi oggettivi che tengano conto degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto.

Sebbene il comma 11 dell'art. 108 (Criteri di aggiudicazione degli appalti) preveda che le stazioni appaltanti nell'aggiudicare i lavori con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, non possono attribuire alcun punteggio premiante per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto posto a base d'asta, si evidenzia che questo divieto letteralmente sussiste solo quando i concorrenti sono in presenza di un progetto esecutivo.

Ci si chiede pertanto se pure per l'affidamento di un appalto integrato (che inevitabilmente determina una gara sulla base del solo progetto di fattibilità tecnico-economica, posto che la progettazione esecutiva fa parte dell'oggetto del futuro contratto quale obbligazione dell'affidatario) continui a sussistere questo divieto in termini di premialità.

Considerando la storia dell'istituto (cioè dell'offerta economicamente più vantaggiosa), così come si è applicato fino ad oggi e del contenzioso che ne è proliferato, non può tacersi il rischio di una implementazione di quest'ultimo nel momento in cui non venga ben determinata in sede di procedura la delimitazione tra varianti tecniche e migliorie. Il rischio è sempre il medesimo: una non soddisfattiva ed incompleta determinazione progettuale delle opere da realizzare presta il fianco alla strumentale applicazione dell'introduzione di varianti tecniche (vietate) mascherate sotto la forma di migliorie.

Se ciò è vero in presenza di una progettazione esecutiva posta a base di gara, lo è ancor di più quando il livello progettuale si ferma ad un gradino inferiore. L'alterazione del principio concorrenziale delle offerte diventa inevitabile se non si va a perimetrare in modo rigido, circoscritto e chiaro l'ambito integrativo lasciato all'offerta tecnico-economica che deve rimanere estranea dall'alterare gli elaborati tecnici della procedura concorsuale.

Se poi si considera quella che, da una comparazione riguardante il progressivo aggiornamento dei testi normativi in discussione, sembra essere una tendenza all'ampliamento del campo operativo dell'appalto integrato, inevitabilmente le preoccupazioni si incrementano.

Mettendo infatti in relazione lo schema preliminare del Codice nella bozza licenziata dal Consiglio di Stato in data 20/10/2022 con quella attualmente in discussione, si osserva che all'art. 44, nella primigenia versione, la previsione applicativa dell'appalto integrato era circoscritta ai lavori complessi e per appalti di opere superiori ad un certo valore da determinarsi, rimanendo altresì esclusa pure per tutte le opere di manutenzione ordinaria e straordinaria.

Oggi l'esclusione dell'appalto integrato opererebbe solo per le opere di manutenzione ordinaria, rimanendo alla stazione appaltante l'obbligo della motivazione, circa la scelta adottata, con riferimento alle esigenze tecniche che hanno determinato tale opzione.

Stabilisce peraltro l'attuale tenore letterale della norma che la stazione appaltate deve tenere *"sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto"*. La locuzione appare oscura e provoca ulteriori perplessità. Quale significato può avere il dover tener conto del rischio dell'eventuale scostamento di costo tra fase esecutiva e contratto concluso? Se quest'ultimo è riferito al negozio sottoscritto dopo l'aggiudicazione, che comporta l'obbligo per l'appaltatore di progettare esecutivamente e di eseguire, si vuole forse ipotizzare un incremento del costo delle opere dopo

l'elaborazione del progetto esecutivo? E se così è, come può inquadrarsi in termini di legittimità la procedura concorsuale che ha portato a quella aggiudicazione?

Ad incrementare dubbi e perplessità provvede anche l'art. 22 dell'allegato I.7 in tema di progetto esecutivo. Al settimo comma di questa norma si sancisce, sempre nella configurazione dell'appalto integrato, che *"il progetto esecutivo non può prevedere significative modifiche alla qualità e alle quantità delle lavorazioni previste nel progetto di fattibilità tecnica ed economica. Sono ammesse le modifiche qualitative e quantitative, contenute entro i limiti stabiliti dal Codice, che non incidano su eventuali prescrizioni degli enti competenti e che non comportino un aumento dell'importo contrattuale"*.

Al di là della intrinseca difficoltà individuativa della categoria "significative modifiche", resta da chiedersi se sono ammissibili solo "varianti" isocosto, nel momento in cui le modifiche qualitative e quantitative non devono comportare un aumento dell'importo del contratto. Ma quand'anche fosse così, le non "significative modifiche" presuppongono ancora una volta un elaborato progettuale esecutivo comunque diverso da quello posto a base di gara; anche in questo caso può ritenersi salvaguardata la *par condicio* dei concorrenti? Non sarebbe forse necessario precisare che la progettazione esecutiva può essere solo lo sviluppo del progetto di fattibilità tecnico-economica e che le modifiche possono trarre fonte solo da sopravvenienze ed imprevisti giustificabili del precedente livello progettuale, ma non anche da una diversa e unilaterale revisione da parte dell'affidatario dell'impostazione originaria?

Anche sotto questo aspetto il rischio dell'alterazione della gara sarebbe da evitare.

Parimenti significativa e consequenziale appare poi l'esigenza di salvaguardare il principio della omogeneità delle offerte in ragione della corretta determinazione economica di quanto viene sottoposto a base gara. Un semplice raffronto tra l'art. 6 (Progetto di fattibilità tecnico-economica) e l'art. 31 (Elenco prezzi unitari, computo metrico estimativo e quadro economico), norma quest'ultima inserita nella Sezione III dell'allegato I.7 dedicata al progetto esecutivo, porta all'inevitabile evidenza che in sede di progetto di fattibilità tecnico-economica la previsione di spesa debba essere solo attendibile (comma 5) in forza di un computo estimativo (comma 8 lett. i)) che porti ad un calcolo sommario dei lavori redigendosi una quantificazione computistica solo di massima (art. 16 all. I.7), mentre quello completo, sia per le lavorazioni a misura che per quelle a corpo, si fonda di contro su una intrinseca esaustività dei costi.

Su questa inevitabile distinzione si dovrebbe poi fondare l'esigenza del presupposto per il corretto affidamento dei lavori a corpo. Questi ultimi, se non vogliono trasformare l'appalto in un contratto aleatorio,

devono presupporre inevitabilmente una completa elaborazione del progetto esecutivo, circostanza questa che dovrebbe rendere incompatibile la previsione anche parziale di lavori a corpo in un appalto integrato. L'elaborazione del progetto di fattibilità tecnico-economica può portare solo, come detto, ad una previsione di spesa attendibile; è il progetto esecutivo che determina ogni dettaglio dell'opera e il relativo costo attualizzato. L'ultimo stadio di progettazione si sviluppa e si definisce affinché ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensioni e prezzo.

Se questo avviene solo attraverso la progettazione esecutiva si ritorna all'originario tema di come correttamente coniugare il concorso tra operatori sulla base del progetto di fattibilità tecnico-economica.

Il nuovo Codice, manifestando un'opportuna sensibilità si è per esempio preoccupato di precisare, in tema di accordi quadro (art. 59), che *"il ricorso all'accordo quadro non è ammissibile ove l'appalto consequenziale comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo"*.

2. Revisione prezzi

Il nuovo Codice, con il suo art. 60, si preoccupa di confermare la tendenza normativa di quest'ultimo periodo tesa a contemplare norme di salvaguardia dell'equilibrio economico del contratto in periodo di estrema volatilità dei prezzi.

Attraverso il sopra citato articolo si riconferma l'obbligo di inserimento, nello schema di contratto posto a base di gara, di clausole di revisione prezzi. Si stabilisce che la variazione dei prezzi assume valenza, in aumento o in diminuzione, quando questa superi la percentuale del 5% dell'importo di affidamento, andando ad operare nella misura dell'80 % della variazione stessa.

Per la valutazione di questi parametri devono utilizzarsi indici sintetici di variazione approvati dall'ISTAT con proprio provvedimento entro il 30 settembre di ciascun anno.

Questa previsione revisionale contemplata dall'art. 60 andrebbe meglio articolata con le prescrizioni fatte proprie dalla Legge di Bilancio 2023 pubblicata in G.U. in data 29 dicembre 2022 (n. 197/2022), in particolare con le previsioni dell'art. 1, comma 458 (originariamente qualificato come "Disposizioni in materia di revisione dei prezzi") che peraltro va a modificare anche l'art.29 del DL 27/01/2022 n. 4 convertito nella Legge 28/03/2022 n. 25.

Invero il tempestoso andamento dei prezzi ha portato ad una stratificazione esponenziale di norme che rendono estremamente disagiata non solo l'attività dell'interprete, ma anche quella degli operatori. In

questa cornice non può prescindere peraltro da una descrizione di insieme delle recenti prescrizioni che interessano l'istituto revisionale, sottolineando in via preliminare la costante disattenzione del Legislatore nel confondere e nel non adeguatamente distinguere la revisione dei prezzi dall'aggiornamento dei prezzi che ha contribuito a rendere oltremodo complesso il sistema.

La finalizzazione rimane sempre quella dell'adeguamento del corrispettivo in funzione del recupero dell'equilibrio contrattuale, ma le figure sono di certo distinte.

L'ultima previsione codificata nella Legge di Bilancio 2023, trasferita poi in via definitiva nell'art. 1 comma 458 della Legge n. 197/2022, benché abbia perso la sua primigenia qualificazione di revisione prezzi, ha comunque conservato alcune intrinseche contraddizioni di sistema. L'attuale comma 458 in questione presenta in verità una disciplina, di fatto prorogata ed in parte integrata, del previgente art. 26 del DL 50/2022 (convertito in Legge n. 91/2022), a sua volta contemplante una regolamentazione dell'aggiornamento dei prezzi e non tanto della revisione prezzi.

Come noto il ritorno effettivo della disciplina revisionale (ossia la reintroduzione dell'obbligo di clausole revisionali negli schemi di contratto di appalto di lavori) era avvenuto attraverso l'art.29 del Decreto Legge 27 gennaio 2022 n.4 convertito in Legge 28 marzo 2022 n.25. In quest'ultima previsione il legislatore si era preoccupato di codificare un effettivo meccanismo revisionale contemplante, in deroga a quanto già previsto dal Codice dei contratti, il riconoscimento di variazioni di prezzo, in aumento o in diminuzione, valutato dalla Stazione Appaltante soltanto se risultante superiore al 5% rispetto al prezzo rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, procedendo a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente appunto il 5%, comunque in misura pari all'80% di detta eccedenza.

Sempre la medesima disposizione rinviava anche a futuri decreti del Ministero delle Infrastrutture che con cadenza semestrale (entro il 31 marzo ed il 30 settembre di ciascun anno) avrebbero effettuato il calcolo delle variazioni percentuali dei prezzi sulla base della metodologia di rilevazione dell'Istat. Al comma 4 del medesimo art. 29 era poi contemplata anche la modalità di presentazione dell'istanza di compensazione, che doveva essere avanzata dall'appaltatore, a pena di decadenza, entro 60 giorni dalla data di pubblicazione del Decreto in GURI; questa doveva poi avere ad oggetto esclusivamente i lavori eseguiti nel rispetto dei termini indicati nel relativo cronoprogramma; veniva esclusa espressamente la compensazione dei lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta e si stabiliva che la medesima non era soggetta al

ribasso d'asta e andava calcolata al netto di eventuali compensazioni in precedenza riconosciute; i commi poi da 7 a 11 disciplinavano le risorse finanziarie per il pagamento di detta compensazione.

Oggi dalla lettura dell'art. 1 comma 458 si ricava che questa effettiva disciplina revisionale da ultimo citata (così come contemplata nel suddetto art.29 del DL 4/2022) viene in verità congelata e dichiarata non applicabile per tutti i contratti pubblici di cui ai commi 6 *bis* e 6 *ter* dell'art. 26, oggi integrato (*cfr. art. 1, comma 458, comma 6 sexies, lett. b*)).

Questa circostanza apre una serie di difficoltà e di dubbi interpretativi di carattere consequenziale. Se il tentativo e lo sforzo profuso in questo ultimo periodo dovevano essere destinati alla configurabilità di una revisione prezzi permanente, possibilmente alla francese, il quadro che ne deriva appare abbastanza deludente. Con la Legge Finanziaria si tende ancora una volta ad avere una previsione di corto, medio periodo senza pensare alla necessità di un adeguamento sistematico, coerente e continuativo della disciplina dei prezzi di contratto e in quest'ottica, al momento, la previsione dell'art. 60 del nuovo Codice in materia di revisione sembra un'occasione persa. Si prevede semplicemente l'inserimento di clausole revisionali, un'alea al 5%, una revisionabilità del corrispettivo d'appalto nella misura dell'80% della variazione, una pubblicazione degli indici Istat annuale. Scompare addirittura la semestralità quando si auspicava la mensilità delle tabelle e degli adeguamenti, l'obbligo della domanda dell'appaltatore a pena di decadenza, l'obbligo di rispettare il cronoprogramma e il diritto a percepire la revisione solo nel rispetto dei termini di contratto. Non ci si preoccupa di fissare criteri e termini di contabilizzazione degli stati di avanzamento revisionali, nulla si dice sull'applicazione o meno del ribasso d'asta all'incremento revisionale.

Si consideri poi come, a fronte dell'estensione del principio dell'aggiornamento del prezzo anche agli appalti pubblici con bandi o avvisi pubblicati dal 1° gennaio al 31 dicembre 2022 (*cfr. art.1, comma 458, comma 6ter*), questa disposizione confligga con l'art.29 del DL n.4/2022 sulla revisione che nella previsione di cui alla lettera a) continua ad avere vigore. Ciò significa che se da un lato permane l'obbligo per le Stazioni Appaltanti dell'inserimento di una clausola revisionale fin dal bando e dallo schema di contratto (per l'appunto così dispone l'art. 29 lett. a) sopra richiamato), dall'altro il resto della disciplina revisionale è dichiarato non applicabile dalla norma della legge finanziaria sul presupposto della vigenza per il 2023 del solo meccanismo di aggiornamento. Quando entrerà in vigore il nuovo Codice con il suo art. 60 come ci si coordinerà?

Si aggiunga che molto probabilmente, in ogni caso, il meccanismo dell'aggiornamento sterilizza e vanifica l'istituto della revisione.