

ANCE | EMILIA ROMAGNA

Nuovo codice dei contratti pubblici: prima applicazione e prospettive

Bologna – 10 ottobre 2023

Avv. Alberto Gaz

■ Sulla vincolatività dei prezzi regionali e sulle relative conseguenze

L'art. 41, c. 13, terza parte, d.lgs. 36/2023, impone alle s.a. di utilizzare i prezzi riportati nei prezziari predisposti dalle regioni e dalle province autonome (salva espressa autorizzazione -in base alla natura e all'oggetto dell'appalto- a utilizzare i propri). La disposizione riproduce sostanzialmente l'art. 23, c. 16, d.lgs. 50/2016, con la significativa aggiunta dell'inciso «*prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto*».

I prezziari sono aggiornati secondo criteri e modalità stabilite dall'Allegato I.14 (*Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezziari regionali*).

Il **rispetto dei prezzi è un obbligo tassativo** (cui è possibile derogare solo con puntuale motivazione) come ribadito da giurisprudenza costante e da A.N.A.C.:

«l'art. 23, comma 16 del d.lgs. 50/2016 ... spinge a ritenere che le stazioni appaltanti siano tenute a fare puntuale applicazione dei prezzi regionali quale parametro di tutela inderogabile» (Tar Lazio, Sez. IV, 29.5.2023, n. 9031)

«dal chiaro tenore dell'art. 23, comma 16, 3° periodo, del D. Lgs. n. 50 del 2016, secondo il quale “Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente”, spinge a ritenere che le Stazioni Appaltanti siano tenute a fare puntuale applicazione dei prezzi regionali. La previsione in parola non si esprime, infatti, in termini di mera possibilità (come accade aliunde ove si dice che la P.A. “può”) ma pone un vero e proprio obbligo in tal senso» (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 6 aprile 2021, n. 497; sull'obbligo di «analitica motivazione» nel caso di scostamento, cfr. Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 7.12.2021, n. 3693)

A.N.A.C. osserva che “L’istituto dei prezzari rileva ... sotto un duplice profilo. «Da un lato la funzione dell’istituto è quella, nell’interesse precipuo delle Stazioni Appaltanti e della collettività, di assicurare la serietà dell’offerta e la qualità delle prestazioni finali rese dall’operatore economico selezionato, evitando che la previsione di importi di base eccessivamente bassi impedisca di formulare offerte di sufficiente pregio tecnico... Dall’altro, l’istituto dei prezzari regionali ha funzione di regolare il mercato delle opere pubbliche e di prevenirne le storture. L’impiego di parametri eccessivamente bassi (o, viceversa troppo elevati), comunque non in linea con le caratteristiche reali del settore imprenditoriale (come declinate in concreto con riguardo ad un dato territorio ed uno specifico frangente temporale), è in grado, infatti, di alterare il gioco della concorrenza ed impedire l’accesso al mercato in condizioni di parità (...))» (cfr. TAR Puglia, n. 497/2021; ANAC, parere Funzione Consultiva n. 60/2022) ...**le stazioni appaltanti sono tenute a fare puntuale applicazione dei prezzari regionali aggiornati**, secondo le previsioni dell’articolo 23 del d.lgs. n. 50/2016 e tale obbligo è da riferirsi alla fase di approvazione degli elaborati progettuali” (A.N.A.C. delibera n. 618 del 20.12.2022; cfr. altresì A.N.A.C. parere funzione consultiva n. 64 del 7.12.2022).

E se il progetto a base di gara prevede un “taglio lineare” di tutti i prezzi?

L’o.e. può anzi deve contestare immediatamente il bando: è una della ipotesi in cui è possibile (*rectius* doveroso) impugnare la *lex specialis* senza attendere l’esito della gara: *«l’impugnativa avverso la lex specialis di gara, riferita alla stessa possibilità di proporre un’offerta “remunerativa”, avrebbe dovuto essere proposta entro trenta giorni dalla pubblicazione del bando di gara, venendo in rilievo, nella prospettazione attorea, una prescrizione della lex specialis immediatamente lesiva alla stregua del principio di diritto espresso dalle sentenze dell’Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 e n. 4 del 2011 e ribadito con la sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 4 del 2018»* (Tar Campania, Sez. V, 28.1.2022, n. 612).

Se tuttavia qualche o.e. presenta un'offerta, diventa difficile considerare antieconomico il prezzo a base d'asta: *«la risposta del mercato ad una determinata proposta costituisce un indizio significativo che depone nel senso dell'appetibilità e quindi della remuneratività, sotto i più diversi profili, della proposta stessa (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 14 settembre 2012, n. 4891; id., 14 febbraio 2011, n. 953; Tar Sardegna, Sez. II, 20 giugno 2019, n. 554)»* (Tar Veneto, Sez. I, 8.7.2020, n. 576). Il tema della effettiva remuneratività (e quindi della sostenibilità dell'offerta) potrebbe rientrare in gioco in sede verifica dell'anomalia.

A maggior ragione l'o.e. che abbia presentato l'offerta a fronte di un prezzo chiaramente non remunerativo non se ne può successivamente dolere, lamentando l'insufficienza del corrispettivo (cfr. art. 1337 c.c.: dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative): «Ammesso pure che la stazione appaltante abbia indicato negli atti di gara un prezzo a base d'asta non remunerativo dell'attività prestata, non è certo incolpevole l'operatore economico che abbia partecipato alla gara con un'offerta al ribasso di detto prezzo. Questi, infatti, è tenuto ad un dovere di correttezza e serietà non meno di quanto sia tenuta l'amministrazione e, dunque, a formulare la sua offerta in maniera consapevole e meditata; e quindi, prima di dichiarare il ribasso offerto, ad esaminare se le condizioni imposte dall'amministrazione consentano la effettiva remunerazione dell'attività svolta...»

... è ... consentito, anche a chi non abbia presentato domanda di partecipazione, proporre impugnazione immediata del bando di gara qualora la stazione appaltante abbia ivi previsto condizioni tali da rendere impossibile proporre un'offerta remunerativa, data la natura immediatamente escludente di siffatte clausole ... L'alternativa ... è quella di non partecipare affatto alla procedura di gara proprio perché consapevole di non essere in grado di proporre un'offerta realmente remunerativa. Se ... l'operatore economico non impugna immediatamente il bando di gara (e gli ulteriori atti), ed anzi presenta la sua offerta con ribasso rispetto al prezzo posto a base di gara, non può poi lamentarsi, divenuto aggiudicatario, di non essere in grado di eseguire l'opera perché il corrispettivo che egli stesso ha domandato non lo remunera a sufficienza della attività svolta, senza incorrere in palese contraddizione che toglie credito alla serietà della sua condotta sin dal tempo della presentazione dell'offerta» (Cons. St., Sez. V, 5.7.2021, n. 5107).

Oltre al “taglio lineare”, **deve ritenersi di dubbia legittimità la pratica di creare dei (presunti) nuovi prezzi costruiti mediante la semplice espunzione di alcune “componenti” contenute nelle varie descrizioni delle voci del prezzo di riferimento.** Ai sensi dell’art. 5, c. 6, dell’Allegato I.14 (*Criteria di formazione ed aggiornamento dei prezzi regionali*) al d.lgs. 36/2023 *“Per comporre le nuove analisi sono utilizzate le risorse elementari previste nel prezzo. Resta nella facoltà del progettista la formulazione di prezzi aggiuntivi, previa apposita analisi prezzi, nei casi in cui il prezzo di riferimento non contempli una lavorazione prevista in progetto”*. L’analisi prezzi presuppone un’indagine di mercato adeguata e motivata.

Le descritte, discutibili, ipotesi di “scostamento” rispetto ai prezziari creano problemi anche alle s.a. chiamate, ad esempio, ad applicare le compensazioni previste dall’art. 26 del d.l. 50/2022. Il meccanismo “eccezionale” prevede l’applicazione del ribasso d’asta al «nuovo» prezzo. Qual è il ribasso d’asta? Si “somma” anche il “taglio lineare” utilizzato in sede progettuale?

A fronte di una specifica richiesta di una s.a. su come applicare il «decreto aiuti» ove il progetto sia stato redatto con un “taglio lineare” rispetto al prezzo di riferimento, la «non» risposta del Ministero dei Trasporti è emblematica.

«I prezzi da utilizzare ai fini del computo metrico estimativo progettuale nelle gare di appalto, in base alla vigente normativa, sono:

a) prezzi rinvenuti nel Prezziario vigente al momento di indizione della gara;

b) in caso di assenza di specifica voce di Prezziario, prezzi individuati mediante analisi svolta in sede progettuale.

*Avendo Codesta Amministrazione scelto in sede progettuale una propria terza via, ossia con **un taglio lineare sul Prezziario, senza alcuna analisi dei prezzi puntuale e specifica, ma solo mediante statistica storica dei ribassi (parametro che non ha alcun supporto giuridico)** lo scrivente servizio non può ora esprimere una risposta al quesito posto, né alcun indirizzo operativo basato sulla vigente normativa» (parere MIT n. 1836 del 14.3.2023)*

L'esigenza della corretta individuazione del prezzario di riferimento si pone in maniera particolare, vista la sua peculiare dinamica, nel caso di appalto integrato. A specifica domanda [*«si richiede quale prezzario deve essere utilizzato (quello di gara o quello aggiornato) per la redazione del progetto esecutivo da redigere da parte dell'operatore aggiudicatario»*], il M.I.T. risponde che *«In termini di economicità efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa è consigliabile redigere il progetto esecutivo (in base, ndr) al prezzario aggiornato»* (parere M.I.T. n. 1765 del 4.2.2023).

A maggior ragione oggi che l'art. 41, c. 13, d.lgs. 36/2023 fa espresso riferimento ai prezzi correnti alla data di approvazione del progetto (anche l'esecutivo redatto dall'appaltatore deve, infatti, essere approvato: *«L'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo, il cui esame è condotto ai sensi dell'articolo 42»*: art. 44 d.lgs. 36/2023).

■ L'appalto integrato: sui rapporti tra i livelli di progettazione e dunque tra stazione appaltante e aggiudicatario (successivamente appaltatore).

Il ritorno dell'appalto integrato, nell'ambito di una sostanziale liberalizzazione dell'istituto (pur a fronte di una legge delega in apparenza meno "aperturista": *"individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori"*: art. 1, c. 2, lett. ee), l. 78/2022), fa riaffiorare questioni già dibattute prima dell'introduzione del divieto generalizzato di cui all'art. 59 d.lgs. 50/2016 [divieto attenuato dal d.lgs. 56/2017 con l'introduzione dei commi 1 *bis* (elemento tecnologico e innovativo prevalente sull'importo complessivo) e *ter* e poi sospeso fino al 31.12.2020 dal d.l. n. 32/2019, termine da ultimo prorogato fino al 31.12.2023 (d.l. n. 77/2021)].

Margini di scostamento tra il progetto di fattibilità tecnico economica ed il progetto esecutivo.

Nella vigenza dell'art. 59, c. 1 *bis*, d.lgs. 50/2016 (che consentiva l'affidamento «integrato» *«sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice»*), il Consiglio di Stato ha recentemente chiarito che *«il potere «ideativo» e «propositivo» dei concorrenti è circoscritto entro i limiti definiti dal livello progettuale posto a base di gara»* (Cons. St., Sez. III, 6.3.2023, n. 2261).

Pur essendo concretamente affidata alla *lex specialis* la perimetrazione delle proposte migliorative, rimane fermo il principio per cui gli elementi di novità introdotti in sede esecutiva non possono alterare le caratteristiche essenziali del progetto: *«L'elemento di innovatività introdotto dalla parte appellante è tracimato, tuttavia - questo il punto cruciale - nell'alterazione di una idea progettuale essenziale (tale ritenuta dalla stazione appaltante), in quanto afferente alla stessa "tipologia" strutturale dell'opera da realizzare, mentre gli ambiti tecnici aperti ad apporti migliorativi avrebbero dovuto indirizzare i contributi ideativi dei concorrenti su aspetti settoriali, più o meno significativi ma, comunque, tali da non implicare una rivisitazione funditus del modello progettuale concepito dalla stazione appaltante»* (Cons. St., Sez. III, 6.3.2023, n. 2261).

In tale prospettiva pare di sicuro interesse la previsione per cui «*Nell'ipotesi di affidamento congiunto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, 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*» (Art. 22, c. 7, All. I.7).

Assumono dunque particolare importanza le attività di “verifica” della progettazione ex art. 42 d.lgs. 36/2023 (sulle differenze tra “procedimento di verifica” e “validazione”, cfr. anche A.N.A.C., delibera n. 27 del 17.1.2019) che si collocano tuttavia a valle della procedura di gara e dopo la stipulazione del contratto d'appalto, posto che la redazione del progetto esecutivo è oggetto dell'impegno negoziale assunto dall'appaltatore:

- *«L'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo, il cui esame è condotto ai sensi dell'articolo 42» (art. 44 d.lgs. 36/2023);*
- *«In caso di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione ... la verifica del progetto di fattibilità tecnico-economica è completata prima dell'avvio della procedura di affidamento e la verifica del progetto esecutivo redatto dall'aggiudicatario è effettuata prima dell'inizio dei lavori» (Art. 42, c. 1 -ultima parte-, d.lgs. 36/2023).*

Nel caso dell'appalto integrato la complicazione deriva dal fatto che, a monte, l'offerta tecnica -anche per la componente progettuale- è stata oggetto di positiva valutazione da parte della Commissione di gara («*organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie*»: Cons. St., Sez. V, 23.2.2023, n. 1898), mentre la validazione del «conseguente» progetto esecutivo è successivamente affidata al R.U.P. -soggetto incardinato nella s.a.- che non è vincolato all'esito della gara, dovendo condurre un approfondimento tecnico su uno specifico progetto, tendo conto degli esiti della verifica (art. 42, c. 4, d.lgs. 36/2023).

E se l'attività di “verifica” non si conclude positivamente?

L'art. 169, c. 6, d.p.r. 207/2010 (similmente all'art. 140, c. 6, d.p.r. 554/99) disponeva che «*Qualora il progetto esecutivo redatto a cura dell'affidatario non sia ritenuto meritevole di approvazione, il responsabile del procedimento avvia la procedura di cui all'articolo 136 del codice*» e quindi la risoluzione in danno dell'appaltatore.

Attualmente manca una simile disposizione di rango normativo o regolamentare: da valutare l'opportunità di inserire una previsione di analogo tenore in sede contrattuale.

La (sostanziale) impossibilità per l'appaltatore di contestare carenze progettuali.

Costituisce un principio consolidato nella giurisprudenza -tanto di merito quanto di legittimità- quello secondo cui *«nell'appalto, sia pubblico che privato, rientra tra gli obblighi dell'appaltatore, senza necessità di una specifica pattuizione, il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente»* (Cass. Civ., Sez. I, Ord. 26.2.2020, n. 5144).

Ciò vale a maggior ragione nell'ipotesi di appalto integrato, *«dove l'appaltatore deve predisporre il progetto esecutivo sulla base del progetto definitivo fornito dal committente, di talché la verifica della validità di quest'ultimo ha immediata incidenza sull'obbligo contrattuale a carico dell'impresa... nell'appalto integrato l'accordo si forma sul progetto esecutivo, che dovrà essere la impresa aggiudicataria a sviluppare, essendosi assunta l'onere di esaminare in tutti i suoi aspetti e di verificare la fattibilità del progetto proposto dalla stazione appaltante, accertando l'esistenza di eventuali ostacoli alla regolare esecuzione dei lavori»* (Corte Appello Roma, Sez. II spec. mat. impr., 12.1.2023, n. 182).

L'art. 106, c. 9, ultima parte, d.lgs. 50/2016 (analogamente all'art. 19, c. 1 *ter*, l. 109/94) prevedeva che *«Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo»*.

Il nuovo Codice non ha riprodotto tale specifica disposizione nell'ambito delle «Varianti» (cfr. Relazione illustrativa del Cons. St., *sub* art. 120, pag. 172): *«la disciplina delle conseguenze sulla responsabilità dei progettisti ... è stata inserita nella parte del Codice destinata a regolamentare la progettazione»*.

Tuttavia per il contraente generale si è espressamente previsto che *«Il rischio derivante da varianti cagionate da omissioni, inesattezze o errori del progetto esecutivo è a carico del contraente generale»* (art. 204, c. 8, d.lgs. 36/2023)

Art. 42, Allegato I.7:

- *«Nei limiti delle attività di verifica di cui agli articoli 39 e 40, il soggetto incaricato della verifica risponde a titolo di inadempimento del mancato rilievo di errori e omissioni del progetto verificato che ne pregiudichino in tutto o in parte la realizzabilità o la sua utilizzazione. Il soggetto incaricato della verifica ha la responsabilità degli accertamenti previsti dagli articoli 39 e 40, ivi compresi quelli relativi all'avvenuta acquisizione dei necessari pareri, autorizzazioni e approvazioni, ferma restando l'autonoma responsabilità del progettista circa le scelte progettuali e i procedimenti di calcolo adottati» (c. 1);*
- *«La validazione del progetto, di cui all'articolo 42, comma 4, del codice, non esime il concorrente che partecipa alla procedura per l'affidamento dell'appalto o della concessione di lavori pubblici dalle responsabilità inerenti a errori od omissioni progettuali» (c. 3; per la definizione «errore od omissione di progettazione»: art. 1, c. 3, lett. r), Allegato I.1).*

... la Provincia autonoma di Trento, con il Decreto del presidente della provincia 16 agosto 2023, n. 20-96/Leg, ha emanato il «*Capitolato generale per l'esecuzione di lavori pubblici*», in attuazione della legge provinciale sui ll.pp. (aggiornata al nuovo codice dei contratti pubblici):

- «*Se il progetto definitivo o esecutivo è stato redatto dall'appaltatore e la variante progettuale deriva da errori od omissioni progettuali imputabili a lui medesimo, sono a totale carico di quest'ultimo l'onere della nuova progettazione, le maggiori spese, le penali per mancato rispetto dei termini di esecuzione dei lavori e gli ulteriori danni subiti dall'amministrazione aggiudicatrice*» (art. 41, c. 5);
- «*Se il progetto esecutivo redatto a cura dell'appaltatore non è ritenuto meritevole di approvazione, il responsabile unico del progetto avvia la procedura di risoluzione ai sensi della normativa statale*» (art. 30, c. 7).