

Formazione IFEL
per i Comuni

IFEL
Fondazione ANCI

**Il DL 77/2021 e le
norme di
semplificazioni in
materia di esecuzione
dei contratti pubblici**

a cura di Maria Teresa Massi
2 dicembre 2021



Programma

- **Ambito oggettivo di applicazione**
- **Le attività da monitorare**
- **La stipula del contratto**
- **La consegna dei lavori**
- **La nomina del collegio consultivo tecnico**
- **La sospensione e la ripresa dei lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria**
- **Gli altri termini procedimenti ed endo-procedimentali**
- **Le altre norme impattanti sulla fase di esecuzione dei contratti.**

Le opinioni e considerazioni riportate in questa presentazione sono frutto della libera ricerca ed interpretazione degli autori e non impegnano in alcun modo l'IFEL o l'ANCI

Il decreto cd. «semplificazioni-bis»

L. 108/2021 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure

Art. 50

**Semplificazioni in materia di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e
PNC**

**Gazzetta Ufficiale
n. 181 del 30
luglio 2021**



Il decreto cd. «semplificazioni-bis»

Qual è lo scopo?

E' riportato chiaramente al comma 1 dell'art. 50 del d.l. 77/2021 convertito nella l. 108/2021 ove si legge che ***“1. Al fine di conseguire gli obiettivi di cui al regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, in relazione alla esecuzione dei contratti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dai citati regolamenti, nonché dalle risorse del PNC, e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea, si applicano le disposizioni del presente titolo (Titolo IV, articoli dal 47 al 56-quater, n.d.r.), nonché le disposizioni del presente articolo.”***

Il decreto cd. «semplificazioni-bis»

Qual è il metodo scelto?

L'intervento normativo prova a trasferire, nell'ambito della disciplina della fase di esecuzione dei contratti pubblici, il meccanismo **dell'intervento sostitutivo** già "sperimentato", nel generale quadro del procedimento amministrativo, con le innovazioni apportate all'art. 2 della legge 241/90 dapprima con l'art. 1, comma 1, l. n. 35/2012, poi modificato dall'art. 13, comma 1, l. n. 134/2012, poi con il precedente decreto semplificazione del 2020 e infine proprio con l'art. 61, comma 1, lettera a), del d.l. n. 77 del 2021, ora convertito nella l. 108/2021.

Il decreto cd. «semplificazioni-bis»

Costituzione

art. 97

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Il decreto cd. «semplificazioni-bis»

L. 241/90 Art. 1 Principi generali dell'attività amministrativa

1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e **dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti**, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

1-bis. **La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato** salvo che la legge disponga diversamente.

Il decreto cd. «semplificazioni-bis»

L. 241/90 Art. 1 Principi generali dell'attività amministrativa

2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

2-bis. I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.

(comma inserito con l'art. 12, co, 1, lettera 0a), del d.l. 76/2020 conv. nella l. n. 120 del 2020).

Il decreto cd. «semplificazioni-bis»

L. 241/90 Art. 2 Conclusione del procedimento

9-bis. **L' organo di governo** individua **un soggetto** nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione **o una unità organizzativa** cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. **Nell'ipotesi di omessa individuazione** il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto o dell'unità organizzativa a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria.

(comma introdotto dall'art. 12, co. 1, lettera a), legge n. 120/2020, modificato dall'art. 61, co. 1, lettera a), della legge n. 108/2021)

Il decreto cd. «semplificazioni-bis»

L. 241/90 Art. 2 Conclusione del procedimento

9-ter. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9-bis, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo e, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, conclude il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

(comma introdotto dall'art. 12, co. 1, lettera a), legge n. 120/2020, nel testo come modificato dall'art. 61, co. 1, lettera b), della legge n. 108/2021)

Il decreto cd. «semplificazioni-bis»

L. 241/90 Art. 2 Conclusione del procedimento

9. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

Art. 2-bis Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento

1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, **sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto** cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Le attività da monitorare

Le attività per le quali l'art. 50 prevede l'intervento sostitutivo in caso di ritardo o di inerzia da parte del soggetto competente o responsabile per l'attuazione o l'avvio, sono quelle relative:

- alla stipulazione del contratto;
- alla consegna dei lavori;
- alla nomina, ove prevista o obbligatoria, del Collegio consultivo tecnico;
- agli atti e alle attività di cui all'articolo 5 del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76 (e quindi sospensione e ripresa dei lavori, rilascio delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico, ove costituito, determinazione sulla sostituzione dell'appaltatore e connesse attività);
- a tutte le ulteriori attività e determinazioni relative all'esecuzione dei contratti pubblici.

L'intervento sostitutivo

In relazione a tali atti, l'art. 50 prevede che *“il responsabile o l'unità organizzativa di cui all'articolo 2, comma 9-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, titolare del potere sostitutivo in caso di inerzia, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, al fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea.”*

NB Rispetto alla l.241/90, la norma non prevede la possibilità di nominare un «commissario»

La «governance» del PNRR dà alle PPAA quali soggetti attuatori o responsabili di progetti, di assumere e costituire uffici ad hoc (cfr. decreto «reclutamento» d.l. 80/2021 conv. l. 113/2021 come mod. dal d.l. 152/2021)

L'intervento sostitutivo

In realtà sappiamo che le funzioni pro-attiva, attiva, di controllo, di supervisione e di sollecitazione, nell'ambito dei contratti pubblici, sono di stretta competenza del RUP; e sarà lo stesso RUP, qualora non sia il soggetto competente ad es. alla sottoscrizione o alla stipula del contratto (attività ascritte al dirigente competente e al Segretario generale per l'attività di ufficiale rogante) o alla consegna dei lavori (direttore dei lavori, su indicazione dello stesso RUP) e qualora ravvisi un ritardo a dover segnalare "eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi" (art. 31, comma 4, lett. d) del Codice). Ma si tratta di competenze infungibili, in quanto direttamente connesse al rapporto d'ufficio instauratosi tra l'Ente e la singola figura; a meno di non voler ipotizzare la creazione di uffici "doppione" e, in questo senso, il passaggio dalla previsione di una singola figura/responsabile alla possibilità di individuare/creare una unità organizzativa per l'attività sostitutiva appare coerente ma, lo si ribadisce di difficile attuazione.

Il decreto «semplificazioni» 2020

d.l. 76/2020 Art. 21. Responsabilità erariale

1. All'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.».

2. Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2023, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. **La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.**

(termine differito dall'art. 51, co. 1, lettera h), legge n. 108/2021)

La stipula del contratto

Codice dei contratti Art. 32, comma 8

8. Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, **la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto.** La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto.

La stipula del contratto

Codice dei contratti Art. 32, comma 8

8. (...) **Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.**

La stipula del contratto

Il termine posto per la conclusione (intesa come sottoscrizione/stipula) del contratto può essere pertanto:

- quello stabilito ex lege in 60 giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione;**
- il diverso termine fissato dall'Amministrazione nella disciplina di gara;**
- un diverso termine, definito successivamente e concordato con l'aggiudicatario.**

La stipula del contratto

Codice dei contratti Art. 32, comma 8

8. (...) Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, **l'aggiudicatario può**, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. **All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.** Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

La stipula del contratto

Sappiamo che si tratta di un termine sollecitatorio, posto nella disponibilità delle parti (in quanto può essere oggetto di un successivo e diverso accordo) ma il cui mancato rispetto, ai sensi dell'art. 32, comma 8 del Codice dei contratti nella nuova versione successiva alla l.120/2020, comporta:

- l'obbligo per la stazione appaltante ad esprimersi sulle relative motivazioni che non devono incidere l'interesse della stazione appaltante e quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto;
- una responsabilità erariale, in caso di danno e una responsabilità disciplinare a carico dei soggetti che hanno causato o non contrastato adeguatamente il pregiudizievole ritardo.

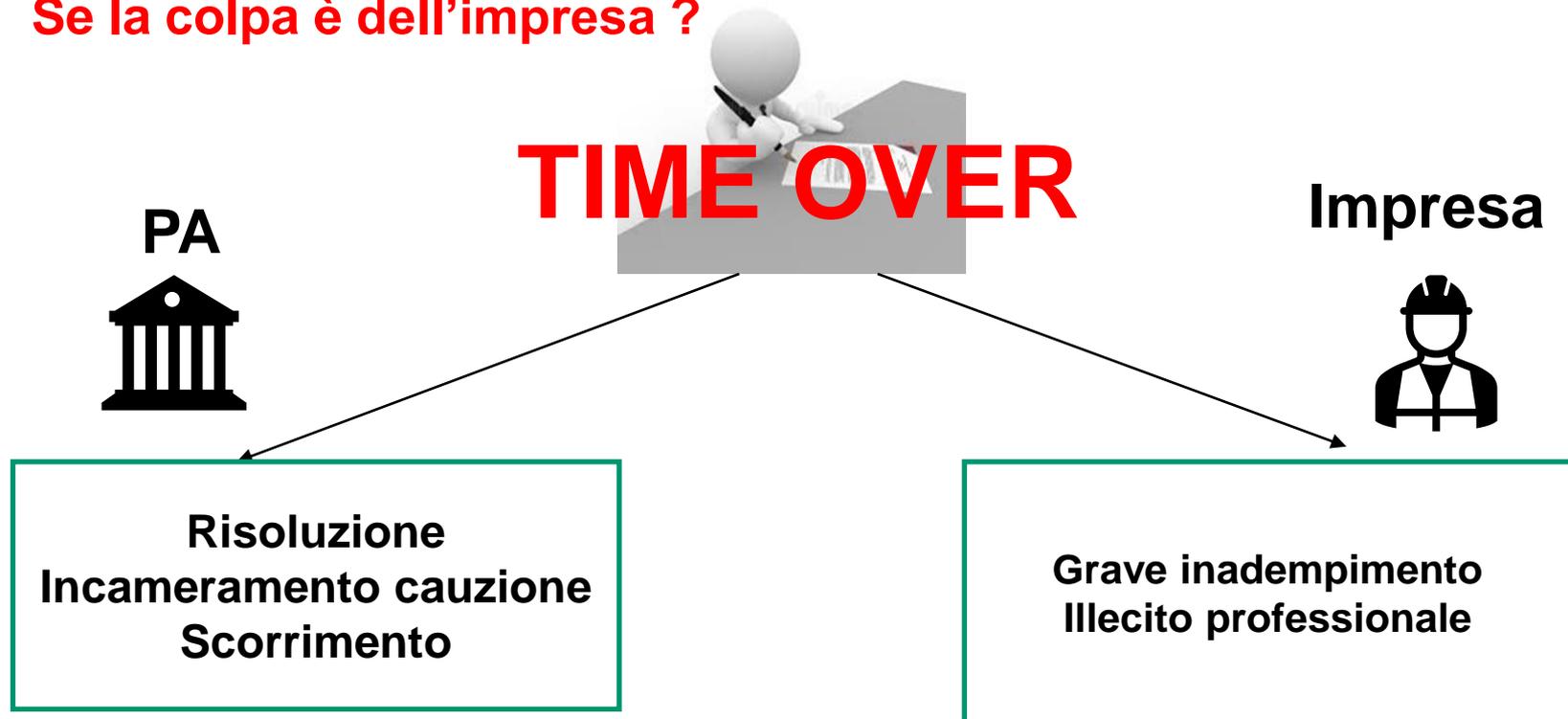
Mancata/ritardata stipula del contratto

Se la colpa è della PA?



Mancata/ritardata stipula del contratto

Se la colpa è dell'impresa ?



La mancata stipula nel decreto «semplificazioni»

Viceversa, la mancata tempestiva stipula del contratto per colpa dell'aggiudicatario costituisce una ipotesi di esclusione dello stesso (decadenza dall'aggiudicazione e scorrimento della graduatoria), per le procedure di affidamento dei contratti sopra e sotto-soglia avviate fino a tutto il 30 giugno 2023, ai sensi degli artt. 1, co. 1 e 2, co. 1 della l. 120/2020

La stipula del contratto

Quali sono le figure coinvolte?

SCRITTURA PRIVATA

RUP/Dirigente/apicale

Imprenditore



La stipula del contratto

Quali sono le figure coinvolte?

ATTO PUBBLICO

Segretario/Ufficiale
rogante

RUP/Dirigente/api
cale



Imprenditore

La consegna dei lavori «ordinaria»

Art. 5, comma 1, DM 49/2018

“1. Il direttore dei lavori, previa disposizione del RUP, provvede alla consegna dei lavori, per le amministrazioni statali, non oltre quarantacinque giorni dalla data di registrazione alla Corte dei conti del decreto di approvazione del contratto, e non oltre quarantacinque giorni dalla data di approvazione del contratto quando la registrazione della Corte dei conti non è richiesta per legge; per le altre stazioni appaltanti il termine di quarantacinque giorni decorre dalla data di stipula del contratto”.

N.B. La responsabilità del rispetto del termine posto per la consegna ricade pertanto sul RUP, che deve curarla dando le opportune disposizioni al Direttore dei lavori.

La consegna dei lavori «ordinaria»

Art. 5, comma 3, DM 49/2018

«3. Qualora l'esecutore non si presenti, senza giustificato motivo, nel giorno fissato dal direttore dei lavori per la consegna, la stazione appaltante ha facoltà di risolvere il contratto e di incamerare la cauzione, oppure, di fissare una nuova data per la consegna, ferma restando la decorrenza del termine contrattuale dalla data della prima convocazione.»

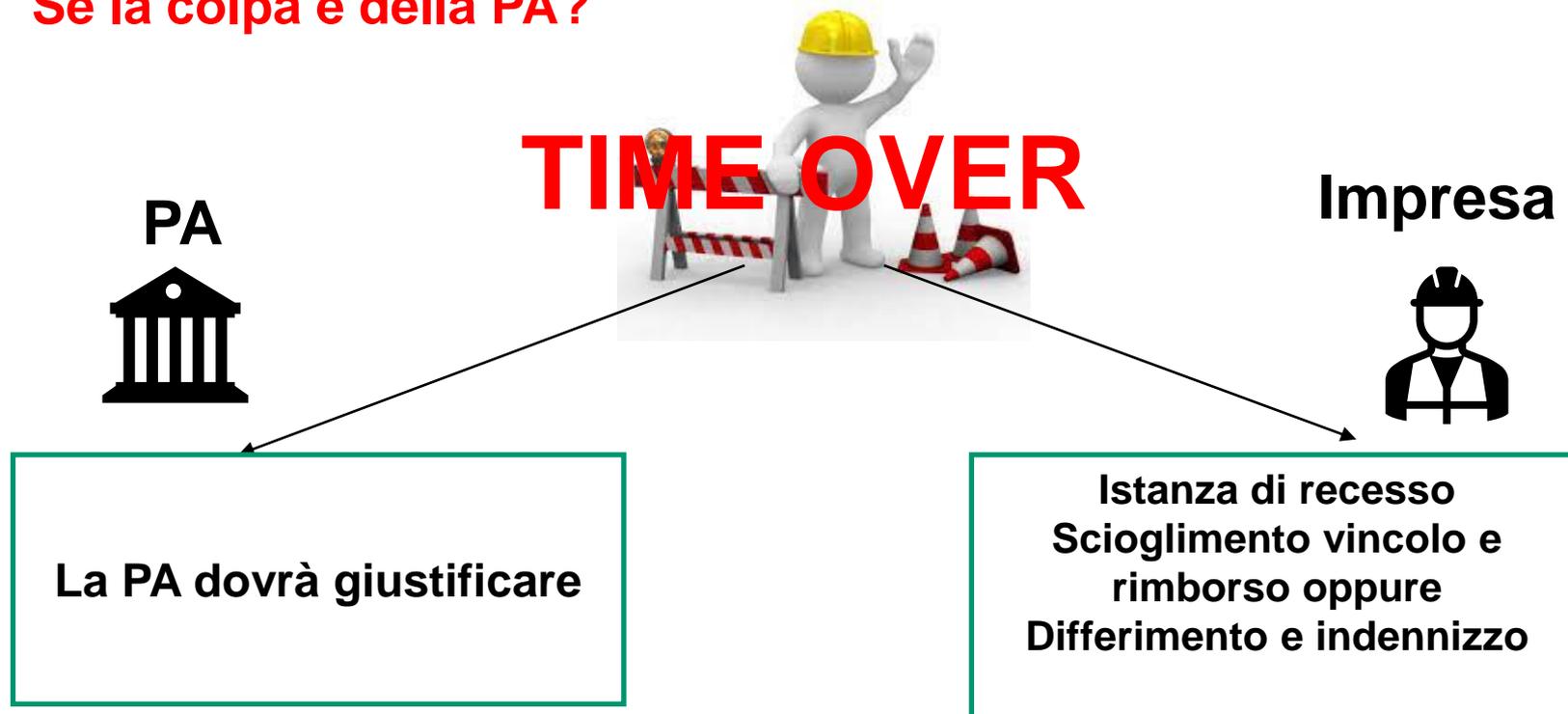
La consegna dei lavori «ordinaria»

Art. 5, comma 4, DM 49/2018

«4. Qualora la consegna avvenga in ritardo per causa imputabile alla stazione appaltante, l'esecutore può chiedere di recedere dal contratto. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'esecutore ha diritto al rimborso delle spese contrattuali effettivamente sostenute e documentate, ma in misura non superiore ai limiti indicati ai commi 12 e 13. Ove l'istanza dell'esecutore non sia accolta e si proceda tardivamente alla consegna, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo, le cui modalità di calcolo sono stabilite al comma 14.»

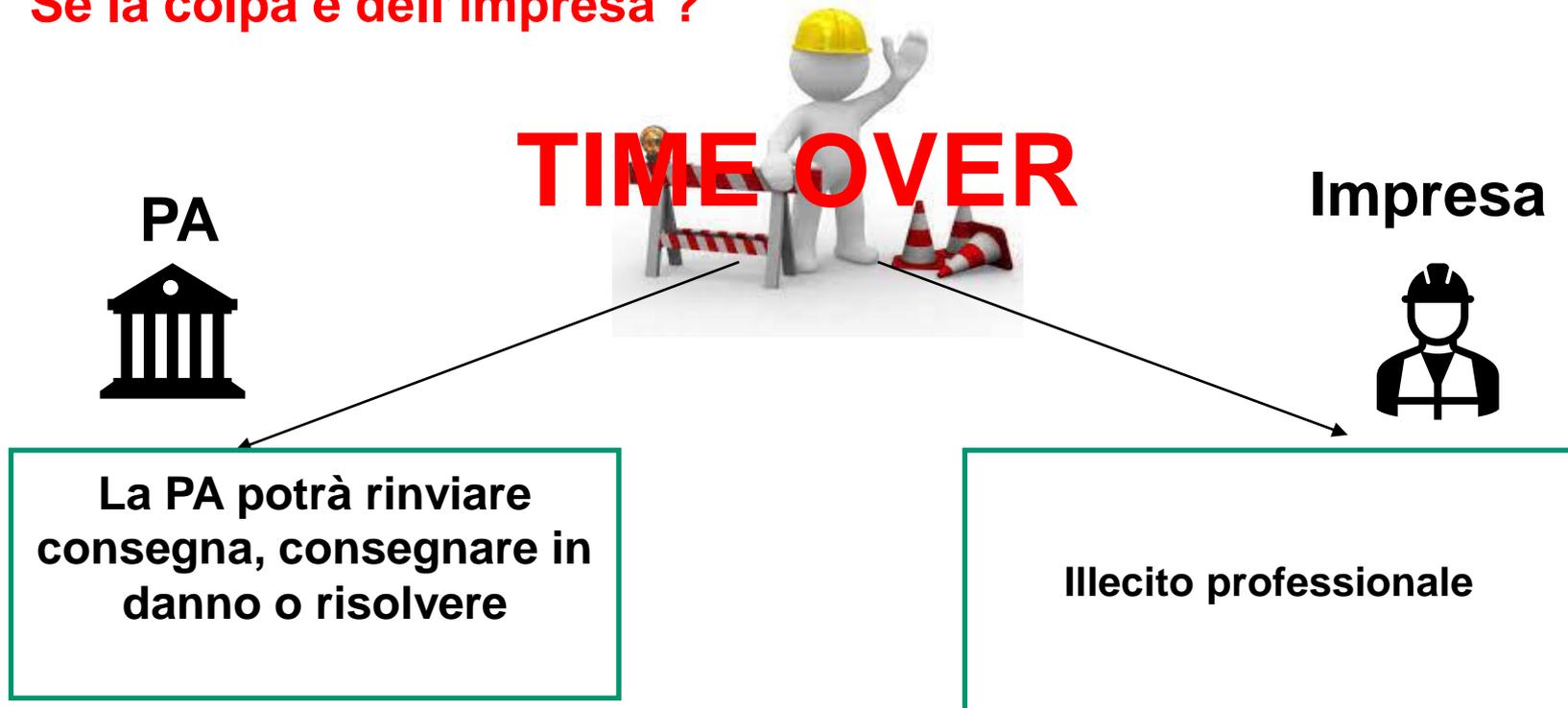
Mancata/ritardata consegna dei lavori

Se la colpa è della PA?



Mancata/ritardata consegna dei lavori

Se la colpa è dell'impresa ?



La consegna dei lavori

Quali sono le figure coinvolte?

RUP

Imprenditore o suo
rappresentante

Direttore dei
lavori



L'esecuzione d'urgenza «ordinaria»

Art. 32, comma 8 Codice dei contratti

(...) L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

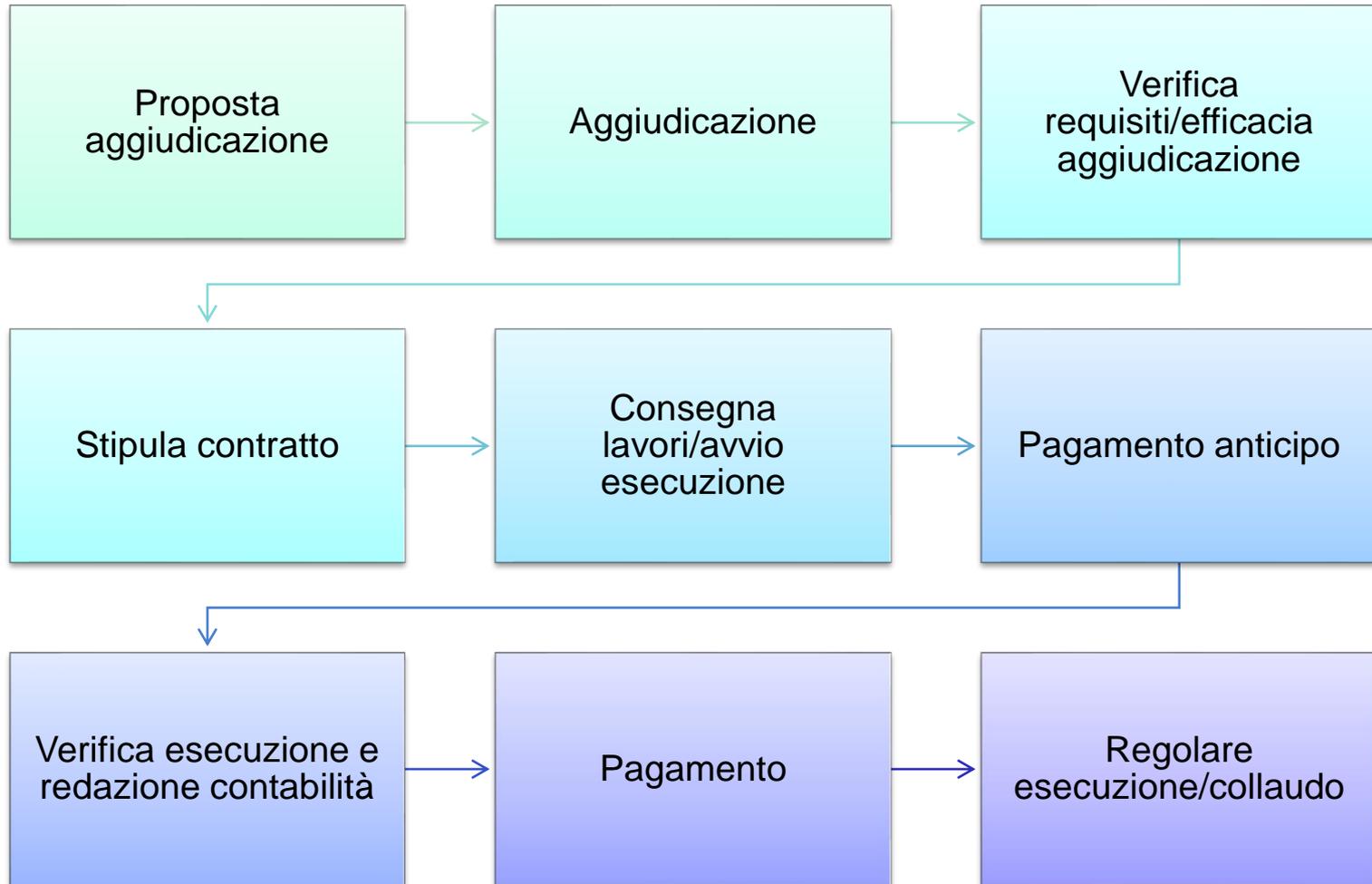
L'esecuzione d'urgenza del «semplificazioni»

d.l. 76/2020 conv. l. 120/2020 Art. 8. Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici

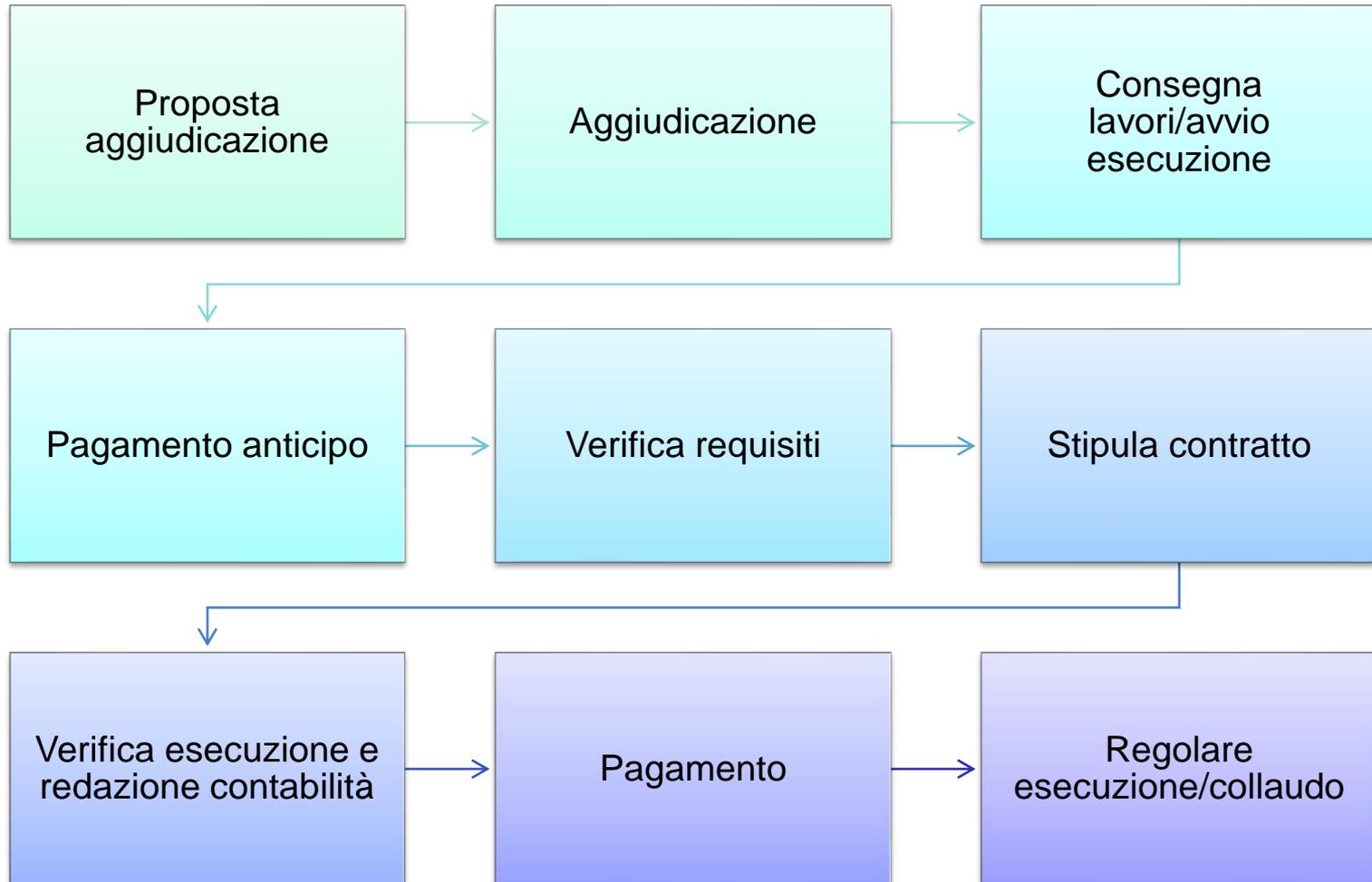
1. In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto **e fino alla data del 30 giugno 2023:**

a) **è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza** e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura;

Fasi ed attività ordinarie



Fasi ed attività decreto «semplificazioni»



La stipula del contratto e lo «stand still»

Codice dei contratti Art. 32

9. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

10. Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:

- a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
- b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico nei limiti di cui all'articolo 3, lettera bbbb) e **nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b).**

La stipula del contratto e lo «stand still»

Tar Lombardia, Milano,
Sez. IV, 22/10/2021,
n.2330

Massima: La deroga ai termini di “stand-still” si applica anche alle procedure negoziate del “Decreto Semplificazioni”.

Il presente appalto è stato indetto in applicazione dell’art. 63 del codice, come richiamato dall’art. 1 comma 2 lettera “b” del DL n. 76/2020 convertito con legge n. 120/2020 e l’affidamento di cui al comma 2 da ultimo citato si pone in alternativa con quello di cui all’art. 36 comma 2 del codice (si veda il comma 1 dell’art. 1 del DL n. 76/2020), sicché non è irragionevole ritenere che l’art. 32 comma 10 trova applicazione non solo per i casi dell’art. 36 ma anche per la procedura alternativa di cui all’art. 63, procedura scelta dal Comune di xxxx.



La stipula del contratto e la validità dell'offerta

In tale fase occorre inoltre monitorare anche un altro termine che è quello di validità dell'offerta (180 gg ex art. 32, co. 4 del Codice o il diverso previsto dalla disciplina di gara). Qualora infatti ci sia un eccessivo prolungamento delle operazioni di gara, che porti alla stipula del contratto oltre tale termine, l'aggiudicatario potrà svincolarsi dall'offerta senza incorrere in alcuna sanzione, oppure decidere di confermare la sua offerta e sottoscrivere ugualmente il contratto. Il monitoraggio del termine e la formale conferma dell'offerta sono peraltro diventati quanto mai necessari, nel contesto attuale di continuo e repentino aumento dei prezzi, contingenza che può rendere incongrua l'offerta anche ben prima della scadenza dei canonici 180 giorni.

La validità dell'offerta

Consiglio di Stato, Sez. III,
sentenza n. 6990/2020

Non può ritenersi illegittima una procedura di gara per il fatto che l'aggiudicazione definitiva è intervenuta in un momento in cui erano già scaduti il periodo (di 180 giorni) di vincolatività delle offerte ex art. 32, c. 4, d. lgs. n. 50 del 2016 e quello di validità delle cauzioni provvisorie ex art. 93, c. 5, d. lgs. n. 50 del 2016, “atteso che la ratio della disposizione del bando [così come quella di legge] relativa ad un termine di 180 giorni è mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara, e non di limitare nel tempo la validità o, meglio, l'efficacia dell'offerta, non corrispondendo certamente tale limitazione ad un interesse dell'amministrazione. Con l'effetto che le offerte [...], una volta scaduto il termine di validità opposto in ossequio alle disposizioni degli atti di gara non possono, in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte degli interessati, considerarsi private di efficacia”



La stipula del contratto e la congruità dell'offerta

Negli ultimi tempi si è presentato di frequente il caso di appaltatori aggiudicatari, restii o addirittura che si rifiutano di sottoscrivere il contratto in quanto ritengono inadeguate i prezzi di aggiudicazione e che chiedono un riequilibrio dei prezzi prima della sottoscrizione. La modifica dell'offerta successiva alla aggiudicazione e prima della stipulazione del contratto non è possibile. L'aggiudicatario dovrà sottoscrivere il contratto per come aggiudicato. In sede di esecuzione, eventuali modifiche saranno possibili solo nei limiti dell'art. 106 del Codice. In alternativa l'appaltatore dovrà rinunciare alla firma della contratto, con i conseguenti incameramento della cauzione provvisoria e comunicazione ad ANAC.

La stipula del contratto

Art. 50 d.l. 77/2021 conv. nella l. 108/2021

3. Il contratto diviene efficace con la stipulazione e non trova applicazione l'articolo 32, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50.

N.B. La norma non appare di particolare interesse per gli enti locali

La nomina del collegio consultivo tecnico

Art. 6 dl 76 conv 120/2020 . Collegio consultivo tecnico

1. Fino al 30 giugno 2023 per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, è obbligatoria, presso ogni stazione appaltante, la costituzione di un collegio consultivo tecnico, **prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data**, con i compiti previsti dall'articolo 5 e con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. Per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del presente decreto, il collegio consultivo tecnico è nominato entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla medesima data.(...)

4. Per le opere diverse da quelle di cui al comma 1 le parti possono comunque nominare un collegio consultivo tecnico con tutti o parte dei compiti descritti ai commi da 1 a 3. Le parti possono anche stabilire l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni di cui all'articolo 5.

La nomina del collegio consultivo tecnico

In relazione alla individuazione e nomina del Collegio consultivo tecnico risultano emanate:

- Prime indicazioni da parte di ITACA**
- La bozza delle Linee guida emanande da parte del Consiglio superiore dei lavori pubblici sul Collegio consultivo tecnico**
- Alcune delibere di ANAC**

La sospensione e la ripresa dei lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria

Nel caso di opere sopra soglia comunitaria, le norme emergenziali di cui all'art. 5 del decreto semplificazioni 2020, il cui ambito temporale è stato esteso dalla l. 108/2021 a tutto il 30 giugno 2023, **prevedono la competenza del RUP** sulla sospensione dei lavori e riducono le ipotesi di possibile interruzione a:

- a) **cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;**
- b) **gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19;**
- c) **gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;**
- d) **gravi ragioni di pubblico interesse.**

La sospensione e la ripresa dei lavori

Per le altre opere, comprese quelle del PNRR, PNC, ecc. ma di importo inferiore alla soglia comunitaria, si ritiene che si debba ancora far riferimento all'art. 107 del codice, che riconduce la sospensione dei lavori alla competenza del Direttore dei lavori.

Tra le varie ipotesi, occorre prestare attenzione alla lettera

c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;

In questo caso vi può essere la necessità di disporre delle varianti e, in tal caso, occorrerà monitorare attentamente la tempistica ed individuare a chi spetta trovare la soluzione tecnica atta a risolvere l'empasse (progettista e/o direttore dei lavori)

Sospensioni prolungate o ingiustificate possono **comportare l'apposizione di riserve e la richiesta di indennizzi per anomalo andamento del cantiere**

Le varianti in corso d'opera

Art. 106. (Modifica di contratti durante il periodo di efficacia)

Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:

(..)

c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:

1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;

2) la modifica non altera la natura generale del contratto;

Le varianti in corso d'opera

Art. 8. d.m. 49/2018 Modifiche, variazioni e varianti contrattuali

1. Il direttore dei lavori fornisce al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 106 del codice. Con riferimento ai casi indicati dall'articolo 106, comma 1, lettera c) , del codice, il direttore dei lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione.

2. Il direttore dei lavori propone al RUP le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione e relative perizie di variante, indicandone i motivi in apposita relazione da inviare al RUP, nei casi e alle condizioni previste dall'articolo 106 del codice. Il direttore dei lavori risponde delle conseguenze derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire modifiche o addizioni al progetto, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, sempre che non derivino da interventi volti ad evitare danni gravi a persone o cose o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti.

L'anticipazione ordinaria

Art. 35 Codice dei contratti

18. Sul valore del contratto di appalto viene calcolato **l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento** da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione. L'erogazione dell'anticipazione, consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del presente codice, è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione. La predetta garanzia è rilasciata da imprese bancarie autorizzate ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o assicurative autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l'assicurazione e che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano la rispettiva attività. La garanzia può essere, altresì, rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo degli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. L'importo della garanzia viene gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso della prestazione, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione della prestazione non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione della anticipazione.

L'anticipazione

Come gestire l'anticipazione?

L'anticipazione sul valore del contratto, che ora può essere incrementata, in via facoltativa, dal 20% al 30% per le procedure indette entro il 30 giugno 2023 compatibilmente con le disponibilità finanziarie ai sensi dell'art. 207, comma 1, della legge n. 77 del 2020, come modificato dall'art. 13, comma 1, della legge n. 21 del 2021.



L'anticipazione

*Parere Ministero delle Infrastrutture
e della mobilità sostenibile n. 908 del 21/4/2021*

Richiesta di anticipazione del 30 % dei pagamenti. Modalità operative corrette (ipotesi di unico stato avanzamento/pagamento).

L'OE, prima di avviare i lavori, emetterà una fattura elettronica di importo pari al 30 % del valore contrattuale comprensiva di IVA indicando, nella causale in maniera specifica, l'applicazione di tale istituto; l'SA, formalizzati gli atti amministrativi necessari ad autorizzare il pagamento, eseguirà lo stesso versando il netto alla ditta mentre l'IVA all'erario in applicazione dello split payment. A lavori conclusi ed a seguito dell'emissione di verbale di collaudo, l'SA provvederà al pagamento del restante 70 % con analoghe modalità.

L'anticipazione

**Parere Ministero delle Infrastrutture
e della mobilità sostenibile n. 923 dell'11/5/2021**

Istituto dell'anticipazione del 30% del prezzo nei limiti delle risorse disponibili

L'anticipazione del prezzo non è subordinata all'espressa richiesta da parte dell'O.E. ma è, invece, necessariamente subordinata alla costituzione della specifica garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa prevista all'art. 35, comma 18 del d.lgs. 50/16(..)

Con riguardo all'inciso per cui la facoltà introdotta dall'articolo 207 del d.l. n. 34/2020 può essere esercitata dalla stazione appaltante “nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante”, il legislatore ha inteso porre all'erogabilità del beneficio il solo vincolo della disponibilità delle relative somme negli stanziamenti annuali previsti nel quadro economico dell'intervento (sul punto, si vedano i chiarimenti interpretativi del MIT R112 del 11/08/2020) . Pertanto, da quanto sopra si ricava che, previa necessaria garanzia da parte dell'appaltatore, l'anticipazione di cui all'art. 35, comma 18 del Codice è dovuta almeno nella misura del 20%. Quindi, in quanto obbligatorio, tale importo deve essere già previsto nel quadro economico dell'intervento. L'eventuale incremento dal 20% fino al 30% previsto dal c.d. “Decreto rilancio” è, invece, una facoltà rimessa in capo alla SA, nei limiti delle risorse disponibili.

Le altre fasi da monitorare

La locuzione utilizzata dal legislatore, per descrivere gli ulteriori procedimenti o sub-procedimenti oggetto dell'intervento sostitutivo, non risulta di facile interpretazione, data la congerie di atti che possono intervenire nella fase di esecuzione del contratto e che possono incidere sul rispetto dei tempi di attuazione dei progetti ricadenti nel PNRR, nel PNC, ecc.; si tratta spesso di determinazioni ad alto contenuto tecnico e di stretta competenza di figure tecniche uniche quali il RUP o il Direttore dei lavori (si pensi alla determinazione su una variazione del contenuto del contratto o su una perizia di variante o alle stesse determinazioni del collegio consultivo tecnico), per le quali un eventuale intervento sostitutivo sarebbe quantomeno difficoltoso ma certamente foriero di ulteriore contenzioso.

Le altre fasi da monitorare

Sicuramente invece sono da monitorare i tempi di redazione degli stati d'avanzamento lavori (SAL) rispetto alla contabilizzazione delle relative lavorazioni, di rilascio del certificato di pagamento (entro 7 giorni dalla redazione del SAL ex art. 113, co. 1 del Codice), di pagamento delle somme dovute (30 o 60 giorni), anche al fine di evitare il riconoscimento di interessi moratori causati dal ritardo nel trasferimento delle somme, ai sensi del d.lgs. 231/2002.

Le altre fasi da monitorare

Lo stesso dicasi per il rilascio del certificato di regolare esecuzione (3 mesi ex. art. 102, comma 2 del Codice), del collaudo o della verifica di conformità (6 mesi, ex art. 102, comma 3 del Codice) e per l'approvazione degli atti di collaudo, soprattutto se esplicitamente richiesta dalla linea di finanziamento; ad oggi, se non interviene l'atto formale, il collaudo può essere ripetuto entro 2 anni e si intende approvato se non interviene atto formale dopo ulteriori 2 mesi dalla scadenza del suddetto termine.

Premio accelerazione

Sempre in relazione ai contratti del PNRR o del PNC, con l'art. 50, comma 4 del d.l. 77/2021 si interviene sulla disciplina del premio di accelerazione e delle penali.

In particolare diviene obbligatoria (l'utilizzo dell'indicativo presente questo significa) la previsione nella disciplina di gara (ed evidentemente nel contratto) del premio di accelerazione, da finanziare in ogni caso con la voce imprevisti. Le somme sono riconosciute solo a seguito dell'approvazione del certificato di collaudo o di verifica di conformità che, lo si rammenta, può intervenire anche a distanza di molto tempo dalla conclusione dei lavori.

Penali

Sul lato delle obbligazione dell'appaltatore, in caso di ritardo nella conclusione delle prestazioni, la penale minima a carico dell'impresa può essere portata dall'attuale 0,3 per mille fino al 0,6 per mille, previa illustrazione, nella determina a contrattare o altro documento redatto nella fase di gara, gli specifici danni o le conseguenze negative causate dal mancato rispetto del termine contrattuale; di converso, il limite delle penali complessivamente applicate, e oltre il quale scatta la risoluzione contrattuale, viene portato dal 10% al 20%.

Gli obblighi di pubblicazione

Gli obblighi di pubblicazione, nella sezione Amministrazione trasparente e presso la nuova banca dati nazionale dei contratti pubblici, definiti dal nuovo testo dell'art. 29 del Codice dei contratti, si estendono anche agli atti della fase di esecuzione; qui il legislatore sembra aver aderito agli orientamenti di recente giurisprudenza amministrativa, successiva alla nota Ad. Plenaria n. 10/2020, che sta aprendo all'accesso civico generalizzato tutta una serie di atti e documenti finora considerati esclusi, in quanto ricadenti nella fase "privatistica" di gestione del contratto pubblico.

Le azioni da intraprendere

- Individuazione di un Project Management Office quale ufficio di staff per la verifica delle diverse fasi del processo di esecuzione del progetto
- In caso di titolarità di diversi progetti, individuazione del carico di lavoro massimo sostenibile dai vari soggetti impegnati nell'attuazione
- Individuazione degli eventuali «colli di bottiglia» che possono influenzare il rispetto dei termini di progetto
- Individuazione di risorse proprie per sopperire ad eventuali maggiori costi

Adeguamento dei prezzi

Art. 1-septies, D.L. n. 73/2021, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 106/2021 (Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici).

1. Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nel primo semestre dell'anno 2021, per i contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili rileva, entro il 31 ottobre 2021, con proprio decreto, le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione piu' significativi.



Adeguamento dei prezzi

La revisione con le modalità straordinarie del decreto «ristori-bis»:

- Si applica ai contratti in corso di esecuzione alla data del 25/7/2021, ovvero ai contratti per i quali non è ancora stato emesso a tale data il certificato di collaudo o di regolare esecuzione;
- Riguarda le lavorazioni eseguite e contabilizzati dal 1 gennaio 2021 al 30 giugno 2021, e riferite ad offerte presentate prima del 1 gennaio 2021;
- Le lavorazioni e gli importi sono riportati nel D.M. del M.I.M.S., pubblicato sulla G.U.R.I. n. 279 del 23 novembre u.s. contenente la «Rilevazione delle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi.»

Adeguamento dei prezzi

Su tale revisione straordinaria risultano emanati:

- D.M. del M.I.M.S. 30 settembre 2021 (GU n.258 del 28-10-2021) contenente «Modalita' di utilizzo del Fondo per l'adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione di cui all'articolo 1-septies, comma 8, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106.»
- circolare interpretativa del MIMS del 25 novembre 2021 n. 43362

Per le lavorazioni eseguite e contabilizzate negli anni precedenti al 2021, restano ferme le variazioni rilevate dai decreti adottati ai sensi dell'articolo 133, comma 6, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e dell'articolo 216, comma 27-ter, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, richiamati nel suddetto decreto.

Adeguamento dei prezzi

Ai fini del riconoscimento della compensazione, gli appaltatori dovranno presentare alla stazione appaltante apposita istanza di compensazione, a pena di decadenza, entro 15 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta del DM di rilevazione, pubblicato appunto il 23 novembre scorso;

Per attingere al fondo straordinario di 100 milioni, in caso di incapienza dei fondi propri, la stazione appaltante dovrà fare una richiesta tramite PEC al Ministero entro 60 giorni dal suddetto decreto;

La contabilizzazione spetta al Direttore dei lavori e deve essere validata dal RUP



Formazione IFEL *per i Comuni*



Grazie per l'attenzione

Maria Teresa Massi

massimariateresa@gmail.com

I materiali didattici saranno disponibili su

www.fondazioneifel.it/formazione



Twitter



Facebook



YouTube

