

Decreto Semplificazioni dopo la conversione

«Principali novità per i lavori pubblici»

Roma, 15 settembre 2020

Webinar

Art. 5

Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica

Fino al 31 dicembre 2021

termine inizialmente fissato, dal decreto, al 31 luglio 2021

la sospensione delle opere pubbliche

PUO' AVVENIRE

- ✓ **in deroga all'art. 107 del Codice degli appalti,**
- ✓ **esclusivamente e nel limite di tempo strettamente necessario al loro superamento,**
- ✓ **e solo per le alcune SPECIFICHE regioni**

Qual è l'ambito di applicazione della norma?

1) PER le OPERE **SOPRA SOGLIA** : SEMPRE

Problema applicativo: Si applica anche alle opere «in deroga» di cui all'art. 2 (commi 3° 4)?

Per ANAC** *La ratio della norma sembra essere quella di ridurre le ipotesi di sospensione dei lavori, rendendo tali ipotesi tipizzate ed eccezionali e, nel contempo, introdurre un meccanismo acceleratorio, che prevede la possibilità di proseguire le lavorazioni, anche mediante la sostituzione dell'appaltatore (comma 4). **Tuttavia, le ipotesi tipizzate al comma 1 (lett. a-d) sono individuate attraverso clausole elastiche (vincoli inderogabili di appartenenza alla UE o le gravi ragioni di pubblico interesse), che lasciano alla stazione appaltante, con l'ausilio del collegio tecnico consultivo, la individuazione della concreta casistica applicativa, con potenziali dubbi interpretativi.***

2) PER LE OPERE **SOTTO SOGLIA**: SE LE PARTI NE STABILISCONO IN VIA PATTIZIA L'APPLICAZIONE, IN TUTTO O IN PARTE (cfr art.6, comma 4).

**Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica sul DL Semplificazioni

Quali sono i casi che possono dar luogo alla sospensione?

- a) **cause previste da legge penali, codice antimafia e da vincoli inderogabili derivanti della UE.**

Cosa succede questo caso?

Ove non vi sia la possibilità di prosecuzione del contratto, **la SA dichiara senza indugio la risoluzione di diritto** e provvede secondo le modalità di cui al successivo punto 3) lettere a), b) c) e d);

- b) **gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o di soggetti coinvolti** nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19.

Cosa succede questo caso?

Su determinazione del collegio consultivo tecnico, da adottarsi entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione allo stesso organo -**la stazione appaltante propone alle autorità preposte l'autorizzazione alla prosecuzione**, che deve essere concessa nei successivi 10 giorni, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori;

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

Cosa succede questo caso?

Il collegio consultivo tecnico, entro 15 gg dalla comunicazione della sospensione ovvero dalla causa che potrebbe determinarla, **adotta una determinazione** con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione, **dichiara la risoluzione del contratto** e indica le modalità- tra quelle previste al successivo punto 3), lettere a) b), c) e d) - con cui proseguire i lavori, con le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. La stazione appaltante provvede conseguentemente nei successivi cinque giorni;

- d) **gravi ragioni di pubblico interesse;**

Cosa succede questo caso?

Su determinazione del collegio consultivo tecnico - da adottarsi entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione allo stesso organo - **la stazione appaltante propone alle autorità preposte l'autorizzazione alla prosecuzione**, che deve essere concessa nei successivi 10 giorni, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori.

Qual è la *ratio* della disposizione della norma sulle **SOSPENSIONI**?

RENDERE LA SOSPENSIONE **UN'OPZIONE MERAMENTE RESIDUALE** ed **ECCEZIONALE** RISPETTO ALLA PROSECUZIONE DEI LAVORI
(**ottica acceleratoria**)

FANNO ECCEZIONE

- 1) Quelle disposte PER **CAUSE PENALI** (DI CUI ALLA PREDETTA LETTERA A)
- 2) Quelle disposte per GRAVI RAGIONI DI **ORDINE TECNICO** (DI CUI ALLA PREDETTA LETTERA C)

IN TALI CASI: Opera la risoluzione del contratto e la prosecuzione con un soggetto diverso dall'originario esecutore (vedi oltre)

Chi dispone la sospensione?

II RUP

Cosa succede se, dopo la sospensione, la prosecuzione dei lavori con il soggetto designato - ivi incluse la sua entrata in procedura fallimentare dell'impresa di concordato con continuità aziendale - non è possibile?

la S.A., previo parere del Collegio consultivo tecnico,
dichiara senza indugio la
risoluzione del contratto;

PER ANAC : disallineamento fra l'art. 110, co. 6, del codice e l'art. 5, co 4, del dl. 76/2020
L'Autorità evidenzia, che questa norma appare quindi in controtendenza rispetto all'obiettivo perseguito dall'articolo 110, comma 6 che è invece volto ad assicurare che l'aggiudicatario colpito dalla crisi aziendale sia in grado di portare a termine i lavori allo stesso affidati.

In caso di risoluzione, si applica la procedura prevista dall'art. 108, commi 3 e 4 del Codice 50?

NO

(diminuzione di tutela per appaltatore – ASSENZA DI CONTRADDITTORIO)

Art. 108. (Risoluzione)

...OMISSIS...

3. Il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto.

4. Qualora, al di fuori di quanto previsto al comma 3, l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali.

...OMISSIS...

Avv. Francesca Ottavi

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

LA RISOLUZIONE SI APPLICA ANCHE IN CASO DI RITARDO DELL'IMPRESA NELL'ESECUZIONE?

SI'

A condizione che il ritardo sia .

- ✓ Ritardo per un **numero di giorni pari o superiore a 1/10 del tempo previsto**
- ✓ e, **comunque, pari ad almeno 30 giorni per ogni anno**
- ✓ e comunque da calcolarsi **a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge**

Ci sono eccezioni all'obbligo di risolvere il contratto e proseguirlo con un soggetto diverso?

Si'

- 1) quando risulti preferibile, per gravi motivi tecnici ed economici, anche tenuto conto del parte del citato collegio, proseguire il lavoro con il medesimo soggetto
- 2) in caso di **esecutore plurisoggettivo (ATI e CONSORZI)** solo a condizione che **non** vi sia **altra impresa** del raggruppamento designato, in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare, **che possa proseguire i medesimi lavori.**

COSA succede dopo la risoluzione del contratto?

Successivamente alla risoluzione, la SA realizza i lavori attraverso una delle seguenti modalità:

- ✓ **esecuzione** dei lavori **in via diretta**, anche avvalendosi, nei casi consentiti, di altri enti o società pubbliche;
- ✓ **interpello** degli altri soggetti in graduatoria se tecnicamente ed economicamente possibile e alle stesse condizioni **proposte dall'operatore economico interpellato**;
- ✓ indizione di una **nuova procedura** di gara;
- ✓ proposta di un **commissario straordinario** su nomina governativa come regolati dall'art. 4 del decreto "sblocca-cantieri (n. 32/19).

In caso di prosecuzione dei lavori, può essere fatta valere l'eccezione di inadempimento?

Fuori dai casi di sospensione di cui al precedente punto n. 1) – connesse a disposizioni di carattere penale - **non è consentito far valere l'inadempimento di controparte come causa di sospensione della prestazione**

Sono previste, infine, misure che rendono estremamente residuale la concessione del provvedimento cautelare di sospensione dei lavori

VALUTAZIONE

Norma farragginosa, di difficile lettura e applicazione stante il continuo ricorso alla tecnica del rinvio normativi.

Si percepisce comunque una “filosofia di fondo” vessatoria per le imprese, che, anziché superarla, peggiora l’attuale impostazione del rapporto “**suddito-sovrano**”, di stampo ottocentesco, che connota l’attuale regime dei contratti di appalto con la pa.

Positivo, solo il fatto che l’**interpello** degli altri soggetti in graduatoria, se tecnicamente ed economicamente possibile, avvenga alle stesse condizioni proposte dall’operatore economico interpellato (e non a quelle offerte dall’originario aggiudicatario).

Così operando, si garantisce che la prosecuzione dei lavori avvenga a regola d’arte e nei termini previsti, con un notevole risparmio, sia economico sia di tempo, per la stazione appaltante.

Art. 6

Collegio consultivo tecnico

fino al **31 DICEMBRE 2021**

(non più al 31 luglio 2021, originariamente previsto dal decreto),
**viene prevista l'operatività di tale istituto con le seguenti
modalità.**

- 1. obbligatoria** per le opere di importo pari o superiore alla soglia comunitaria;
- 2. facoltativa** per le opere diverse.

Che cos'è il Collegio Consultivo Tecnico (CCT)?

Il CCT è uno strumento di **risoluzione alternativa delle controversie** modellato sulla figura del **DisputeBoard** conosciuto dall'esperienza della contrattualistica internazionale (come definito in particolare dai modelli contrattuali FIDIC di Construction Contract e sulla scorta di questo dalle Dispute Boards Rules dell'ICC, da ultimo parzialmente recepite anche nell'esperienza italiana con proprio regolamento del 2016 da parte della Camera arbitrale di Milano).

Era stato già introdotto a suo tempo con l'art. 207 del codice dei contratti pubblici del 2016 (d'ora in poi c.c.p.), poi cancellata dal decreto correttivo del suddetto Codice nel 2017 facendo seguito ai rilievi critici avanzati dal Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere n. 855/2016 (attinenti alla genericità dell'oggetto e alla non definita compatibilità con l'accordo bonario e con i compiti della Camera arbitrale), e poi reintrodotta a titolo temporaneo con l'art. 1, commi 11-14, del d.l. n. 32/2019 (c.d. decreto sblocca cantieri).

1) IN FASE DI ESECUZIONE

- ✓ I compiti previsti dall'art. 5 del decreto
e
- ✓ funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche o giuridiche **di ogni natura** suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso

Per quali opere va nominato il CCT?

- Sopra soglia: **OBBLIGATORIA**
- Sotto soglia: **FACOLTATIVA**

Quando deve essere nominato il CCT?

La costituzione del Collegio Consultivo Tecnico, prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque **entro 10 giorni dall'avvio dell'esecuzione dei lavori**

*****Per i contratti già in esecuzione**, il collegio è nominato entro il termine **di 30 giorni dall'entrata in vigore del provvedimento**

Come è composto il CCT in fase di esecuzione?

Il CCT è costituito **da 3 o 5 componenti** (in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste e solo se in fase esecutiva) a scelta delle parti, dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera **tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza** nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici, maturata per effetto del conseguimento del dottorato di ricerca **oppure** siano in grado di dimostrare **un'esperienza pratica e professionale di almeno 10 anni**

I componenti del collegio **possono essere scelti dalle parti di comune accordo**, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti e che il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, sia scelto dai componenti di nomina di parte.

Nel caso in cui le parti non trovino accordo sulla nomina, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal MIT per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse.

I componenti del collegio consultivo tecnico hanno diritto a un **compenso** a carico delle parti e proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte

- Infine, sono abrogate le disposizioni del DL "Sblocca-cantieri" (n. 32/2019) sul tema.

Quale natura hanno le determinazioni del CCT in fase di esecuzione?

- Le determinazioni del collegio consultivo tecnico hanno la **natura del lodo contrattuale**, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti; sono adottate con atto scritto recante le sottoscrizioni della maggioranza dei componenti entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti, con succinta motivazione che può essere integrata nei successivi quindici giorni; (riconduzione nell'alveo della funzione arbitrale)
- L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai **fini della responsabilità del funzionario per danno erariale e costituisce**, salvo prova contraria, **grave inadempimento** degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del funzionario per danno erariale, salvo il dolo.

Quali sono le funzioni del CCT?

2/2

2) II CCT NELLA FASE “A MONTE DELLA GARA”

La costituzione del Collegio Consultivo Tecnico è facoltativa per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura, suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

VALUTAZIONE

Occorrerebbe prevedere l'**obbligatorietà** della nomina del Collegio Consultivo Tecnico non solo per il sopra soglia, ma **anche per il “sottosoglia”**.

L'estensione dell'istituto anche ai contratti in corso di esecuzione fa nascere la necessità di porre alcune norme di raccordo e coordinamento per i contratti ante Codice 50, per i quali erano previste le commissioni per gli accordi bonari ex art. 240 del Codice n. 163/2006.

PER ANAC. Forti contrarietà

il CCT, soprattutto quando interviene nelle fasi prodromiche all'affidamento, nell'affidamento vero e proprio, nelle decisioni di sospensione di cui all'art.5, si sovrappone all'amministrazione ordinaria, come una sorta di “amministrazione parallela” con rilevanti poteri di condizionamento delle scelte della stazione appaltante, poteri che sono affidati a soggetti non reclutati come pubblici funzionari e non in grado di garantire la necessaria imparzialità. L'introduzione del CCT, pertanto, contribuisce ad allontanare nel tempo il necessario potenziamento delle capacità tecniche e operative delle stazioni appaltanti.

Sarebbe necessario chiarire se la norma trovi applicazione o meno per gli affidamenti “in deroga” svolti ai sensi dell'art. 2 co.3-4 d.l. 76/2020: prima facie sembrerebbe che il collegio non si applichi alle citate procedure, stante il carattere ampiamente e generalmente derogatorio di tali ultime norme. Inoltre, non sono chiari i rapporti tra il collegio costitutivo tecnico (nella attuale forma obbligatoria) e gli istituti dell'accordo bonario, dell'arbitrato o della transazione, per evitare forme di sovrapposizione.

Art. 8

Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici

L'articolo in esame interviene sulla normativa in materia di lavori pubblici su 4 differenti fronti

1) PER LE GARE IN CORSO ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DEL DECRETO E PER QUELLE INDETTE **FINO AL 31 dicembre 2021**

**2. PER I LAVORI IN CORSO ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DEL DECRETO
(misure per la liquidità imprese)**

3. MODIFICHE “A REGIME” AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

4. PROROGHE AL DECRETO “SBLOCCA-CANTIERI”:

2. PER I LAVORI IN CORSO ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DEL DECRETO:

- a) emissione di un **SAL d'emergenza** (entro 15 giorni, 5 per certificato di pagamento e 15 per pagamento), anche se non sono stati effettuati gli interventi necessari, secondo le previsioni contrattuali, per emissione SAL;
- b) **rimborso maggiori costi derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento COVID-19**, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta; **il rimborso di detti oneri avviene in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento** successivo all'approvazione dell'aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi;
- c) il rispetto delle misure di contenimento, ove impedisca di realizzare a regolare d'arte i lavori, i servizi o le forniture **costituisce causa di forza maggiore** e, qualora impedisca di ultimarli, anche solo parzialmente, nel termine contrattualmente previsto, costituisce **circostanza non imputabile all'esecutore**, ai fini della proroga di detto termine.

LA POSIZIONE DELL'ANAC (atto di segnalazione 5/2020)

In considerazione della situazione di emergenza sanitaria in atto, **l'Anac ha formulato una proposta di intervento normativo per definire, relativamente al pagamento delle prestazioni eseguite**, il comportamento delle stazioni appaltanti in caso di sospensione dei lavori.

Con la segnalazione 5/2020, inviata a Governo e Parlamento, l'Autorità ha suggerito di prevedere “una specifica indicazione che consenta alle stazioni appaltanti **di emettere lo Stato di avanzamento lavori anche in deroga alle disposizioni della documentazione di gara e del contratto, limitatamente alle prestazioni eseguite sino alla data di sospensione delle attività**”.

Una previsione che, laddove adottata, per l'Autorità, potrebbe rappresentare per gli operatori economici **uno strumento di aiuto particolarmente efficace per affrontare la carenza di liquidità connessa alla sospensione delle attività**.

3) LA QUESTIONE DEI MAGGIORI ONERI

Lo stato pandemico in corso ha stravolto tutte le economie mondiali e **si sta ripercuotendo anche sull'edilizia e sulla vita dei cantieri in corso di esecuzione**, generando, a carico delle imprese esecutrici, **maggiori costi/oneri, diretti e indiretti**.

In particolare, le **modalità esecutive sono necessariamente condizionate dall'adempimento delle misure anticontagio** imposte dalla legislazione nazionale e regionale - tra cui, anzitutto, il **distanziamento personale e sociale** - nonché **dai protocolli sanitari siglati con la medesima finalità**.

Tali extracosti possono ricondursi, in linea di massima, **a due macrocategorie**:

- 1) **maggiori costi a carico delle imprese dovuti all'apprestamento delle specifiche misure di sicurezza finalizzate**, tra l'altro, al corretto adempimento di quanto previsto nell'ambito dei Protocolli di regolamentazione anticontagio.

- 2) i **MAGGIORI ONERI** da **sottoproduzione** del cantiere, collegati anche ai primi.

In linea generale, per la sicurezza si fa riferimento ai concetti di:

a) costi della sicurezza: ossia quantificazione economica analitica e dettagliata di tutte le specifiche misure di sicurezza definite dal coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione (CSP)/esecuzione (CSE) all'interno del Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC). **Tali costi non sono soggetti al ribasso d'asta.**

b) oneri aziendali per la sicurezza: afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascun operatore economico nella sua veste di "datore di lavoro" e dovuti esclusivamente alle misure per la gestione del rischio proprio, connesso all'attività svolta e alle misure operative gestionali. Tali oneri sono ricompresi nell'ambito delle spese generali riconosciute all'operatore e corrispondenti a procedure contenute normalmente nei Piani Operativi di sicurezza redatti dalle singole imprese esecutrici (POS).

Quali sono i maggiori costi a carico delle imprese dovuti all'apprestamento delle specifiche misure di sicurezza «anticovid»?

A mero titolo esemplificativo:

- I costi dei dispositivi di protezione individuale per le attività lavorative per cui non è possibile rispettare la distanza di sicurezza;
- I costi per le misure di pulizia e di sanificazione, anche delle attrezzature manuali usate da più lavoratori, delle cabine delle attrezzature di lavoro e dei mezzi di trasporto;
- I costi derivanti da una diversa organizzazione dell'attività lavorativa, anche per quanto concerne gli spostamenti con i mezzi aziendali o la necessità di porre in essere una turnazione nel lavoro come nei baraccamenti, compresi i costi per l'installazione di nuovi apprestamenti;
- I costi derivanti da interventi richiesti per lo sfasamento spaziale e temporale delle lavorazioni.

Perché l'emergenza sanitaria genera **MAGGIORI ONERI** da sottoproduzione del cantiere?

Il dato di partenza è rappresentato dal fatto che le suddette misure anticontagio – oltretutto le difficoltà di approvvigionamento indotte dallo stato pandemico - **producono una inevitabile riduzione e/o rallentamento del ritmo di produzione del cantiere.**

Ora, poiché il ricavo atteso viene prodotto in un tempo maggiore rispetto a quello stimato in fase di offerta, ne discende, **per tutto il tempo di tale imprevista protrazione, un aumento proporzionale dell'insieme dei fattori della produzione.**

Quali sono le principali voci da considerare per il danno da «da sottoproduzione»?

L'indennizzo per il maggior tempo d'esecuzione dovrà essere calcolato sulla base delle seguenti principali macro voci:

- ✓ le spese generali,
- ✓ il maggior costo per il personale e noli;
- ✓ l'ammortamento dei mezzi;
- ✓ il maggior costo per fidejussioni ed assicurazioni.
- ✓ Ritardata formazione dell'utile

**GRAZIE A TUTTI
PER L'ATTENZIONE!**

**GRAZIE A TUTTI
PER L'ATTENZIONE!**