

**LE NOVITA, NORMATIVE
PER I CONTRATTI PUBBLICI**

Cagliari, 18 febbraio 2022

DL 27 GENNAIO 2022 N. 4

CD. “SOSTEGNI-TER”

LA NUOVA DISCIPLINA REVISIONALE PER I LAVORI PUBBLICI

L'articolo 29 del decreto Legge 27 gennaio 2022, n. 4 – cd. “Sostegni-ter” – rubricato “Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici”, ha introdotto una nuova disciplina in tema di revisione dei prezzi

■ A quali procedure si applica la nuova disciplina?

A tutte le **procedure di gara indette a partire dall'entrata in vigore del provvedimento (27 gennaio u.s.) e sino al 31 dicembre 2023.**

■ Quali sono i punti essenziali della nuova disciplina?

1) La revisione prezzi obbligatoria

- ✓ **lettera a): tutti i contratti pubblici** dovranno contenere obbligatoriamente **clausole di revisione prezzi**, di cui all'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del D.lgs. n. 50/2016.
- ✓ **lettera b):** con specifico riferimento ai **contratti di lavori**, le Stazioni Appaltanti saranno tenute a considerare **le variazioni** di prezzo dei singoli materiali che **superino un'alea del 5% a carico dell'appaltatore**, mentre **le compensazioni saranno riconosciute solo per la parte eccedente il 5% e, comunque, nella misura massima pari all'80% di tale eccedenza**. Ciò, in espressa **deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a)**, del D.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale, attualmente, l'alea a carico dell'appaltatore è fissata al 10% del prezzo iniziale, potendo le SS.AA. riconoscere compensazioni solo oltre tale soglia e, comunque, non oltre la misura del 50%.

VALUTAZIONE

L'introduzione, alla lettera a) del comma 1, di un obbligo generale di inserimento delle clausole di revisione prezzi nei contratti **va valutata positivamente**. Attualmente, infatti, l'articolo 106 del Codice Appalti prevede la facoltatività di tali clausole, il cui inserimento nella documentazione di gara è, di fatto, rimesso alla libera scelta delle committenti.

Segue VALUTAZIONE

La lettera b) del comma 1, invece, contiene una **formulazione poco chiara e dà luogo a criticità** che, se non chiarite, possono essere foriere di contenzioso.

Essa, infatti, introduce, **per i soli lavori pubblici, anziché una clausola per la revisione dei prezzi**, come invece imporrebbe la lettera a), **un sistema di compensazione del caro-materiali** che, all'evidenza, è **un istituto del tutto differente**.

Infatti, mentre il meccanismo compensativo, che trova la sua matrice storica nell'art. 133 del Codice De Lise (d.lgs. 163/2006) - poi riprodotto, con aggiustamenti, anche per gli aumenti occorsi nel 2021 - serve a riconoscere un extra-importo per i rincari subiti in relazione a lavorazioni già effettuate (e senza che i prezzi di contratto vengano con ciò modificati), la clausola revisionale trova la sua matrice nell'art. 106, comma 1, lettera a) del Codice 50/2016 ed ha la funzione - al ricorrere di taluni presupposti- di aggiornare i prezzi contrattuali, che in tal modo si applicano *ex novo*, anche per le lavorazioni ancora da eseguire.

Da qui, la contraddittorietà di quanto disposto dalla lettera a) rispetto ai contenuti della lettera b); contraddittorietà che, ove non chiarita, potrebbe dar luogo ad incertezze applicative per le stesse stazioni appaltanti.

2) IL NUOVO METODO DI RILEVAZIONE DEI PREZZI FINALIZZATO ALLE COMPENSAZIONI (comma 2)

Entro 90 giorni dall'entrata in vigore del Decreto (ossia, entro il prossimo 27 aprile) **I'ISTAT** – sentito il MIMS – dovrà definire la **nuova metodologia di rilevazione delle variazioni dei prezzi** dei materiali di costruzione.

Successivamente, sulla base delle elaborazioni effettuate dall'ISTAT, sarà il MIMS a dover determinare **con cadenza semestrale** – quindi, **entro il 31 marzo e il 30 settembre di ogni anno** – con proprio decreto, le variazioni effettivamente subite dai singoli materiali da costruzione più significativi nel corso di ciascun semestre.

3) MODALITÀ DI EROGAZIONE DELLE COMPENSAZIONI (commi 3-6)

Il nuovo sistema– sia pure con alcune variazioni – **replica**, sostanzialmente, **il precedente meccanismo compensativo** previsto dal Codice De Lise (d.lgs. 163/2006, art. 133), nonché da ultimo, per il caro-materiali 2021 (D.L. n. 73/2021, art. 1-*septies*);

Pertanto, a compensazione è determinata applicando la percentuale di variazione **che eccede il 5%** del prezzo dei singoli materiali impiegati nelle **lavorazioni contabilizzate nei 12 mesi precedenti al decreto ministeriale** di rilevazione delle variazioni, nelle quantità accertate dal Direttore dei lavori.

Inoltre, viene richiesto al Direttore dei lavori (innovando sensibilmente rispetto alla disciplina *ex art. 1-septies*, D.L. n. 73/2021) di accertare che l'esecuzione dei lavori sia avvenuta nel **rispetto dei termini indicati nel cronoprogramma**, mentre vengono espressamente **esclusi dalle compensazioni i lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta**.

Quanto ai **concreti adempimenti richiesti alle imprese**, è previsto che queste presentino istanza, **a pena di decadenza, entro 60 giorni** dalla pubblicazione in G.U. dei **predetti Decreti MIMS**, sempre con esclusivo riferimento ai lavori che abbiano rispettato il cronoprogramma originario.

A questo punto, il Direttore dei lavori verifica l'eventuale effettiva **maggiore onerosità subita dall'esecutore**, di cui quest'ultimo dovrà dar prova fornendo **“adeguata documentazione”** (ossia, i cd. **“giustificativi a comprova”**), quale, ad esempio, le dichiarazioni di fornitori o subcontraenti o altri mezzi idonei.

- **Cosa succede se l'appaltatore ha subito un aumento inferiore a quello rilevato?**

In caso di comprova di una onerosità inferiore alle percentuali riportate nei decreti ministeriali, **la compensazione sarà riconosciuta nei limiti di tale predetta inferiore variazione;**

- **Cosa succede se l'appaltatore ha subito un aumento superiore a quello rilevato?**

Nel caso, invece, di comprova di una onerosità maggiore, la compensazione sarà riconosciuta **nel limite massimo della variazione riportata nei decreti.**

VALUTAZIONE

- Fermo restando quanto sopra detto circa i profili di contraddittorietà delle lettere a) e b) del comma 1 (*cf. commento sub 1*), va evidenziato che la disciplina presenta **molteplici profili di criticità**, che vanno corretti al fine di scongiurare il rischio di contenzioso.
- Infatti, se - da un lato - appare **positivo** sia **l'abbassamento dell'alea** a carico delle imprese (che scende al 5%), sia la metodologia di calcolo (ora affidata all'ISTAT) - dall'altro lato - **peggiora** la misura della compensazione che, rispetto a quanto previsto per i lavori eseguiti nel 2021, **scende all'80%**.

■ **La compensazione è soggetta al ribasso d'asta?**

NO!

■ La compensazione può essere erogata anche a fronte di precedenti compensazioni?

Si!

ma **al netto** delle eventuali compensazioni precedentemente accordate.

■ La compensazione viene erogata per intero ?

NO!

La compensazione viene erogata - per l'eccedenza del 5% del prezzo- **nella misura massima dell'80% di tale eccedenza.**

Si tratta di una limitazione del tutto ingiustificata, in quanto pone a carico delle imprese un'ulteriore alea di rischio ed indebolisce il meccanismo compensativo, la cui funzionalità – va ricordato – non è quella di sostenere economicamente le imprese, ma di consentire una regolare esecuzione dei contratti, assicurandone la sostenibilità in coerenza con le reali condizioni del mercato.

▪ Quali sono le ulteriori criticità del nuovo meccanismo compensativo?

1) Il riferimento ai 12 mesi precedenti il decreto

A fronte di rilevazioni che il Ministero dovrà effettuare su base semestrale, la norma prevede che le compensazioni riguarderanno i lavori contabilizzati nei 12 mesi precedenti il decreto.

Il riferimento corretto, invece, per coerenza, dovrebbe essere al semestre antecedente ciascun decreto.

2) L'esclusione dei lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta.

Per le medesime ragioni, appare critica l'esclusione dal nuovo sistema compensativo dei lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta.

Va ricordato, infatti, che la disciplina in esame è destinata ad applicarsi solo ai contratti derivanti da procedure **avviate a partire dal 28/01/22**, le cui offerte, evidentemente, saranno presentate nel corso di tale anno.

Pertanto se, come sancisce la disposizione, vanno esclusi dalle compensazioni i lavori contabilizzati nell'anno di presentazione dell'offerta, il sistema sarebbe, di fatto, **inapplicabile per tutto il 2022**.

3) Eliminazione del concetto di lavori eseguiti

Viene richiesto al Direttore dei lavori (innovando sensibilmente rispetto alla disciplina ex art. 1-septies, D.L. n. 73/2021) di accertare che l'esecuzione dei lavori sia avvenuta nel rispetto dei termini indicati nel cronoprogramma, mentre è venuto meno il riferimento al concetto di lavori "eseguiti" - oltre che contabilizzati - nel periodo di riferimento.

Tale riferimento è molto importante a fini applicativi, soprattutto per quelle lavorazioni che, sebbene eseguite nel periodo di riferimento dall'appaltatore, non vengono tempestivamente contabilizzate per ritardi amministrativi imputabili solo alla committente

Con quali risorse S.A. dovrà fare fronte alle istanze di compensazione?

1) CON RISORSE PROPRIE, rappresentante da:

- somme accantonate per imprevisti nel Q.E. di ogni intervento, **in misura non inferiore all'1%** dell'importo dei lavori e fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti;
- le eventuali **ulteriori somme a disposizione** per lo stesso intervento, nei limiti della relativa autorizzazione annuale di spesa;
- somme derivanti da **ribassi d'asta**, a condizione che non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti;
- somme disponibili **relative ad altri interventi ultimati** di competenza dei soggetti aggiudicatori, per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione.

2) IN CASO DI INSUFFICIENZA



accesso al FONDO SPECIALE

per i soli lavori finanziati in tutto o in parte dal PNRR o dal PNC, e fino al 31 dicembre 2026, è prevista la possibilità, per le SS.AA. non dotate di sufficienti risorse proprie tra quelle indicate ai punti precedenti, di accedere al **“Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche”** (di cui all'art. 7, comma 1, D.L. n. 76/2020), nel limite del 50% delle risorse annualmente disponibili e che costituiscono limite massimo di spesa annuale.

▪ AGGIORNAMENTO DEI PREZZARI (commi 11-12)

Al fine di garantire omogeneità nella formazione e nell'aggiornamento dei prezziari regionali, si stabilisce che il MIMS, **entro il prossimo 30 aprile**, adotterà con proprio decreto apposite **Linee Guida per la determinazione dei prezziari**, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'ISTAT, nonché previa intesa in sede di Conferenza Stato – Regioni.

Inoltre, nelle more della determinazione dei prezziari regionali secondo le future Linee Guida del MIMS, **le stazioni appaltanti**, ai fini della determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni di cui si compone l'appalto, **possono procedere, nei limiti delle risorse stanziare per ogni intervento, all'adeguamento dei prezziari**, incrementandone ovvero riducendone le risultanze, tenendo conto delle rilevazioni di cui ai predetti decreti semestrali adottati dal Ministero.

■ Criticità

- ❑ Le modalità e la tempistica con le quali tale esigenza viene soddisfatta - attraverso l'adozione di specifiche Linee Guida entro il prossimo 30 aprile - **non appare pienamente compatibile** con l'urgenza di adeguare i prezzi, all'evidenza, ormai tutti sottostimati.
- ❑ nell'attesa delle Linee Guida, le amministrazioni **potranno (facoltativamente)** adeguare i prezzi in uso sulla base delle rilevazioni contenute nei decreti ministeriali, presenta molteplici profili di criticità.
- ❑ Il riferimento come base per i prezzi **alle variazioni riconosciute dal MIMS - che hanno tutt'altra finalità** - piuttosto che ai prezzi correnti di mercato, quali desumibili da listini di carattere nazionale e internazionale.
- ❑ **il limite delle risorse stanziato è iniquo**, in quanto non è comunque giustificabile mandare in gara un appalto sottocosto, solo perché le risorse stanziato non bastano a coprire l'aumento dei costi necessario.

▪ REVISIONE PREZZI 2021: CHIARIMENTO SULLA NATURA DEI “GIUSTIFICATIVI” (comma 13)

Al fini della **presentazione delle domande di accesso al Fondo per l’adeguamento dei prezzi** da parte delle Stazioni appaltanti prive di risorse proprie, ai sensi dell’art. 1-*septies*, comma 8, D.L. n. 73/2021 e del Decreto MIMS 30 settembre 2021 (il cui termine è spirato lo scorso 22 gennaio), viene espressamente chiarito che i **giustificativi** che le Amministrazioni devono allegare alle istanze di compensazione **consistono unicamente nelle analisi sull’incidenza dei materiali presenti all’interno di lavorazioni complesse**, da richiedere agli appaltatori **ove la S.A. non ne disponga**.

Si tratta di un chiarimento **lungamente auspicato da ANCE**, al fine di contrastare la prassi operativa di alcune amministrazioni di richiedere alle imprese, ai fini dell’accesso al Fondo, giustificativi a “comprova”.

La speciale disciplina compensativa prevista per il 2021, infatti, ha natura emergenziale e, in tale ottica, il legislatore ha previsto un mero **calcolo parametrico delle compensazioni, ancorato ai prezzi medi dei materiali indicati nei decreti ministeriali** e non ai reali prezzi di mercato.

La precisazione risulta di particolare utilità, considerato che con la Legge di Bilancio di fine anno (Legge 234/2021), articolo 1, comma 398, il particolare meccanismo compensativo previsto per il primo semestre 2021 è **stato prorogato anche per il secondo semestre**, prevedendo l’adozione di un ulteriore decreto ministeriale di rilevazione entro il 31 marzo 2022.

Legge Europea 2019/20

le novità in materia di pagamenti, subappalto e requisiti generali

Sulla Gazzetta ufficiale, Serie Generale, n. 12 del 17 gennaio 2022, è stata pubblicata la **legge 23 dicembre 2021, n. 238**, recante” *Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea – Legge europea 2019-2020*”.

Tale provvedimento è entrato in vigore il quindicesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione sulla G.U.R.I., ossia **il 1° febbraio 2022**.

■ Che cos'è la legge europea?

La legge europea rappresenta uno strumento volto a **garantire l'adeguamento dell'ordinamento nazionale all'ordinamento europeo**, con particolare riguardo ai casi di non corretto recepimento della normativa europea, sollevati nell'ambito di procedure di infrazione o di procedure di pre-infrazione (avviate tramite il sistema di comunicazione c.d. "EU Pilot").

Ciò premesso, per quanto di interesse del settore dei lavori pubblici, l'articolo 10 del provvedimento in commento, rubricato "*disposizioni in materia di contratti pubblici. Procedura di infrazione n. 2018/2273*", interviene sul Codice di settore (D.lgs. 50/2016), con l'obiettivo di rispondere alla **procedura di infrazione 2018/2273**.

- **Le novità in tema di requisiti generali**

1) Coerentemente con l'abrogazione dell'obbligo di indicazione in gara della terna dei subappaltatori (**vedi oltre**) viene abrogata:

- **la previsione che disponeva l'esclusione dell'operatore economico per carenze dei requisiti del subappaltatore**, con riferimento alle ipotesi contenute sia nel comma 1, che nel comma 5, del menzionato articolo 80
- la disposizione **che consentiva allo stesso subappaltatore di ricorrere all'istituto del *self-cleaning*** (art. 80, comma 7), ove avesse commesso uno dei reati di cui al citato comma 1 del medesimo articolo.

Le novità in tema di irregolarità fiscali e contributive non definitive

Le modifiche intervengono **sul quinto periodo del comma 4 dell'articolo 80**, che, com'è noto, regola le ipotesi di esclusione del concorrente dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso **gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali**.

Al riguardo, la novella precisa i seguenti passaggi:

1. per **gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale** s'intendono **quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC)**, di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale;
2. costituiscono, invece, gravi violazioni non definitivamente accertate **in materia fiscale**, quelle stabilite **da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze**, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni in commento, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, **in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro**.

▪ Le novità in materia di subappalto

- In particolare, viene anzitutto disposta **la soppressione del divieto** – previsto al comma 4 – **di affidare il subappalto ad altro concorrente che abbia partecipato alla medesima gara.**
- Inoltre, come in precedenza accennato, viene **abrogato l’obbligo** – peraltro, già sospeso dal DL 32/2019, come modificato dal dl 77/2021 – **di indicazione in gara della terna dei subappaltatori nei casi previsti.**
- Con riferimento agli **appalti sotto-soglia**, viene soppresso anche l’obbligo di prevedere nei bandi o avvisi le modalità per la verifica delle condizioni di esclusione, da esercitare prima della stipula del contratto, nonché l’indicazione dei mezzi di prova richiesti per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali (art. 105 comma 6).
- Tale obbligo viene abrogato **anche con riferimento alle concessioni** (art. 174, comma 2, terzo periodo, D.lgs. 50/2016), venendo altresì meno l’onere per l’offerente di dimostrare in gara l’assenza, in capo ai medesimi subappaltatori, dei motivi di esclusione.
- Viene, invece, consentito all’affidatario di **sostituire i subappaltatori relativamente ai quali un’apposita verifica**, svolta dalla stazione appaltante, abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione, di cui all’articolo 80 del Codice, in fase esecutiva.

▪ Le novità in materia di pagamenti

Il provvedimento in commento interviene, infine, a modificare l'**art. 113-bis del Codice 50/2016**, in tema di pagamenti, **introducendo i commi 1-bis, 1-ter, 1-quater, 1-quinquies e 1-sexies**.

Nel dettaglio, il comma 1-*bis* consente **all'esecutore**, fermi restando i compiti del direttore dei lavori, **di comunicare** alla stazione appaltante il raggiungimento delle condizioni contrattuali per l'adozione dello stato di avanzamento dei lavori.

Spetta, in ogni caso, **al direttore dei lavori** accertare senza indugio il raggiungimento delle condizioni contrattuali e adottare lo stato di avanzamento dei lavori contestualmente all'esito positivo del suddetto accertamento ovvero contestualmente al ricevimento della comunicazione di cui al periodo precedente (comma 1-*ter*).

■ Cosa deve fare il DL in caso di adozione del Sal?

Una volta adottato lo stato di avanzamento, il direttore dei lavori **lo trasmette immediatamente al RUP**

■ Cosa deve fare il RUP?

Il RUP deve emettere **contestualmente** o, comunque, **non oltre sette giorni dalla data dell'adozione dello stato di avanzamento dei lavori, il certificato di pagamento**, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore e dei subappaltatori, e lo trasmette alla SA

■ Cosa deve fare la SA dopo il ricevimento del certificato di pagamento?

La stazione appaltante procede al **pagamento nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione del SAL**, *“salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni [n.d.r. sempre dall'adozione del SAL] e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche”* (comma 1-quinquies).

- **Cosa succede se vi sono difformità tra le valutazioni del direttore dei lavori e quelle dell'esecutore in merito al raggiungimento delle predette condizioni contrattuali?**

In tal caso, il direttore dei lavori, a seguito di tempestivo accertamento in contraddittorio con l'esecutore, procede – in caso negativo – all'archiviazione della comunicazione di cui al comma 1 - *bis* ovvero – in caso positivo – all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori (comma 1-*quater*).

■ Ambito temporale di applicazione delle novità

Le novità normative si applicano, per espressa previsione del comma 5 del medesimo articolo 10, alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara **siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge in commento (ossia dal 1° febbraio p.v.)** nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non risultino ancora inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi.

Grazie per l'attenzione!