

(Estratto)

WEBINAR

«I lavori pubblici ai tempi del COVID-19»

Roma, 8 maggio 2020

Avv. FRANCESCA OTTAVI

DIREZIONE LEGISLAZIONE OPERE PUBBLICHE

1) LA RIPRESA DEI LAVORI

DPCM 26 APRILE 2020

1. ATTIVITA' CONSENTITE

L' Allegato 3 del DPCM 26 aprile 2020, per il settore delle costruzioni, ha ulteriormente ampliato l'**elenco delle attività consentite rispetto a quello DPCM del 10 aprile 2020**

Per quanto d'interesse, sono attualmente consentiti:

- **il Codice 41 “Costruzione di Edifici”**
- **il Codice 42 “Ingegneria Civile”**
- **il Codice 43 “Lavori di costruzione specializzati”.**

DECRETO MISE 4 maggio 2020

Con il decreto MISE 4 maggio 2020, l'elenco dei codici ATECO di cui all'allegato 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 aprile 2020 e' stato modificato con l'inserimento, per quanto di interesse, dei seguenti codici:

- **77.12** Noleggio di autocarri e di altri veicoli pesanti
- **77.3** Noleggio di altre macchine, attrezzature e beni
- **90.03.02** Attivita' di conservazione e restauro di opere d'arte

Cosa succede una volta cessate le cause della sospensione?

Cessate le cause della sospensione,

- 1) **il direttore dei lavori lo comunica al RUP affinché quest'ultimo disponga la ripresa dei lavori e indichi il nuovo termine contrattuale.**
- 2) **Entro 5 giorni dalla** disposizione di **ripresa** dei lavori effettuata dal RUP, il direttore dei lavori procede alla **redazione del verbale di ripresa dei lavori**,
- 3) l'esecutore sottoscrive **il verbale**

Cosa deve riportare il verbale di ripresa?

- 1) che **sono venute a cessare le ragioni** che avevano indotto a sospendere i lavori;
- 2) che i lavori sono rimasti sospesi complessivamente **per il numero di giorni solari e consecutivi trascorsi**;
- 3) quale sia **lo stato dei luoghi e delle opere già eseguite**;
- 4) quali sia **lo stato delle attrezzature** presenti in cantiere risultano;
- 5) quali sia **lo stato dei materiali** depositati in cantiere;
- 6) **il verbale di accertamento dello stato dei luoghi**;
- 7) **il nuovo termine contrattuale** per l'ultimazione dei lavori che tenga conto del periodo di sospensione intercorsa.

Quali cautele devono essere adottate se non è possibile riprendere i lavori?

- 1) L'esecutore deve verificare che non siano emersi, nella fase di sospensione dei lavori, elementi ostativi alla ripresa dei lavori;

- 1) ove vi siano elementi ostativi alla ripresa dei lavori, l'impresa deve tempestivamente segnalarli nel verbale di accertamento dello stato dei luoghi, allegato al verbale di consegna.

Per ripartire, occorre attuare le misure del Protocolli anticontagio?

Ai sensi dell'art. 2, comma 6 del DPCM 26 APRILE 2020, ai fini della ripresa, **le imprese**, le cui attività siano consentite, **rispettano** i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali, **nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020**, tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e le parti sociali

La mancata attuazione dei protocolli che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione delle attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza

Cosa si può fare se, nonostante siano cessate le cause della sospensione, non viene disposta la ripresa dei lavori?

- 1) l'esecutore **può diffidare il RUP** a dare le opportune disposizioni al direttore dei lavori perché provveda alla ripresa;

- 1) **la diffida proposta** ai fini sopra indicati, **è condizione necessaria per poter iscrivere riserva all'atto della ripresa dei lavori**, qualora l'esecutore intenda far valere l'**illegittima maggiore durata della sospensione**.

2) LO SQUILIBRIO FINANZIARIO DELLE IMPRESE AI TEMPI DEL COVID-19

Gli effetti della crisi sui contratti in corso

L'emergenza sanitaria in corso si presenta come assolutamente unica e straordinaria.

Nella storia moderna non si è mai verificato un evento di questa natura e portata.

Gli strumenti giuridici esistenti non risultano idonei per rimediare la situazione inedita e straordinaria in corso.

I rimedi di natura finanziaria

- **Art. 91, comma 2 - Anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici**
- **Il Sal «emergenziale»**
- **Le misure del Decreto Liquidità (rinvio)**

Le novità del DL CURA ITALIA per il settore delle costruzioni

È stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 110 del 29 aprile u.s. - Suppl. Ordinario n. 16- la legge n. 27 del 24 aprile 2020, di conversione, con modificazioni, del **decreto c.d. “Cura Italia”**, decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi.

La Legge è entrata in vigore **il 30 aprile u.s.**

Art. 91, comma 2 - Anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici

La disposizione modifica l'articolo 35, comma 18, del Codice dei Contratti, chiarendo che **l'erogazione dell'anticipazione è consentita anche nel caso di consegna dei lavori in via d'urgenza**, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del Codice stesso.

Si tratta di una **norma di natura essenzialmente interpretativa** e dunque avente portata generale, che mira a **fugare qualsiasi possibile dubbio esegetico** a proposito della possibilità di accordare anticipazioni del prezzo in favore dell'appaltatore in caso di consegna in via d'urgenza.

Ciò potrà assicurare liquidità alle imprese anche nel caso di consegna anticipata dei lavori, per velocizzare l'inizio della prestazione appaltata, in perfetta coerenza con la 'ratio' istitutiva della previsione medesima

****Quando è possibile l'esecuzione in via d'urgenza?**

Ai sensi dell'art. 32, comma 8 del Codice dei Contratti, l'esecuzione d'urgenza 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*».

Esiste una disposizione normativa che preveda espressamente di pagare le imprese per i lavori fatti fino alla sospensione?

Non più.

In materia di emissione e pagamento degli acconti del corrispettivo di appalto i riferimenti normativi sono:

- l'articolo 113-bis del Codice dei Contratti
- l'articolo 14 del d.m. n. 49/2018.

quindi,

il SAL interviene, in aderenza a quanto previsto dall'articolo 14 del d.m. n. 49/2018, secondo **i termini e le modalità definite nella documentazione di gara e nel contratto**, indipendentemente dalla sospensione.

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**.

In passato, era prevista la possilita' di ottenere un Sal «in deroga»?

Sì, la disciplina previgente al nuovo Codice dei contratti **contemplava l'emissione dello stato di avanzamento lavori nei casi di sospensione dei lavori aventi una certa durata**

Nello specifico, **l'articolo 141, comma 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207**, abrogato con l'entrata in vigore del Codice medesimo, stabiliva che in «caso di sospensione dei lavori di durata **superiore a quarantacinque giorni** la stazione appaltante dispone comunque il pagamento in acconto **degli importi maturati fino alla data di sospensione**».

Per i contratti stipulati sotto la vigenza del Codice De Lise, pertanto, tale ipotesi può essere invocata

Tale previsione sembra che sarà riprodotta nell'emanando Regolamento unico di cui all'articolo 216, comma 27-octies, del Codice dei contratti pubblici nell'ambito della disciplina inherente alla sospensione dei lavori, ancora in fase di redazione.

Oggi, e' comunque possibile ottenere un Sal in deroga?

Riteniamo di sì.

Stante l'eccezionalità del momento, e facendo ricorso **alle possibilità di di riequilibrio volontario del sinallagma contrattuale**, consentite dal codice civile ed applicabili anche ai contratti pubblici, **come prevede l'art. 30, comma 8, del Codice 50**

Peraltro, primarie stazioni appaltanti (tra cui l'ANAS) hanno già dato disposizione procedere in tal senso, oltretè alcune amministrazioni regionali (ad esempio, la Regione Campania)

LE PROPOSTE DELL'ANCE

1. l'**obbligo di erogazione dell'anticipazione** anche laddove l'appaltatore ne abbia già usufruito, per un ammontare **pari al 20 per cento del valore delle prestazioni ancora da eseguire**; ciò per tutti i contratti di appalto pubblico anche se banditi e aggiudicati antecedentemente al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e anche in deroga espressa a specifiche clausole contrattuali che prevedano il divieto di riconoscere o erogare anticipazione o sottopongano il diritto all'anticipazione a specifiche condizioni diverse;
2. l'**obbligo di adozione di un primo stato di avanzamento “emergenziale”**, da liquidare entro 15 gg, funzionale anche alla valutazione dei lavori ancora da eseguire per l'erogazione dell'ulteriore anticipazione;
3. successivamente al SAL “emergenziale”, **l'**obbligo di adozione di SAL ogni fine mese****, con pagamento sempre entro 15 gg;
4. l'**obbligo riconoscimento maggiori oneri Emergenza Covid-19.**

3) LO SQUILIBRIO ECONOMICO DELLE IMPRESE

LA QUESTIONE DEI MAGGIORI ONERI DA COVID -19

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).

Su chi grava l'aumento dei costi stimato dal CSE?

L'eventuale aumento dei costi stimati del CSE in relazione all'adeguamento del PSC per le misure anti contagio **competono alla stazione appaltante** la quale deve assicurare il finanziamento assorbendo il relativo importo dalla **voce “imprevisti”**, utilizzando **le eventuali economie disponibili** nonchè con **incremento delle risorse**.

- **IL PROTOCOLLO SIGLATO PER IL CONTENIMENTO DEL COVID 19 NEI CANTIERI SIGLATO IL 24 APRILE 2020 (PUNTO 5)**

il coordinatore per l'esecuzione dei lavori provvede ad integrare il PSC e la relativa stima dei costi, con tutti i dispositivi necessari; il coordinatore della sicurezza in fase di progettazione adegua la progettazione del cantiere alle misure del protocollo.

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

Il dato di partenza è rappresentato dal fatto che le suddette misure anticontagio – oltreché 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 fideiussioni ed assicurazioni.
- ✓ Ritardata formazione dell'utile

Quali sono gli strumenti contrattuali idonei a consentire la prosecuzione dell'appalto in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica?

- **per i lavori in corso:** la disapplicazione delle penali, le varianti;
- **per i nuovi lavori:** adeguamento del progetto e dei prezzi (art. 23, comma 16 del Dlgs 50/2016)

LA DISAPPLICAZIONE DELLE PENALI

Art. 91, comma 1 - Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dalle misure di contenimento

Il comma 1 della norma, attraverso l'inserimento di un nuovo comma 6-bis all'articolo 3 del DL 6/2020, convertito con Legge 13/2020, recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", sancisce il principio secondo il quale **il rispetto delle misure di contenimento ivi previste è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".**

LA PERIZIA DI VARIANTE

La perizia di variante può essere adottata ai sensi **dell'art. 106, del Codice 50;** in particolare, **potrebbero rilevare le seguenti ipotesi:**

- **comma 1 lettera c), ossia per circostanze impreviste o imprevedibili, tra cui rientra anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità preposti alla tutela di interessi rilevanti.** In tal caso, l'aumento di prezzo dovrà essere contenuto, nei settori ordinari, **entro il 50% del valore del contratto iniziale.**
 - oppure
- **- comma 2, se stimata entro la soglia comunitaria , nonché entro il 15% del valore iniziale del contratto;**
 - oppure
- **- comma 12, qualora contenuta entro il quinto dell'importo del contratto.**

Cosa dovrà contenere la perizia di variante?

- aggiornamento del PSC nei termini sopra indicati;
- riconoscimento dei maggiori oneri e costi della sicurezza;
- concordamento nuovi prezzi e applicazione dei meccanismi compensativi per incremento del costo delle materie prime;
- stima della diminuzione della produttività del cantiere, conseguente alla riorganizzazione delle fasi di lavoro derivante dalle modifiche apportate al Piano di Sicurezza e Coordinamento e al cronoprogramma dei lavori.
- **proroga del termine di ultimazione dei lavori**

IPOTESI PROCEDURALE per i cantieri in corso

Il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione (CSE) procede a:

- integrare il Piano di Sicurezza e Coordinamento alle misure anticontagio COVID-19;**
- stabilire, insieme al direttore dei lavori e al RUP, le misure di adeguamento del cronoprogramma dei lavori, al fine di ridurre ulteriormente i rischi indotti da lavorazioni interferenti, dovuti alla situazione sanitaria connessa al COVID-19; conseguentemente, l'impresa affidataria procede all'adeguamento del programma esecutivo dei lavori;**
- all'adeguamento ed all'integrazione dei costi della sicurezza e valuta, in collaborazione agli altri soggetti della Stazione Appaltante, la diminuzione della produttività del cantiere, conseguente alla riorganizzazione delle fasi di lavoro derivante dalle modifiche apportate al Piano di Sicurezza e Coordinamento e al cronoprogramma dei lavori.**
- La stazione appaltante procede all'approvazione della variante contrattuale, secondo la normativa vigente.**

Quali cautele deve adottare l'impresa se la stazione appaltante non dovesse procedere all'approvazione della perizia di variante?

A fronte di comprovati maggiori oneri riconducibili, direttamente o indirettamente, alle misure di contenimento della diffusione del virus “Covid-19”, l’impresa:

- avrà cura di **iscrivere tempestivamente riserva** nel primo atto contabile idoneo a riceverli.
- se l'esecutore **per cause a lui non imputabili** non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato **può anche richiederne la proroga**, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. **In ogni caso la concessione della proroga non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante.** Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento.

Quali cautele deve adottare l'impresa se ha subito danni a causa della sospensione?

Le sospensioni connesse al rispetto delle misure di contenimento dovute all'emergenza COVID-19, sono riconducibili nel novero di quelle per causa di "forza maggiore" o del "factum principis" e vengono **adottate** ai sensi **dell'art. 107 del Codice dei Contratti**.

Naturalmente, trattandosi di sospensioni, in linea di principio, legittime, le stesse **non danno luogo a compensazioni e/o indennizzi** per l'impresa.

Tuttavia, stante la natura eccezionale e generalizzata della situazione emergenziale, **l'impresa appaltatrice**, in presenza di eventuali **comprovati maggiori oneri** che siano connessi, direttamente o indirettamente, al rispetto delle misure di contenimento del virus COVID-19, **può procedere**, a scopo cautelativo, **all'iscrizione degli stessi nei verbali di ripresa dei lavori**.

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