Caro Materiali & Equilibrio Contrattuale

D.L. Aiuti e gli effetti sul territorio metropolitano

Donata Rancati - Città metropolitana di Torino

La Circolare della Direzione Generale: Prot. 79516 del 14/06/2022

la ricostruzione normativa e l'esame delle situazioni problematiche

L'eccezionale aumento dei costi delle materie prime e dell'energia dovuti alla altrettanto eccezionale congiuntura economica determinata prima dall'emergenza pandemica e poi dalla guerra in Ucraina sta causando gravi conseguenze anche nel settore degli appalti pubblici.

Il legislatore è già intervenuto più volte, ma la sovrapposizione dei provvedimenti e la frammentazione degli stessi ha determinato rilevanti incertezze e problemi applicativi.

Sul presupposto che a fronte di una situazione straordinaria, le risposte non possono essere di tipo ordinario, per le situazioni non ricomprese dalla normativa emergenziale e per i casi per i quali sussistono dubbi interpretativi si rende necessario adottare soluzioni uniformi e sostenibili in relazione alle disposizioni che regolano l'azione amministrativa.

1° SEMESTRE e 2° SEMESTRE 2021:

Le compensazioni:

- **non sono soggette al ribasso di gara**
- **sono al netto delle compensazioni già riconosciute o liquidate**
- **sono escluse dall'applicazione dell'IVA***

*** Risulta in corso di formalizzazione un parere dell'Agenzia delle Entrate al MIMS** secondo cui le compensazioni di cui al d.l. 73/2021 si configurerebbero quali «*"mere" movimentazioni di denaro e, come tali, escluse dall'ambito applicativo dell'IVA, ai sensi del citato articolo 2, terzo comma, lettera a), del d.P.R. n. 633 del 1972, che prevede la non rilevanza all'IVA delle "cessioni che hanno per oggetto denaro o crediti in denaro"*».

Prima del D.L. Aiuti: COMPENSAZIONI

Tar Lazio, sez. III, 03/06/2022 n. 7215:

il MIMS è stato condannato ad espletare – con riguardo agli incrementi di prezzo rilevati con Decreto MIMS 11/11/2021 (in GU 23/11/2021) – "un supplemento istruttorio, condotto autonomamente ed eventualmente facendo ricorso anche ad altre fonti e tenendo, se del caso, anche conto delle introdotte nuove metodiche di rilevazione, revisione e aggregazione dei dati"

… OCCORRE ATTENDERE UN DECRETO INTEGRATIVO E VERIFICARE LE MODIFICHE APPORTATE AI 15 PREZZI OGGETTO DELLA SENTENZA

D.L. “AIUTI”

Per offerte con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021, lo stato di avanzamento dei lavori afferente alle lavorazioni contabilizzate dal d.l. dal 1° gennaio 2022 al 31 dicembre 2022, nelle more dell’aggiornamento dei prezzari regionali:

1) APPLICAZIONE DEI PREZZI DEL PREZZARIO DELLA REGIONE PIEMONTE adottato con D.G.R. n. 5-4722 del 04/03/2022 (B.U. n. 10 so. n. 3 del 10/03/2022) AL NETTO DEI RIBASSI OFFERTI

+

2) SE IL RISULTATO È:

a) pari o superiore ad un aumento del 20%, si incrementa di un ulteriore 1% (es. + 35% da aggiornamento con prezzario 2022 +1% = + 36%)

b) inferiore ad un aumento del 20%, si incrementa della percentuale necessaria a determinare un aumento complessivo del 21% (es. + 10% da aggiornamento con prezzario 2022 +11% = + 21%)

D.L. “AIUTI”

Gli incrementi di cui alle lett. a) e b) non si applicano (e quindi si applica solo il prezzario pubblicato il 10/03/2022) se la parte residua dei lavori da eseguire non è almeno pari alle somme derivanti dagli incrementi.

Il Rup e il d.l. possono sempre motivatamente discostarsi dalle indicazioni della Circolare della Direzione Generale: la *ratio* della norma, come indicato anche da ANCE nel “Vademecum- DL 17 maggio 2022, n. 50 (c.d. DL “Aiuti”), è “*garantire l’applicazione di prezzi quanto più possibili aggiornati a quelli di mercato*”.

D.L. Aiuti:

LA RICOGNIZIONE DELLE SOMME DISPONIBILI NEL BILANCIO DELL'ENTE:

- ***"nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziate annualmente relativamente allo stesso intervento"***

- ***"le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti"***

- ***"le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile alla data di entrata in vigore del presente decreto"***

D.L. Aiuti:

… SE LE RISORSE A BILANCIO NON BASTANO?
DUE FONDI SPECIALI

MODALITÀ DI ACCESSO AI FONDI:

Le istanze di accesso al fondo sono presentate telematicamente al MIMS:

- entro il 31 agosto 2022 per le lavorazioni contabilizzate dal 01/01/2022 al 31/07/2022

- entro il 31 gennaio 2023 per le lavorazioni contabilizzate dal 01/08/2022 al 31/12/2022

con le modalità che dovranno essere stabilite dal MIMS entro 30 gg. dall'entrata in vigore del d.l. 50/2022 e quindi entro il 17 giugno 2022

D.L. Aiuti:

GLI ONERI DERIVANTI DAL DECRETO “AIUTI” PER GLI APPALTI PUBBLICI

- 3.000 milioni di euro per l'anno 2022
- 2.750 milioni di euro per l'anno 2023
- 1.500 milioni di euro per ciascuno degli anni 2024 e 2025
- 1.300 milioni di euro per l'anno 2026

D.L. Aiuti:

TEMPI DI PAGAMENTO:

entro 30 giorni da emissione del s.a.l. (ed il certificato di pagamento deve essere emesso entro 5 giorni da s.a.l. **- ex art. 26 del d.l. 50/2022**) **se l'Ente dispone delle somme necessarie**

entro 30 giorni da trasferimento delle risorse da apposito Fondo se l'Ente non dispone delle somme necessarie (o di parte delle stesse) (in deroga all'art. 113-bis del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., secondo quanto previsto dall'art. 26, comma 4, lett. a) del d.l. 50/2022) (le istanze di accesso al Fondo vanno presentate entro il 31 agosto 2022 relativamente agli stati di avanzamento concernenti le lavorazioni eseguite e contabilizzate dal d.l. dal 1° gennaio 2022 al 31 luglio 2022)

D.L. Aiuti:

Solo per gli appalti con:

- **termine finale di presentazione delle offerte entro il 31 dicembre 2021**
- **stati di avanzamento dei lavori già emessi in relazione a lavorazioni contabilizzate dal d.l. dal 1° gennaio 2022 al 17 maggio 2022,**

se è già stato approvato l'atto di collaudo/il c.r.e.,

non si procede all'emissione del s.a.l. "straordinario"

(in coerenza con quanto disposto dalla delibera dell'ANAC n. 63 dell'8 febbraio 2022 in relazione alle compensazioni)

D.L. Aiuti:

RICHIESTE DI SOSPENSIONE DEL CANTIERE

L'art. 107 del d.lgs. 50/2016, che disciplina la sospensione dell'esecuzione delle prestazioni, è stato derogato dall'art. 5 del d.l. 76/2020 per i lavori pubblici di importo superiore alla soglia eurounitaria in senso restrittivo sino al 30 giugno 2023 per garantire "*il preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell*[e] *oper*[e]" e, nonostante le ripetute richieste delle associazioni di categoria nella legislazione emergenziale legata al caro materiali non è stata introdotta una causa eccezionale di sospensione *ad hoc* analoga a quella configurata dall'art. 8, comma 4, dello stesso d.l. 76/2020 per le ipotesi in cui i cantieri fossero rallentati dalle misure di contenimento del covid 19.

D.L. Aiuti:

RICHIESTE DI SOSPENSIONE DEL CANTIERE

Si ritiene quindi – anche in considerazione delle integrazioni alla disciplina per fronteggiare i rincari dei lavori pubblici con il d.l. 50/2022 - di non autorizzare sospensioni ex art. 107 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. per gestire i problemi relativi al "caro materiali", fatti salvi – ovviamente – i casi di impossibilità oggettiva di reperire specifici materiali: tale sospensione, che deve essere sempre espressamente richiesta dall'operatore economico, non può, ovviamente, giustificare richieste di ristori per "fermo cantiere".

D.L. Aiuti:

RICHIESTE DI PAGAMENTO DI STATI DI AVANZAMENTO IN DEROGA ALLE SOGLIE PREVISTE DAL CAPITOLATO SPECIALE D'APPALTO

In considerazione di quanto disposto dal d.l. "Aiuti" l'autorizzazione a derogare alle soglie previste dal capitolato speciale d'appalto potrà essere concessa solo per casi nei quali il d.l. ed il rup motivino specificatamente la necessità di riequilibrare la maggiore anticipazione, cui sono sottoposti gli operatori economici in considerazione dell'eccezionale aumento dei materiali.

Ai fini del raggiungimento delle soglie previste nel capitolato speciale d'appalto devono essere SEMPRE considerati anche gli importi derivanti dall'aggiornamento con il prezzario della Regione Piemonte di marzo 2022 + ulteriore incremento percentuale

D.L. Aiuti:

Per tutte le fattispecie pregresse che non rientravano negli interventi normativi adottati dal legislatore nazionale, la Regione Piemonte ha pubblicato sul B.U.R. n. 02/12/2021 un apposito Comunicato della Direzione Opere Pubbliche, Difesa del suolo, Montagna, Foreste, Protezione civile, Trasporti e Logistica Settore Infrastrutture e Pronto Intervento "COMUNICATO CARO MATERIALI - INFORMATIVA IN MATERIA E PRIME INDICAZIONI OPERATIVE", nel quale, analizzando le diverse fattispecie relative alle specifiche fasi degli appalti, si suggeriva l'applicazione dell'art. 106, ed in particolare:

- il comma 1 lett. c) e il comma 2 del d.lgs. 50/2016 (varianti)
- il comma 1 lett. a) del d.lgs. 50/2016 (revisione prezzi)

Quindi variante con aggiornamento con l'ultimo prezzario regionale approvato solo per la parte che eccede il 10% e solo in misura pari alla metà.

(cfr. in senso analogo anche il parere del MIMS n. 1253 del 28/03/2022)

D.L. Aiuti:

La soluzione proposta dal Comunicato può essere utilizzata per gestire tutte le fattispecie rimaste "scoperte"* dagli interventi succedutisi sino al c.d. "decreto Aiuti" (d.l. 17/05/2022 n. 50) a condizione che:

- ci sia una specifica autorizzazione dagli enti finanziatori in caso di appalti finanziati con fondi di terzi

- non vengano attivati strumenti che determino condizioni più favorevoli rispetto a quelle esplicitamente normate dal legislatore per le ipotesi ritenute dallo stesso più critiche e che pertanto hanno giustificato l'adozione di strumenti legislativi di tipo emergenziale.

***es. procedura di gara con scadenza offerte al 12 gennaio 2022 (no d.l. "Aiuti" – perché la scadenza per presentare offerta era successiva al 31/12/2021 - e no clausola revisione prezzi in progetto – perché la procedura è stata bandita anteriormente al 27/01/2022).**

D.L. Aiuti:

MOTIVAZIONE PER MODIFICHE DEI RAPPORTI CONTRATTUALI

Con riferimento alle modifiche dei rapporti contrattuali la pubblica amministrazione dovrebbe quindi sempre dimostrare, motivando adeguatamente:

- **l'impossibilità, in assenza di rinegoziazione, di ottenere con una nuova procedura di affidamento, condizioni contrattuali analoghe a quelle antecedenti la rinegoziazione**

- **la mancanza di pregiudizio per gli equilibri di bilancio dell'ente in relazione all'esigenza di un maggiore impegno di spesa non evitabile neanche con l'esperimento di una nuova procedura di affidamento**

- **per gli interventi finanziati con PNRR e PNC, il "preminente interesse nazionale" alla conclusione dei lavori.**

D.L. Aiuti:

L'utilizzo di strumenti riequilibrativi del sinallagma contrattuale favorisce una flessibilità ma al contempo una stabilità nelle relazioni negoziali, evitando rimedi che consistono nell'estinzione dell'obbligazione o nella risoluzione del contratto o, comunque, nella recessione dalla relazione negoziale, e si pone in linea con il "preminente valore" dell'"interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi" del PNRR e del PNC, esplicitato dal Legislatore nel d.l. 77/2021 e, più in generale, con le le posizioni assunte dalla Corte di Cassazione (cfr. Relazione n. 56/2020) di contemperamento del principio della vincolatività del contratto (in forza del quale *pacta sunt servanda*) con quello del *rebus sic stantibus*, qualora per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del contratto o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostra "sostanzialmente snaturato".

D.L. Aiuti:

MODIFICHE DEI RAPPORTI CONTRATTUALI

"[…] *L'adeguamento del corrispettivo alla mutata situazione non consegue, in linea di principio, all'applicazione rigorosa e obbligatoria del dato civilistico, e alla volontà di scongiurare la risoluzione del contratto. Esso, piuttosto, risponde al principio pubblicistico del buon andamento (articolo 97 della Costituzione), nel caso di specie perseguito assicurando condizioni eque ed efficienti ai contraenti con gli enti locali, ma nel contemperamento di interessi ulteriori"* (Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 17 maggio 2021 n. 7)

D.L. Aiuti:

GRAZIE PER L'ATTENZIONE!