

Flash webinar sui lavori pubblici

Caro materiali «1° semestre» 2021

La disciplina revisionale e le proposte dell'ANCE

Michela Mancini
26 ottobre 2021

■ **La speciale disciplina revisionale per i lavori del 1° semestre 2021**

Con l'articolo **1-septies** del DL «Sostegni-bis» (DL 73/ 2021, conv. Legge 106/21) è stata introdotta una **speciale disciplina revisionale** per fronteggiare i rincari eccezionali del primo semestre 2021

La disciplina riguarda solo i **contratti pubblici, in corso di esecuzione** alla data di entrata in vigore della legge (25 luglio 2021).

Ha **carattere eccezionale**, in quanto - in analogia a quella del 2008 – introduce un **regime compensativo straordinario**, applicabile solo ai materiali impiegati in **lavori eseguiti e contabilizzati** in un arco temporale circoscritto, cioè **nel primo semestre 2021**.

■ Cosa succede per i lavori contabilizzati in anni precedenti?

Per lavori eseguiti e contabilizzati negli anni precedenti si continuerà ad applicare la disciplina previgente, e cioè:

- 1) per i **contratti ex Codice De Lise** (d.lgs. 163/2016), il **meccanismo compensativo di cui all'art. 133**, basato sulle variazioni percentuali rilevate annualmente dai singoli Decreti Ministeriali
- 2) per i **contratti ex Codice 50/2016, l'art. 106, comma 1, lettera a)**, che rimette alla singola amministrazione la scelta di prevedere nel bando clausole di revisione prezzi.

■ Cosa prevede in sintesi la disciplina?

- 1) Adozione entro il 31 ottobre del DM di rilevazione:** il MIMS, entro il 31 ottobre, dovrà adottare con proprio DM le variazioni percentuali, in aumento o diminuzione, superiori all'8% verificatesi nel primo semestre;
- 2) Compensazioni anche in deroga a previsioni contrattuali difformi:** per i materiali interessati, **si procederà a compensazioni**, anche in deroga all'articolo 133, commi 3, 4, 5 e 6 del d.lgs. 163/2006 nonché in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a) del d.lgs. 50/2016, al netto di eventuali compensazioni già riconosciute o liquidate in relazione al primo semestre 2021 ai sensi di quest'ultima norma;
- 3) Calcolo della compensazione con differente regime di alea:** la compensazione è determinata applicando alle quantità di materiale impiegato nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate nel periodo 1° gennaio - 30 giugno 2021, le variazioni percentuali rilevate dal DM, eccedenti l'8%, se riferite solo all'anno 2021 (cioè con offerta nel 2020) ed eccedenti il 10% complessivo, se riferite a più anni (cioè con offerta ante 2020)
- 4) Istanze a pena di decadenza entro 15 gg:** la compensazione **va richiesta dall'appaltatore a pena di decadenza entro 15 gg** dalla pubblicazione in Gazzetta del DM di rilevazione

■ Con quali risorse S.A. dovrà coprire le compensazioni ?

ANZITUTTO CON RISORSE PROPRIE!

- 1) il 50% delle somme** appositamente **accantonate per imprevisti nel quadro economico** di ogni intervento, se non destinate ad altri impegni contrattuali già assunti, nonché **eventuali ulteriori somme a disposizione** per lo stesso intervento;
- 2) ribassi d'asta**, qualora non ne sia prevista una diversa utilizzazione secondo le norme vigenti;
- 3) somme relative ad altri interventi ultimati**, per i quali siano stati eseguiti i collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione, nei limiti disponibili alla data di entrata in vigore della legge

IN CASO DI INSUFFICIENZA PUO' RICORRERE A UN «FONDO SPECIALE» 

le S.A. potranno chiedere l'accesso al **«Fondo per l'adeguamento prezzi»** istituito presso il MIMS con una dotazione di 100 milioni, secondo le modalità disciplinate in un apposito DM da adottare entro 60 gg, che dovrà garantire parità di accesso a tutte le imprese (PMG) e proporzionalità nell'assegnazione delle risorse

■ Quali sono le condizioni che l'impresa deve verificare per capire se può richiedere la compensazione ?

- 1)** contratto di appalto «in corso di esecuzione» alla data del 25 luglio 2021 (entrata in vigore della Legge)
- 2)** materiali impiegati in **lavorazioni** eseguite e «contabilizzate» tra il 1° gennaio e il 30 giugno 2021
- 3)** **offerta** presentata **nel 2020 o in anni antecedenti**

■ 1) Cosa vuol dire contratto «in corso di esecuzione» al 25 di luglio ?

Tale espressione sembra interpretabile nel senso di **contratti in cui l'opera non risulti ancora collaudata, ancorché i lavori siano ultimati**

Secondo autorevole giurisprudenza infatti «*Il contratto di appalto si considera concluso solo a seguito del collaudo, che rappresenta l'unico atto attraverso il quale la PA può verificare se l'obbligazione dell'appaltatore sia stata eseguita a norma, ed è indispensabile ai fini dell'accettazione dell'opera da parte della stazione appaltante. Pertanto, prima dell'approvazione del collaudo, il rapporto contrattuale non può dirsi esaurito*» (cfr. Cass. Civ., sez. 1, sent. 2307/2016).

■ 2) Cosa significa lavori «contabilizzati» nel primo semestre 2021?

Occorre capire se sia possibile chiedere la compensazione nel caso in cui il SAL relativo a quei lavori sia stato chiuso ed emesso dopo il 30 giugno 2021.

L'espressione **lavori «contabilizzati» non sembra voler dire lavori «salizzati»** visto che la normativa non ne parla mai.

Pertanto, sembra **sufficiente** che il **DL possa riscontrare le quantità eseguite dal registro di contabilità**, anche se il SAL è successivo al 30 giugno.

■ 3) Perché è importante guardare all'anno dell'offerta?

E' prevista una diversa percentuale di **ALEA PER IL CALCOLO DELLA COMPENSAZIONE**, a seconda dell'anno di offerta.

Infatti, la compensazione va determinata applicando alle quantità di materiale impiegato nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate nel periodo 1°gennaio - 30 giugno 2021, le variazioni percentuali rilevate dal DM, eccedenti l'8%, se riferite esclusivamente al 2021, ed eccedenti il 10% complessivo, se riferite a più anni.

PERTANTO



L'importo compensativo da liquidare all'impresa sarà quello:

- eccedente l'**8%** ➡ se la variazione è riferita esclusivamente all'anno 2021 in quanto l'offerta è stata presentata nel 2020)
- eccedente **10% complessivo** ➡ se la variazione è riferita a più anni in quanto l'offerta è stata presentata prima del 2020)



ATTENZIONE!!!!!!



L'ALEA PER IL CALCOLO COMPENSAZIONE (comma 3) non va confusa con **l'ALEA PER LA RILEVAZIONE DEGLI INCREMENTI** (comma 1) che è sempre uguale.

Infatti, il DM deve rilevare le variazioni dei singoli prezzi dei materiali **superiori all'8% verificatesi** nel primo semestre 2021

■ **La compensazione deve riguardare costi effettivamente sostenuti o anche da sostenere (ordinativi in corso)?**

La normativa intende supportare le imprese a fronte di **incrementi subiti per materiali impiegati** nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate nel primo semestre 2021.

Ciò, unito alla logica perequativa e non speculativa della disciplina compensativa, implica che si tratti di **oneri effettivamente sostenuti e non da sostenere**.

■ **Cosa significa che la compensazione è riconosciuta anche in deroga all'art. 133 del d.lgs. 163/2006 e all'art. 105 del d.lgs. 50/2016 » ?**

Le imprese potranno presentare istanza di compensazione **anche in deroga a previsioni contrattuali difformi** e cioè, anche se:

1) il contratto è stato stipulato ex Codice De Lise e quindi è soggetto alla disciplina compensativa di cui all'articolo 133;

2) il contratto è stato stipulato ex Codice 50/2016 e - ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera a) - la S.A.:

- non ha previsto clausole revisionali nella documentazione di gara, oppure ha dichiarato espressamente di non volerle applicare;
- ha inserito nel bando la clausola revisionale, ma non ha ancora liquidato alcunché per i lavori eseguiti nel primo semestre 2021. Viceversa, nel caso in cui ci sia già stato un riconoscimento compensativo per il medesimo arco temporale, l'importo da corrispondere ai sensi dell'articolo 1-septies andrà epurato dall'ammontare delle compensazioni già ricevute.



ATTENZIONE!!!!!!



La deroga all'art. 133 comma 4 comporta anche l'**eliminazione del "dimezzamento" della compensazione**, previsto in via ordinaria.

Pertanto, alle imprese **sarà riconosciuto l'intero ammontare che supera l'alea di riferimento** - qualunque essa sia - e non solo il relativo 50%.

■ Cosa bisogna fare per ottenere la compensazione?

La procedura non è avviata d'ufficio ma **su istanza dell'appaltatore** da presentare **A PENA DI DECADENZA entro 15 giorni** dalla pubblicazione in Gazzetta del DM di rilevazione, atteso entro il 31 ottobre prossimo.

CIO' SIGNIFICA CHE



Il **trascorrere del termine** comporterà **l'inammissibilità dell'istanza per tardività**, con perdita del diritto di richiedere la compensazione.

■ E' necessario aver iscritto preventivamente riserva?

In generale, alla disciplina sulle compensazioni non si applica la disciplina sulle riserve, in quanto **il diritto di presentare istanza discende direttamente dalla legge.**

Per richiedere le compensazioni relative al primo semestre 2021 non è necessario aver iscritto preventivamente riserva!!!

Peraltro, l'art. 1-septies riconosce il diritto alla compensazione anche in deroga a disposizioni contrattuali difformi, quindi anche nell'ipotesi in cui il contratto non contenesse una clausola revisionale o contenesse una clausola in cui l'amministrazione dichiari di non volerla applicare

VICEVERSA

Per i lavori eseguiti nel secondo semestre 2021, non sussistendo ancora una specifica disciplina revisionale di riferimento, **la riserva appare quanto mai opportuna.**

■ E' necessario allegare alle istanze la documentazione a comprova?

OCCORRE CONSIDERARE VARI ELEMENTI

- 1) La **disciplina** non dice nulla al riguardo;
- 2) La **bozza di DM sul Fondo adeguamento prezzi sembra prevederlo**: le SA devono allegare alla domanda di accesso al Fondo le istanze di compensazione ricevute delle imprese, con i giustificativi. Tuttavia, si tratta di una bozza non ancora approvata e comunque non dice che i giustificativi vanno allegati dalle imprese alle istanze;
- 3) La **circolare «Martinat» n. 871/2005** (Modalità operative su meccanismo a regime) prevedeva i giustificativi, ma l'istanza di compensazione, a regime, va presentata entro 60 gg dal DM e non 15

■ Qual è la posizione dell'Ance sui giustificativi?

PROPOSTA ANCE



Le imprese non dovrebbero allegare giustificativi all'istanza, anche al fine di evitare ritardi che potrebbero comportare una tardività della domanda di compensazione.

L'istanza deve contenere la semplice richiesta di compensazione, accompagnata dalla dichiarazione di aver subito incrementi eccezionali nel primo semestre 2021 per materiali inseriti in Tabella.

Sono in corso interlocuzioni con il Ministero.

ANCE sta predisponendo un «modello di istanza» da utilizzare

■ Come si procede al calcolo della compensazione?

Si tratta di **un'operazione molto complessa, che pone numerosi problemi applicativi/interpretativi**, anche legati ad una serie di situazioni pratiche, che caratterizzano ordinariamente la gestione della contabilità nella vita di cantiere.

Mancano al momento indicazioni operative per le S.A.. Il rischio è che, in assenza di indicazioni univoche, ogni S.A. operi discrezionalmente con conseguenti:

- ritardi nei riconoscimenti compensativi alle imprese, che vanificherebbero il senso della normativa che ha carattere di urgenza.
- contenziosi, a fronte di comportamenti eterogenei e prassi applicative non uniformi

E' necessario che il DM contenga anche le modalità operative di attuazione!!!!

■ Come possono le S.A. quantificare i materiali inseriti in lavorazioni complesse?

I singoli materiali spesso non sono presenti in contabilità come tali, ma sono inseriti all'interno di lavorazioni più complesse.

In tali situazioni, ai fini del calcolo della compensazione, **si rende necessario ricostruirne la relativa incidenza quantitativa, attraverso puntuali analisi** che scomputino analiticamente le singole componenti della lavorazione.

TUTTAVIA, non sempre le S.A. dispongono di analisi dettagliate e, pertanto, ricostruire l'incidenza di un materiale può costituire un'operazione estremamente difficoltosa, con inevitabili ripercussioni sulla tempistica dei riconoscimenti dovuti alle imprese.

■ Come possono le S.A. gestire il problema della eterogeneità e incompletezza dei dati a loro disposizione ?

La **Tabella di rilevazione allegata al DM** (che riguarda 56 materiali) è **caratterizzata da:**

- 1) Eterogeneità nella considerazione dei materiali:** in alcuni casi, il riferimento è al materiale finito effettivamente utilizzato in opera e in altri casi è alla materia prima acquistata dal produttore;
- 2) Eterogeneità delle unità di misura:** in alcuni casi le unità di misura utilizzate per la rilevazione non sono le stesse utilizzate nella contabilità o per l'acquisto del materiale (ad esempio, le tubazioni in acciaio e in PVC sono normalmente considerate al metro lineare, ma la rilevazione è al kg),
- 3) Assenza di riferimenti per materiali simili:** spesso i materiali sono indicati in modo estremamente specifico (es. tubazioni in polietilene ad alta densità (PEAD) PE 100, diametro esterno 110 mm), mentre le possibili varianti e specifiche tecniche dello stesso materiale, sono molto più numerose.

■ Con quale formula va calcolata la compensazione?

La norma si limita ad indicare che le compensazioni andranno determinate applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori tra il 1° gennaio e il 30 giugno 2021, le variazioni eccedenti l'8%, se riferite esclusivamente all'anno 2021, ed eccedenti il 10% complessivo, se riferite a più anni.

Purtroppo, non sono esplicitate le modalità di calcolo e non è indicato se le variazioni di prezzo riscontrate dal DM vadano applicate al reale prezzo di offerta ovvero al prezzo medio di offerta, indicato nel DM di rilevazione (come previsto nella circolare «Martinat» del 2005)

Sono necessarie modalità applicative univoche e semplici per le S.A.

PROPOSTA ANCE

- 1)** l'istanza di compensazione dovrebbe contenere la mera dichiarazione di aver subito gli incrementi eccezionali, senza quantificazioni né giustificativi;
- 2)** il calcolo della compensazione deve essere effettuato dalla S.A. tramite il **DL**, che **deve definire le quantità** dei materiali da considerare;
- 3)** per i materiali inseriti in contabilità come tali, il **DL individuerà la quantità riscontrando, per le opere a misura, le quantità contabilizzate, e per quelle a corpo, le percentuali di avanzamento** cui corrispondono le quantità determinate sulla base delle previsioni progettuali;
- 4)** ove il materiale risulti ricompreso all'interno di una lavorazione più ampia, il **DL dovrà ricostruirne la relativa incidenza sulla base delle proprie analisi**, ove ne disponga. In assenza di queste, il **DL utilizzerà**, quale parametro di riferimento, le incidenze riportate nelle analisi alla base dei prezzi: **Anas, per i lavori stradali; RFI, per i lavori ferroviari; DEI per i lavori edili.**
- 5)** ricostruiti i quantitativi dei materiali, il **calcolo della compensazione** dovrà essere effettuato **applicando la percentuale di variazione** rilevata in decreto - ed **epurata dell'alea** di riferimento - **al prezzo medio dell'anno di offerta**, che dovrà essere indicato nel decreto medesimo, sia con riferimento al 2020, sia con riferimento agli anni antecedenti;
- 6)** per i materiali non espressamente **elencati** in Tabella, ma **riconducibili ad una macro-categoria** presente, dovrà valere il **principio dell'analogia**, e pertanto la compensazione dovrà poter essere ugualmente richiesta, secondo le percentuali valevoli per la macro-categoria stessa.

■ Come saranno le variazioni indicate in decreto?

ANCE in questi mesi ha lavorato affinché i dati che verranno rilevati dal DM siano coerenti con il reale andamento del mercato e riguardino tutti i materiali interessati dagli incrementi. A questo fine:

- 1) è stata **svolta una puntuale analisi dati**, consultando primari listini di rilievo nazionale ed internazionale e confrontandoli con contratti e fatture raccolti da cantieri in tutta Italia;
- 2) è stata **coordinata l'azione delle AT/OR**, al fine di trasmettere ai Provveditorati e alle Camere di Commercio dati uniformi e coerenti su tutto il territorio associativo.
- 3) è stata **trasmessa al Ministro la Tabella con i dati rilevati da ANCE**

In settimana dovrebbe essere convocata la Commissione Prezzi e resa nota la Tabella Ministeriale.

■ Cosa fare per gli incrementi del 2° semestre 2021?

Gli aumenti continuano anche nel 2° semestre e sarà necessario prevedere un ulteriore sistema compensativo, verosimilmente nella Legge di Bilancio.

PROPOSTA ANCE: E' necessario **NON limitarsi a replicare il sistema del 1° semestre MA migliorarlo e semplificarlo**, al fine di **riconoscere i maggiori oneri subiti in tempi più brevi**. In particolare:

- 1) Le rilevazioni andrebbero fatte **a prescindere dal superamento alea percentuale**
- 2) Le variazioni andrebbero rilevate **su base trimestrale** (e non semestrale)
- 3) Le variazioni dovrebbero essere raffrontate non solo con i prezzi medi del 1° semestre (per le offerte presentate in tale periodo) ma anche con quelli medi del 2020 (per le offerte del 2020) e con quelli degli anni antecedenti (per le offerte antecedenti)
- 4) Andrebbero definite **misure per sostenere le imprese nell'attesa della liquidazione** (ad esempio sospendendo il recupero dell'anticipazione)
- 5) Il Fondo per l'adeguamento prezzi va implementato

Nel frattempo **si stanno studiando soluzioni da introdurre a REGIME!!!**

■ Come devono comportarsi le imprese che, avendo formulata offerta nel 2020 o nel 1° semestre 2021, hanno in corso di sottoscrizione un contratto?

Se l'impresa intende sciogliersi dal vincolo di aggiudicazione e non sottoscrivere il contratto: può farlo, ma verosimilmente perderà la cauzione provvisoria che, ai sensi dell'art. 93, copre tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario

Se l'impresa non intende sciogliersi ma stipulare - nell'attesa che venga approvata una nuova disposizione per il 2° semestre 2021: può **iscrivere riserva** nel primo atto utile ed inviare alla S.A. una **istanza di rinegoziazione**. Secondo la Cassazione, in ossequio al generale principio di "buona fede" nei rapporti contrattuali e a quello di conservazione del contratto, sussiste una doverosità alla rinegoziazione, anche in assenza di clausole contrattuali specifiche, qualora per effetto di accadimenti imprevisti ed estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato. (*cfr. Relazione della Corte di Cassazione n. 56/2020*).

Se la S.A. rifiuta la rinegoziazione, l'impresa potrebbe **invocare la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione**.

■ Cosa si sta facendo sul fronte dei prezzari ?

Gli **incrementi dei prezzi** non **impattano** soltanto sui contratti in corso ma **anche su quelli di prossimo affidamento**, basati su prezzari che non tengono conto del reale andamento del mercato.

L'**inadeguatezza dei prezzari** impedisce la presentazione di offerte congrue, con il rischio di mandare le gare deserte o creare problemi in fase esecutiva.

Il Codice Appalti impone **aggiornamento annuale prezzari** e tale obbligo non **va inteso** in senso solo formale (come mera applicazione dell'ultimo prezzario utile), ma **in senso sostanziale**, anche alla luce del principio costituzionale di «buona amministrazione» che deve sempre orientare l'azione pubblica.

ANCE ha rappresentato il problema al Governo, evidenziando la necessità di una **soluzione normativa straordinaria** che, nell'attesa di una profonda revisione dei prezzari, consenta di aggiornare subito almeno le principali voci di costo che caratterizzano l'esecuzione di un'opera.

Inoltre, **ANCE ha sensibilizzato le grandi S.A. nazionali e inviato alle AT/OR delle «lettere-tipo»** affinché, ove ritenuto opportuno, anche a livello locale venga svolta un'azione di sensibilizzazione.

Grazie a tutti

Michela Mancini
Direzione Opere Pubbliche - ANCE
mancinim@ance.it