



A.N.C.I.
FRIULI V.G.

**Linee guida ANCI FVG per i
Comuni della Regione Friuli
Venezia Giulia sulle
problematiche connesse alla
gestione dei contratti di appalto
durante l'emergenza Covid 19.**

Si ritiene che il terzo settore, in particolare la cooperazione sociale, svolga una funzione pubblica di interesse generale per cui occorre mettere in atto strumenti e strategie comuni per superare al meglio questo periodo di emergenza e per salvaguardare il più possibile il tessuto economico e sociale nei Comuni del Friuli Venezia Giulia.

Con riferimento all'**art. 48 del Decreto Legge 17 marzo 2020 n. 18** ("Cura Italia", convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27), che in questo momento è particolarmente discusso, Anci FVG si propone di dare alcune indicazioni ai Comuni associati che possano essere utili al superamento della crisi in atto, non solo con specifico riguardo alla tenuta del sistema delle autonomie locali (cioè consentendo, in particolare ai Comuni, di esercitare in questa fase un'azione amministrativa efficace e, per quanto possibile, libera da vincoli), ma anche cercando di indirizzare i Comuni verso risposte efficaci, legittime e giuste a quelle istanze che provengono dai molti settori, provati da questa grave situazione.

Senza trascurare il ruolo delle imprese, in particolare le più piccole e fragili, occorre prima di tutto precisare che il Comune non può, né crediamo debba, sostituirsi alle istituzioni preposte a garantire gli opportuni ammortizzatori sociali e nello stesso tempo debba garantire il principio del sinallagma o nesso di reciprocità nelle prestazioni corrispettive, tipiche dei contratti come gli appalti, che sono contratti ad obbligazioni corrispettive, dove ciascuna parte si assume l'obbligo di eseguire una prestazione, dato che l'altra parte si assume l'obbligazione di eseguire a sua volta una prestazione (controprestazione) e ciò vale sia in sede di sottoscrizione o comunque di avvio contrattuale, che durante la vita contrattuale.

Si aggiunge, inoltre, che i Comuni, come tutte le P.A., sono soggetti al controllo da parte della Corte dei Conti che in un momento futuro, successivo al periodo di emergenza sanitaria, potrebbe rilevare profili di responsabilità amministrativa, con tutte le conseguenze del caso per amministratori e funzionari.

Si riporta, di seguito, una disamina dell'**art. 48**, elaborata dal nostro Centro di Competenza di Anci - Compa fvg.

L'ambito di applicazione è rappresentato dai servizi educativi e scolastici per l'infanzia che sono stati sospesi con i provvedimenti adottati in base all'articolo 3, comma 1, del Dl 6/2020, e dalle attività sociosanitarie e socioassistenziali nei centri diurni per anziani e per persone con disabilità, sospese con ordinanze regionali o altri provvedimenti. Tra i servizi educativi per l'infanzia rientrano solo le prestazioni nei nidi e micronidi, nelle sezioni primavera, nei servizi integrativi per le famiglie (spazi gioco e centri per bambini e famiglie), nei servizi educativi in contesto domiciliare. Le scuole per l'infanzia operano invece in continuità con i servizi educativi per l'infanzia e con il primo ciclo di istruzione o scuola primaria.

Considerata l'emergenza di protezione civile e il conseguente stato di necessità, le pubbliche amministrazioni forniscono, avvalendosi del personale disponibile già impiegato in questi servizi, dipendente da soggetti privati che operano in convenzione, concessione o appalto, prestazioni in forme individuali domiciliari o a distanza o resi nel rispetto delle direttive sanitarie negli stessi luoghi ove si svolgono normalmente i servizi senza ricreare aggregazione.

Le coprogettazioni fra pubblico e privato individuano le priorità per lo svolgimento dei servizi, che sono svolti dai medesimi operatori, utilizzando fondi ordinari destinati a tale finalità, alle stesse condizioni assicurative sinora previste, anche in deroga a eventuali clausole contrattuali, convenzionali, concessorie. Sono altresì da adottare specifici protocolli che definiscano tutte le misure necessarie per assicurare la massima tutela della salute di operatori e utenti.

Il contenuto è quanto meno dubbio e dà adito a due diverse interpretazioni:

- 1) La prima interpretazione della norma (più letterale) sostiene che i Comuni sono autorizzati al pagamento di due differenti quote a favore dei gestori privati dei servizi per il periodo della sospensione, sulla base di quanto iscritto nel bilancio preventivo. Una prima quota riguarda le prestazioni "riconvertite", previo accordo tra le parti, che saranno retribuite ai gestori con parte dell'importo dovuto per l'erogazione agli utenti dei nuovi servizi, secondo le modalità attuate precedentemente alla sospensione e subordinatamente alla verifica dell'effettivo svolgimento dei servizi riconvertiti. Una seconda quota di pagamenti sarà invece corrisposta previa verifica dell'effettivo mantenimento delle strutture attualmente interdette, tramite il personale a ciò preposto. Le strutture dovranno comunque risultare immediatamente disponibili e in regola con tutte le disposizioni vigenti, con particolare riferimento a quelle emanate ai fini del contenimento del contagio da Covid-19, all'atto della ripresa della normale attività. Le due quote daranno luogo all'erogazione in favore dei soggetti cui è affidato il servizio di un importo complessivo di entità pari all'importo già previsto in bilancio, al netto delle eventuali minori entrate connesse alla diversa modalità di effettuazione del servizio stesso.

ANCI, suggerisce di prevedere la stipula di protocolli condivisi, pur nelle forme più semplici data la temporaneità e l'eccezionalità della situazione, tra le amministrazioni comunali e i soggetti gestori (in appalto, in concessione o in convenzione). I protocolli dovranno definire le tipologie di prestazioni nelle quali il servizio, nella nuova modalità di svolgimento, dovrà essere distinto, individuare la relativa quota destinata a ciascuna prestazione, definire altri aspetti quali la volontarietà, la sicurezza, le modalità di verifica dei servizi svolti. Nei protocolli, dovrà poi essere anche chiarito che, stante la modalità comunque ridotta di espletamento del servizio, non dovrà essere prevista la corresponsione di rette o di partecipazioni da parte degli utenti e neppure da parte dei Comuni in sostituzione degli utenti stessi, come chiaramente desumibile dall'inciso che richiama le minori entrate per i servizi in questione”.

Si sottolinea infine che, le nuove alternative modalità di espletamento dei servizi, dove attivate, comportano la cessazione della possibilità, per i gestori dei servizi privati, di ottenere trattamenti del fondo di integrazione salariale e di cassa integrazione in deroga per i lavoratori impiegati nei servizi (comma 3 dell'art. 48). Questa situazione, di fatto, farebbe venire meno tutta o comunque

buona parte della costruzione dei commi 1° e 2°, proprio perché gli ammortizzatori sociali non spettano alle Autonomie Locali.

- 2) Una seconda interpretazione della norma (meno letterale) sostiene che i Comuni sono autorizzati al pagamento del cosiddetto “vuoto per pieno”, ossia le Stazioni Appaltanti devono pagare le prestazioni a prescindere dal fatto che le stesse siano state eseguite. (tale interpretazione non riscuote consenso nei ragionamenti fatti a livello nazionale con le altre associazioni regionali di ANCI). Si ritiene di sconsigliarla caldamente.

ANCI ha, inoltre, ipotizzato alcuni scenari “alternativi”, che peraltro coinvolgono tutti i servizi svolti dalle cooperative/aziende, non solo quelli inclusi nella norma di legge sopra richiamata.

Ad esempio, abbiamo fatto un quadro generale sulle

Attività sospese:

Per la sospensione dei servizi si applicano l'art. 107 del Codice dei Contratti e il D.M. 49/2018. Se la sospensione per eventi imprevisti non supera i sei mesi, non è previsto alcun pagamento del corrispettivo. Ai fini della sua applicazione, la sospensione deve essere formalmente disposta dal RUP o dal DEC. Si ricorda che la sospensione delle attività deve essere comunicata ufficialmente per iscritto da parte della Pubblica Amministrazione.

La sospensione infatti, non è automatica. Opera di diritto solo per quanto riguarda ad esempio la chiusura degli edifici (ad es. le scuole), ma non per gli appalti di servizi che devono essere eseguiti all'interno (ad es. manutenzione, ecc).

Tuttavia la sospensione potrebbe avere un vantaggio, in quanto all'art. 23 del D.M. 49/2018 è previsto che alla ripresa del servizio, passata nel nostro caso l'emergenza epidemiologica, venga fissato “un nuovo termine contrattuale”, ossia una nuova data per la ultimazione del servizio stesso. In buona sostanza è possibile una prosecuzione del servizio che consenta di recuperare il periodo di sospensione (e di recuperare i costi degli investimenti), e questo prescindendo dalla previsione di eventuali proroghe contrattuali, senza “erodere” eventuali proroghe previste negli atti di gara.

Una volta terminata l'emergenza, vi sarà una “dilazione” della durata del contratto (es. se il contratto scade il 31.12.2020 ed è stato sospeso per tre mesi, da normativa il nuovo termine sarà fissato per il 31.03.2021).

Attività ridotte:

Per fronteggiare i costi rimasti in carico alle aziende per la riduzione delle attività a causa dell'emergenza COVID 19, è possibile percorrere la strada della rinegoziazione delle prestazioni e/o del prezzo del servizio (da rivedere in aumento).

Va definito l'importo complessivo che si intende recuperare.

Se quest'ultimo è contenuto entro i limiti delle soglie comunitarie (€ 214.000 per i settori ordinari ed € 750.000 per i servizi sociali), e comunque entro il 10% del valore del contratto, si applica il

secondo comma dell'art. 106 del D.Lgs. n. 50 del 2016 s.m.i. Il contratto è liberamente rinegoziabile tra le parti.

È inoltre contemplata la necessità di eventuali interventi sui contratti in corso per rideterminare oggetto e tempi della prestazione, in ragione di circostanze impreviste e imprevedibili (il Covid 19 ne è un esempio). Nel caso in cui l'importo da recuperare sia superiore alle soglie sopra richiamate, è necessario chiedere una modifica del prezzo citando l'art. 106 comma 1 lettera c) del Codice dei Contratti Pubblici (istituto delle “varianti in corso d'opera”, che consente la modifica del contratto nella seguente ipotesi: “*la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore... Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o “provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti”*”. In questo caso la procedura della cosiddetta variante è più articolata rispetto alla precedente e richiede alcuni adempimenti ulteriori, previsti dal comma 5 dell'art. 106.

Nel caso dell'art. 106 comma 1 lett. c) ci si riferisce sempre a modifiche che non eccedono il 50% del valore del contratto iniziale (art. 106 comma 7).

Il fatto stesso che si riducano o modifichino le prestazioni e che tale riduzione è originata da un evento imprevisto e/o da vari DPCM o D.L. del Governo fa sì che si è in presenza di una variante di fatto necessaria e già conclamata, che la P.A. non può ignorare e su cui dovrà provvedere e/o in qualche modo accettare la rinegoziazione.

Come già ribadito nel punto precedente si sottolinea che l'art. 106 del Codice dei Contratti si applica alla riduzione e/o aumento delle prestazioni.

Né la P.A. si potrà giustificare invocando il cd. rischio di impresa, in quanto quest'ultimo è a carico dell'imprenditore solo per il cd. rischio controllabile e non per l'incontrollabile. Per rischio di impresa non si intende che le imprese devono sobbarcarsi l'aumento dei costi legati alla pandemia, evento imprevedibile, incontrollabile, incalcolabile, rientrando nel rischio di impresa solo le situazioni che l'operatore economico poteva governare prima dell'inizio dell'appalto, al momento della stipula del contratto.

In linea generale è fondamentale che si faccia uno screening attento di tutti i contratti in corso, per vedere caso per caso che strada intraprendere.

Ulteriori attività richieste (prestazioni in aumento):

In questo caso abbiamo tre strade:

1. si può applicare l'art. 106 primo comma lett. b) del D.Lgs. n. 50 del 2016 s.m.i., che disciplina i lavori, i servizi e le forniture supplementari, sempre nei limiti del 50% del valore del contratto iniziale;
2. si può applicare l'art. 106 comma 12 del Codice dei Contratti, ossia il quinto d'obbligo (“La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel

contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto”).

3. si può applicare infine, l'art. 163 del Codice dei Contratti (Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile).

Quando la S.A. non è in grado di rispettare la “sacralità” degli affidamenti e quando è necessario superare tutti i presupposti burocratici, si applica la norma dell'art. 163, che consente di affidare lavori e servizi di somma urgenza in forma diretta ad uno o più operatori economici individuati dal RUP o dal tecnico dell'amministrazione competente “entro il limite di euro 200.000 o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità”. Inoltre il comma 8 della norma consente affidamenti diretti anche al di sopra dei limiti sopra evidenziati, per un arco di tempo limitato.

Stante la disamina giuridica sopra riportata Anci propone le seguenti linee guida che le Stazioni Appaltanti potranno seguire per affrontare il tema dei Contratti di affidamento di servizi che hanno subito delle sospensioni o interruzioni legate all'emergenza in atto.

Le soluzioni di seguito riportate danno delle indicazioni che potranno essere applicate in modo diverso in base al tipo e struttura del contratto, alla tipologia del servizio. Per questo sono stati contemplati tutti gli istituti giuridici attualmente attivabili.

PRIMA SOLUZIONE: RINEGOZIAZIONE

Qualora la stazione appaltante, sentito l'appaltatore ravvisi le **condizioni per la prosecuzione del servizio**, nel rispetto delle prescrizioni governative per lavorare in sicurezza ed evitare il diffondersi del COVID-19, può procedere alla rinegoziazione del contratto, mettendo in atto tutte le misure di sicurezza necessarie e riprogettare il servizio, con le conseguenti variazioni economiche, ai sensi dell'art. 106 del D.Lgs. 50/2016, che offre diverse possibilità per modificare le condizioni del contratto in corso di esecuzione.

SECONDA SOLUZIONE: SOSPENSIONE

La stazione appaltante può ordinare la sospensione del servizio ai sensi dell'articolo 107 del D.Lgs. 50/2016 e del decreto 7 marzo 2018, n. 49. In questo caso non è possibile riconoscere alcun compenso all'operatore economico.

Cessate le cause della sospensione, il RUP disporrà la ripresa dell'esecuzione e indicherà il nuovo termine contrattuale.

Si ritiene che la sospensione, visto che non prevede un riconoscimento economico per l'impresa, vada contemplata con le valutazioni connesse all'impatto sociale ed economico, che l'utilizzo di

questo istituto potrebbe avere nel breve e medio periodo, sul contesto e gli operatori economici di riferimento.

TERZA SOLUZIONE: RICONOSCIMENTO COSTI FISSI

La stazione appaltante può riconoscere i costi fissi non comprimibili sostenuti dall'operatore, anche in assenza dell'erogazione delle prestazioni, quali a titolo esemplificativo e non esaustivo: ammortamenti, noli/leasing/locazioni/licenze, gestione mezzi, sicurezza, spese generali.

Per giungere alla quantificazione di tali costi si propone di analizzare le singole voci di costo dell'offerta presentata, detraendo dal corrispettivo dell'appalto il costo del lavoro e delle voci di costo variabili (ad esempio costi per prodotti, DPI per il personale, ecc.), non sostenute dall'appaltatore nel periodo di sospensione del servizio, riconoscendo i soli costi fissi.

Presentiamo di seguito, “a titolo indicativo”, alcuni esempi settoriali:

ESEMPIO PULIZIE (la % costo del lavoro e la % altri costi sono riferite al fatturato)

	% costo lavoro	% altri costi	di cui costi variabili	di cui costi fissi
Ipotesi 1	80,00%	20,00%	35,00%	65,00%
Ipotesi 2	85,00%	15,00%	20,00%	80,00%

Oppure

ESEMPIO PULIZIE (le % sono riferite al fatturato)

	% costo lavoro	% altri costi	costi variabili	costi fissi
Ipotesi 1	80,00%	20,00%	7,00%	13,00%
Ipotesi 2	85,00%	15,00%	3,00%	12,00%

ESEMPIO centri diurni Disabilità e Anziani (le % sono riferite al fatturato)

	% costo lavoro	% altri costi	costi variabili	costi fissi
Ipotesi	70,00%	30,00%	7,00%	23,00%

ESEMPIO Doposcuola/CAG (le % sono riferite al fatturato)

	% costo lavoro	% altri costi	costi variabili	costi fissi
Ipotesi	80,00%	20,00%	5,00%	15,00%

ESEMPIO Nidi d'infanzia

Ipotesi	% costo lavoro	% altri costi	costi variabili	costi fissi
	72,00%	28,00%	5,00%	23,00%

ESEMPIO Trasporti sociali e sanitari

Ipotesi	% costo lavoro	% altri costi	costi variabili	costi fissi
	60,00%	40,00%	8,00%	32,00%

ESEMPIO Manutenzioni del verde, centri di raccolta materiali.

Ipotesi	% costo lavoro	% altri costi	costi variabili	costi fissi
	80,00%	20,00%	7,00%	13,00%

ESEMPIO Guardiania centri di raccolta materiali

Ipotesi	% costo lavoro	% altri costi	costi variabili	costi fissi
	90,00%	10,00%	3,00%	7,00%

Per poter praticare questa soluzione è necessario che si proceda ad una rinegoziazione del contratto, ai sensi dell'art. 106 del D.Lgs. 50/2016, adottando le misure di sicurezza che saranno necessarie, nel rispetto delle direttive che saranno impartite dagli enti preposti, e in questa sede, qualora l'appaltatore lo richieda, si potranno riconoscere e rimborsare i costi fissi dallo stesso sostenuti nel periodo di interruzione del servizio, intervenuta per cause di forza maggiore, indipendenti dalla volontà delle parti.

SERVIZI EDUCATIVI E SCOLASTICI, DI CUI ALL'ART. 2 DEL DECRETO LEGISLATIVO 13 APRILE 2017, N. 65 (nidi e micronidi, sezioni primavera, spazi gioco, centri per bambini e famiglie, servizi educativi in contesto domiciliare) E ATTIVITÀ SOCIOSANITARIE E SOCIOASSISTENZIALI NEI CENTRI DIURNI PER ANZIANI E PER PERSONE CON DISABILITÀ

Laddove possibile si applica l'articolo 48 del D.L. 18/2020 convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27

Ai sensi dell'articolo 48 del D.L. 18/2020 le pubbliche amministrazioni forniscono, avvalendosi del personale disponibile, già impiegato in tali servizi, dipendente da soggetti privati che operano in convenzione, concessione o appalto, prestazioni in forme individuali domiciliari o a distanza o resi nel rispetto delle direttive sanitarie negli stessi luoghi ove si svolgono normalmente i servizi senza ricreare aggregazione. Tali servizi si possono svolgere secondo priorità individuate dall'amministrazione competente, tramite coprogettazioni con gli enti gestori, impiegando i medesimi operatori ed i fondi ordinari destinati a tale finalità, alle stesse condizioni assicurative sinora previsti, anche in deroga a eventuali clausole contrattuali, convenzionali, concessorie, adottando specifici protocolli che definiscano tutte le misure necessarie per assicurare la massima tutela della salute di operatori ed utenti.

Durante la sospensione dei servizi educativi e scolastici e dei servizi sociosanitari e socioassistenziali di cui al comma 1 del presente articolo, le pubbliche amministrazioni sono autorizzate al pagamento dei gestori privati dei suddetti servizi per il periodo della sospensione, sulla base di quanto iscritto nel bilancio preventivo. Le prestazioni convertite in altra forma, previo accordo tra le parti secondo le modalità indicate al comma 1 del presente articolo, saranno retribuite ai gestori con quota parte dell'importo dovuto per l'erogazione del servizio secondo le modalità attuate precedentemente alla sospensione e subordinatamente alla verifica dell'effettivo svolgimento dei servizi. Sarà inoltre corrisposta un'ulteriore quota che, sommata alla precedente, darà luogo, in favore dei soggetti cui è affidato il servizio, ad una corresponsione complessiva di entità pari all'importo già previsto, al netto delle eventuali minori entrate connesse alla diversa modalità di effettuazione del servizio stesso. La corresponsione della seconda quota, sarà corrisposta previa verifica dell'effettivo mantenimento, ad esclusiva cura degli affidatari di tali attività, delle strutture attualmente interdette, tramite il personale a ciò preposto, fermo restando che le stesse dovranno risultare immediatamente disponibili e in regola con tutte le disposizioni vigenti, con particolare riferimento a quelle emanate ai fini del contenimento del contagio da Covid-19, all'atto della ripresa della normale attività.

Le indicazioni riportate nel presente documento possono essere oggetto di modifiche determinate dall'evolvere della normativa in materia.