

Prot. n. 8000/All

Ancona, 12 luglio 2022

Con la presente istanza si chiede di esprimere un parere sulla parziale derogabilità delle clausole negoziali di cui al contratto tipo di appalto allegato come n. 2 all'ordinanza n. 19 del 7 aprile 2017 del Commissario straordinario e successive modificazioni al testo contrattuale apportate con l'allegato n. 2 dell'ordinanza n. 28 del 9 giugno 2017, tenendo conto delle seguenti

PREMESSE

1. La normativa di rango primario relativa al contratto di appalto da concludere per regolare la ricostruzione degli immobili appartenenti a soggetti privati è contenuta nel d.l. 17.10.2016 n. 189 (d.sisma). Le norme che prendono in considerazione il contratto d'appalto per la ricostruzione privata sono le seguenti:

- in merito alla disciplina applicabile ai contratti per l'esecuzione dei lavori per la ricostruzione di edifici appartenenti a soggetti privati, l'art. 6, comma 12, d.sisma prevede: «*Ferma restando l'esigenza di assicurare il controllo, l'economicità nell'utilizzo delle risorse pubbliche, i contratti stipulati dai privati beneficiari di contributi per l'esecuzione dei lavori e per l'acquisizione di beni e servizi connessi agli interventi di cui al presente articolo, **non sono ricompresi tra quelli***

previsti dall'art. 1, comma 2, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50»;

- in merito a quello che può essere sin da subito definito come contenuto minimo/necessario del contratto d'appalto per lavori da eseguirsi su immobili privati: (i) l'art. 30, comma 13, d.sisma prevede: «*Ai contratti, subappalti e subcontratti relativi agli interventi di ricostruzione pubblica e privata, **si applicano** le disposizioni in materia di **tracciamento dei pagamenti** di cui agli articoli 3 e 6 della legge 13 agosto 2010 n. 136 e successive modificazioni*»; (ii) l'art. 31, comma 1, d.sisma prevede: «*nei contratti per le opere di ricostruzione stipulati tra privati è sempre obbligatorio **l'inserimento della clausola di tracciabilità finanziaria**, che deve essere debitamente accettata ai sensi dell'art. 1341 secondo comma del codice civile. Con detta clausola l'appaltatore assume gli obblighi di cui alla legge 13 agosto 2010 n. 136 e successive modificazioni, nonché quello di dare immediata comunicazione alla Struttura di cui all'articolo 30 dell'eventuale inottemperanza dei propri subappaltatori o subaffidatari agli obblighi di tracciamento*»; (iii) l'art. 31, comma 5, d.sisma prevede che «*Nei contratti tra privati di cui al comma 1, si applicano, **in caso di cancellazione dall'Anagrafe di cui all'articolo 30, comma 6, dell'operatore economico interessato a qualunque titolo ai lavori di ricostruzione, le disposizioni di cui all'articolo 94, comma 2, del citato decreto legislativo n. 159 del 2011. Conseguentemente, in tutti i contratti, e subcontratti della filiera, di cui al presente articolo, è apposta una clausola risolutiva espressa, di cui all'articolo 1456 del codice civile. Il mancato inserimento di tale clausola determina la nullità del contratto, ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile***»; (iv) l'art. 31, comma 6, d.sisma prevede che «*Nei contratti fra privati è possibile subappaltare lavorazioni previa*

autorizzazione del committente e nei limiti consentiti dalla vigente normativa. In tale ipotesi, il contratto deve contenere, a pena di nullità, la dichiarazione di voler procedere al subappalto, con l'indicazione delle opere e delle quantità da subappaltare. Prima dell'inizio delle lavorazioni deve essere in ogni caso trasmesso l'addendum al contratto di appalto contenente l'indicazione delle imprese subappaltatrici, le quali devono essere iscritte nell'Anagrafe di cui all'articolo 30, comma 6. Sono nulle tutte le clausole che dispongono il subappalto al di fuori dei casi e dei limiti sopra indicati»;

- in merito alla scelta del contraente va rilevato che: (i) l'art. 6, comma 13 d.sisma prevede che «*La selezione dell'impresa esecutrice da parte del beneficiario dei contributi è compiuta esclusivamente tra le imprese che risultano iscritte nell'Anagrafe di cui all'articolo 30*»; (ii) l'art. 8, comma 8, lett. c), d.sisma prevede che i lavori di importo superiore a 258.000 euro debbano essere assegnati a operatori «*in possesso della qualificazione ai sensi dell'articolo 84 del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*»; (iii) l'art. 30, comma 14, seconda parte, d.sisma stabilisce speciali regole per evitare che i lavori possano essere trasferiti a soggetti diversi dall'affidatario in quanto stabilisce che: «*[...] in caso di cessione di azienda o di un suo ramo, ovvero di altra operazione atta a conseguire il trasferimento del contratto a soggetto diverso dall'affidatario originario [...] i contratti e accordi diretti a realizzare il trasferimento sono nulli relativamente al contratto di appalto per affidamento di lavori, servizi o forniture di cui sopra*»;

- in merito a speciali cause di scioglimento del contratto l'art. 30, comma 14, d.sisma prevede che «*In caso di fallimento o di liquidazione coatta dell'affidatario di lavori, servizi o forniture di cui al comma 1, nonché in tutti gli altri casi previsti dall'articolo 80, comma 5,*

lettera b), del citato decreto legislativo n. 50 del 2016, il contratto di appalto si intende risolto di diritto e la Struttura dispone l'esclusione dell'impresa dall'Anagrafe. La stessa disposizione si applica anche in caso di cessione di azienda o di un suo ramo, ovvero di altra operazione atta a conseguire il trasferimento del contratto a soggetto diverso dall'affidatario originario; in tali ipotesi, i contratti e accordi diretti a realizzare il trasferimento sono nulli relativamente al contratto di appalto per affidamento di lavori, servizi o forniture di cui sopra».

2. Alla luce di quanto premesso al § 1) che precede, si deve prendere atto che a livello di **normativa primaria non esistono regole che pongono limiti generali all'autonomia contrattuale di cui all'articolo 1322 del codice civile** in quanto:

a. non si applicano le norme speciali del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs 50/2016 (art. 6, comma 12 d.sisma), come anche chiarito dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. Un., 31 ottobre 2019, n. 28213) secondo cui «i lavori in discussione non sono pubblici, condizione quest'ultima che il D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, richiede invece come indispensabile per la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»;

b. sono unicamente disposti gli speciali limiti prima indicati relativi: (i) alla scelta del contraente (art. 6, comma 13, e art. 8, comma 8, lett. c, d.sisma) e alla limitazione della circolazione del contratto (art. 30, comma 14, seconda parte, d.sisma); (ii) al rispetto della normativa in merito alla tracciabilità finanziaria (art. 30 d.sisma) con conseguente previsione da inserire nel contratto (art. 31, comma 1, d.sisma); (iii) all'operatività dell'articolo 94, comma 2, del decreto legislativo n. 159 del 2011 (art. 31, comma 5, d.sisma) relativo alla cancellazione dell'operatore economico

dall'anagrafe antimafia e conseguente inserimento di clausola risolutiva espressa nel contratto d'appalto per tale evenienza; (iv) alla previsione della clausola che consente in via preventiva il subappalto con indicazione delle opere e delle quantità (art. 31, comma 6, d.sisma).

Si può quindi affermare che il d.sisma **non deroga alla disciplina del contratto d'appalto come disciplinato dal codice civile, salvi i limiti di cui sopra che modellano quello che può essere definito il contenuto minimo/necessario del contratto d'appalto per la ricostruzione di edifici privati.**

3. In base all'art. 2 d.sisma il Commissario straordinario assolve le funzioni previste dal comma 1 anche attraverso le ordinanze che egli può adottare ai sensi del comma 2 *«nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'ordinamento europeo».*

4. Con l'ordinanza n. 19 del 7 aprile 2017 il Commissario straordinario ha elaborato un contratto tipo di appalto per la ricostruzione privata (sostituito con il testo poi allegato come n. 2 all'ordinanza n. 28 del 9 giugno 2017) e ribadito quanto già previsto dal d.sisma in merito al c.d. contenuto minimo/necessario dell'appalto per la ricostruzione privata.

In particolare, l'art. 23 dell'ordinanza n. 19 prima indicata dispone:

*«1. Ai fini della predisposizione del contratto di appalto da stipulare con l'impresa affidataria dei lavori, selezionata con le modalità di cui al precedente articolo 8, comma 2, lettera b), i soggetti ammessi ai contributi **si***

avvalgono del contratto tipo di cui allo schema in Allegato 2 alla presente ordinanza.

2. Il contratto di appalto **contiene obbligatoriamente le clausole relative** alla tracciabilità dei flussi finanziari come stabilito agli articoli 30, comma 13, e 31, comma 1, del decreto legge. In caso di inosservanza si applicano i commi 2, 3 e 4 del predetto articolo 31 del decreto legge.

3. Nel caso di cui all'articolo 31, comma 6, del decreto legge, la volontà dell'impresa affidataria di subappaltare alcune lavorazioni speciali nel limite del 50 per cento e comunque nei termini stabiliti dalla legislazione vigente in materia di appalti pubblici **deve risultare espressamente dal contratto d'appalto. Quest'ultimo deve contenere l'indicazione delle imprese subappaltatrici, le quali devono essere iscritte all'Anagrafe antimafia di cui all'articolo 30 del decreto legge e in possesso di idonea qualificazione per le lavorazioni specialistiche, nonché l'importo dei lavori affidati.**

4. Nell'ipotesi di cui al precedente comma 3, il subappalto non può essere affidato sulla base di ribassi maggiori del 20% sui prezzi del contratto di appalto, e il contratto di subappalto deve prevedere l'obbligo dell'impresa affidataria di provvedere, per ogni stato di avanzamento e per lo stato finale, al pagamento del subappaltatore entro 30 giorni dalla riscossione della relativa quota di corrispettivo. Il direttore dei lavori vigila sull'osservanza delle prescrizioni di cui al presente comma e ne attesta il rispetto con esplicita dichiarazione sullo stato di avanzamento lavori e sullo stato finale».

Ai commi 2, 3 e 4 è stato richiamato l'obbligo già previsto dal d.sisma (come visto in precedenza) di inserire nel contratto tra privati il c.d. contenuto minimo/necessario: il comma 2 dell'articolo 23 è molto chiaro quando fa riferimento al fatto che il contratto «contiene obbligatoriamente le clausole relative alla tracciabilità».

In relazione al contenuto del contratto per la ricostruzione privata, le previsioni dell'ordinanza n. 19 non hanno pertanto introdotto regole giuridiche diverse e ulteriori rispetto a quanto già previsto dal d.sisma, ciò anche perché - come rilevato al § 2 che precede - le ordinanze devono essere coerenti con le regole e i principi generali del sistema, e dunque con la regola e il principio fondamentale dell'autonomia contrattuale. Le limitazioni dell'autonomia contrattuale sono dunque soltanto quelle specificamente prescritte dalla normativa primaria del d.sisma prima analizzate al § 1.

Quanto appena detto si pone in linea con le conclusioni cui si perviene nel Parere dell'Ufficio giuridico del Commissario straordinario del 29.03.2021 (a firma del Prof. Avv. Pierluigi Mantini, del Cons. dr. Paolo Carpentieri e dell'Avv. Alessandro Jacoangeli). In questo parere, difatti, si ribadisce che gli interventi del Commissario straordinario sono sempre armonici con i principi generali dell'ordinamento e che il contratto d'appalto per la ricostruzione privata è soggetto alle norme del codice civile e, solo per peculiari aspetti, alle regole speciali dettate per la ricostruzione. In questa prospettiva, nel richiamato parere è altresì chiarito che il contratto d'appalto per la ricostruzione privata non va considerato come un *tertium genus* di contratto, tra l'appalto pubblico e quello privato, ma si tratta di un comune contratto di diritto privato al quale si applicano alcune specifiche regole speciali giustificate dal contesto. Per comodità si riporta il passaggio del parere *«Queste forme di confusione, o di ibridazione dei diversi ambiti normativi, determinano un disorientamento e una complicazione nelle attività degli uffici e degli operatori economici, dando vita ad una sorta di tertium genus non necessario e dai contorni incerti o*

*occasionalmente definiti. Occorre subito premettere che l'intera ispirazione che muove l'azione del Commissario straordinario, lungo la via della semplificazione e della certezza giuridica, è dettata dal convincimento della salvezza dei principi generali dell'ordinamento e delle partizioni consolidate del diritto positivo, ricorrendo alle fattispecie di "diritto speciale" solo nei casi strettamente necessari per la miglior cura degli interessi generali alla speditezza e all'efficienza della ricostruzione. Questa premessa di principio ci consente di poter affermare, con la dovuta chiarezza, **che nella ricostruzione privata non sono applicabili gli istituti del codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, ma occorre invece applicare le norme del codice civile (capo VII, Titolo IV), del Testo unico dell'edilizia e della legislazione ordinaria di riferimento, fatte salve le norme speciali in tema di concessione del contributo e di disciplina degli interventi** (art.12 decreto legge 189/2016, come novellato dal decreto 76/2020, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n.120)».*

A conferma delle precedenti conclusioni va richiamato (a mo' di prova controfattuale)

- in particolare, quanto previsto dall'art. 5, comma 4, primo periodo, d.sisma secondo cui «Per l'erogazione dei finanziamenti agevolati di cui al comma 3, i soggetti autorizzati all'esercizio del credito operanti nei territori di cui all'articolo 1, possono contrarre finanziamenti, **secondo contratti tipo definiti con apposita convenzione stipulata con l'Associazione bancaria italiana,** assistiti dalla garanzia dello Stato, ai sensi dell'articolo 5, comma 7, lettera a), secondo periodo, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, al fine di concedere finanziamenti agevolati assistiti dalla garanzia dello Stato ai

soggetti danneggiati dall'evento sismico». Il contenuto dei contratti di finanziamento non può essere determinato dai privati ma deve essere quello del contratto tipo regolato e previsto dalla specifica norma ordinaria appena richiamata;

- ma anche quanto previsto dall'art. 6, comma 11, d.sisma secondo cui *«In deroga agli articoli 1120, 1121 e 1136, quinto comma, del codice civile, gli interventi di recupero relativi ad un unico immobile composto da più unità immobiliari possono essere disposti dalla maggioranza dei condomini che comunque rappresenti almeno la metà del valore dell'edificio. In deroga all'articolo 1136, quarto comma, del codice civile, gli interventi ivi previsti devono essere approvati con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno un terzo del valore dell'edificio»*; le deroghe alle norme primarie del codice civile richiamate dalla citata norma del d.sisma sono espressamente disposte dal medesimo d.sisma.

5. Alla luce di questo contesto normativo (delineato dal d.sisma e dell'ordinanza n. 19) gli operatori economici e i privati hanno spesso utilizzato il contratto tipo allegato all'ordinanza 19 senza apportare modifiche.

6. In alcune situazioni si è registrata l'esigenza di modificare il contratto tipo. In particolare, la necessità di modificare il contratto tipo deriva, tra le altre cose, dell'esigenza di inserire previsioni contrattuali che tengano conto sia dei possibili incentivi fiscali ai quali possono accedere i soggetti che devono ristrutturare/ricostruire gli edifici danneggiati dal sisma 2016, sia delle peculiari esigenze del sistema bancario/finanziario e del mercato delle materie prime, al fine di contemperare gli

interessi di tutti i soggetti coinvolti nella ricostruzione privata. E cioè i proprietari degli immobili danneggiati e gli operatori economici che devono procedere alla ricostruzione in virtù dei contratti d'appalto.

In questa prospettiva è altresì rilevante richiamare i principi fondamentali espressi dal d.sisma e cioè

a. la finalità di disciplinare *«gli interventi per la riparazione, la ricostruzione, l'assistenza della popolazione e la ripresa economica nei territori delle Regioni Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria interessati dagli eventi sismici»* (art. 1, comma 1, d.sisma), e ciò anche attraverso l'attività del Commissario straordinario cui è assegnato il ruolo di assicurare *«una ricostruzione unitaria e omogenea»* (art. 1, comma 7, d.sisma);

b. l'esigenza di *«assicurare il controllo, l'economicità e la trasparenza delle risorse pubbliche in relazione ai contratti stipulati dai privati per l'esecuzione dei lavori e per l'acquisizione di beni e servizi connessi»* alla ricostruzione (art. 6, comma 12, d.sisma).

Dall'esame di questi interessi emerge, in primo luogo, la necessità di apprestare tutela prevalente all'esigenza di non alterare l'uso delle risorse pubbliche e il controllo dell'impiego delle medesime. Ferma questa esigenza, gli altri interessi in gioco sono quello dei privati alla riparazione dei propri edifici, quello degli operatori economici privati di poter agire nel rispetto delle regole dell'attività di impresa nonché quello pubblico e generale di veder rigenerato il territorio nel modo più veloce ed efficiente possibile. Questi interessi non richiedono che il contratto tipo di appalto debba essere considerato immodificabile nella sua interezza. Infatti, una volta tenute ferme le previsioni che garantiscano il controllo e la trasparenza dell'uso delle risorse

pubbliche, di tutte le altre previsioni negoziali è giustificabile la modifica, anzi la modifica è auspicabile nella misura in cui essa risponde a dare attuazione agli interessi sopra detti al fine di rendere più veloce ed efficiente la rigenerazione dei territori colpiti dal sisma.

* * *

TENUTO CONTO DELLE SUPERIORI PREMESSE E CONSIDERAZIONI

si reputa valida e ammissibile la modifica del contratto tipo che non si spinga a toccare le previsioni che delineano il c.d. contenuto minimo/necessario (e cioè le clausole che applicano le previsioni elencate al § 1 che precede) per i seguenti

MOTIVI

a. le previsioni della normativa primaria di cui al d.sisma non stabiliscono per il contratto d'appalto da concludere per la ricostruzione di edifici privati un regime speciale ma contemplano unicamente degli specifici limiti da rispettare a pena di nullità; pertanto, tenuti fermi questi limiti, le parti sono libere di convenire il contenuto dell'appalto;

b. il principio generale dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 del codice civile che consente ai contraenti di stabilire il contenuto contrattuale non è stato derogato dal d.sisma ma è stato interessato soltanto dalle specifiche limitazioni espressamente disposte dal d.sisma ed elencate al §

1; al contrario, per rendere obbligatorio lo schema tipo per i contratti di finanziamento agevolato è stata necessaria la previsione normativa ordinaria di cui all'art. 5, comma 4 d.sisma;

c. le ordinanze del Commissario straordinario non possono derogare alla regola generale in base alla quale i privati possono stabilire il contenuto dei contratti sulla base dell'autonomia contrattuale e delle norme del codice civile, come anche chiarito dal Parere dell'Ufficio giuridico del Commissario straordinario del 29.03.2021;

d. l'ordinanza n. 19 non deroga, in ogni caso, all'autonomia privata perché non dispone espressamente che i privati non possono stabilire il contenuto del contratto d'appalto per la ricostruzione privata in modo diverso dallo schema del contratto tipo;

e. in coerenza con quanto appena detto, il contratto di appalto tipo allegato all'ordinanza n. 19 non si caratterizza per la sua assoluta e totale inderogabilità da parte dei privati contraenti perché: (i) al comma 1 dell'art. 23 di tale ordinanza è previsto che i privati «*si avvalgano*» del contratto, dove il concetto di “avvalersi” implica una facoltà e non una imposizione, altrimenti si sarebbero utilizzati altri termini quali “devono utilizzare” / “hanno l'obbligo di concludere il contratto secondo il contratto tipo”; formule non impiegate in ragione della natura del contratto d'appalto per la ricostruzione privata che rimane un contratto regolato dal codice civile e il cui contenuto (salvi i limiti più volte indicati) è sempre rimesso all'autonomia dei privati che non ha trovato una generale limitazione (come in precedenza indicato) in leggi speciali; (ii) la facoltà (e non l'obbligo, con la salvezza tuttavia delle clausole che compongono il c.d. contenuto

minimo/necessario che devono *ex lege* essere inserite nel contratto) di utilizzare il contratto tipo è confermata al comma 2 dell'art. 23 dove è previsto che il contratto «*contiene obbligatoriamente le clausole sulla tracciabilità dei flussi*»: qualora l'intero testo del contratto tipo fosse stato obbligatorio e imposto, la previsione del comma 2 in parola non avrebbe avuto senso perché *ogni clausola* (e dunque non solo quelle di cui è stato necessario sancire la obbligatorietà) del contratto tipo sarebbe stata obbligatoria;

f. la previsione del contratto tipo obbligatorio per i contratti di finanziamento agevolati è stata dettata dalla normativa primaria del d.sisma con l'articolo 5, comma 4; la normativa primaria, invece, nulla dispone in merito al contratto tipo di appalto per la ricostruzione privata. Pertanto, la predisposizione dello schema allegato all'ordinanza n. 19 non rappresenta un'imposizione (come per i contratti di finanziamento che devono adeguarsi allo schema) ma una facilitazione per i privati. I privati, infatti, possono anche non avvalersi di professionisti per la redazione del contratto perché hanno a disposizione lo schema già elaborato dal Commissario ma, al contempo, conservano la facoltà di avvalersi della loro libertà contrattuale di determinare (se volessero) il contenuto del contratto, nei limiti previsti dalla normativa primaria del d.sisma;

g. la modifica del contratto tipo, e comunque la possibilità dei privati di convenire un contenuto contrattuale diverso da quello dello schema-tipo sempre nei limiti previsti dal d.sisma come indicato al § 1), non contrastano con il principio fondamentale espresso dall'art. 6, comma 12, d.sisma dell'esigenza di controllare l'uso delle risorse pubbliche in quanto

nessuna previsione del contratto d'appalto privato potrà: (i) incidere sulla tracciabilità dei flussi finanziari; (ii) determinare un maggior onere a carico dello Stato perché il contributo concesso al privato non potrà mai subire variazioni per effetto del contratto di appalto qualche che sia il contenuto stabilito dai privati.

* * *

IN CONCLUSIONE, SI PONE IL SEGUENTE

QUESITO

se è ammissibile e valido, senza che ciò implichi altresì irregolarità di qualsiasi natura e conseguenze negative sul contributo concesso per la ricostruzione (ivi inclusa la revoca o la decadenza dal contributo), predisporre da parte dei privati beneficiari di contributo statale contratti d'appalto per la ricostruzione privata con un contenuto diverso da quello del contratto tipo allegato all'ordinanza 19 e 28 che rispetti in ogni caso tutte le previsioni di cui al d.sisma indicate al § 1) che precede e quelle richiamate ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 23 dell'ordinanza 19 considerate come obbligatorie e richieste *ex lege* e dunque non derogabili.