



Presidente

.....OMISSIS.....

Oggetto

Ricostruzione privata post-sisma 2009 – limiti percentuali al subappalto e alle anticipazioni di prezzo -
Richiesta parere.

FUNZ CONS 43/2022

Con nota pervenuta in data 12 maggio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 34483,OMISSIS..... ha chiesto un parere dell’Autorità in merito a due specifiche questioni.

La prima problematica attiene alla possibilità di applicare alle procedure private di selezione dell’operatore incaricato della ricostruzione l’incremento della percentuale di anticipazione prevista dall’articolo 1, comma 1-ter, decreto-legge n. 8 del 2017 convertito in legge 7 aprile 2017, n. 45.

La seconda questione attiene, invece, all’interpretazione dell’articolo 11, comma 6., del decreto-legge n. 78 del 2012 convertito in legge n. 125 del 2012 secondo cui: *“Fatto salvo quanto previsto dall’articolo 1656 del codice civile, le imprese affidatarie possono ricorrere al subappalto per le lavorazioni della categoria prevalente nei limiti della quota parte del trenta per cento dei lavori. Sono nulle tutte le clausole che dispongano il subappalto dei lavori in misura superiore o ulteriori subappalti”*. In particolare, tenuto conto delle significative modifiche che hanno interessato la materia del subappalto e, segnatamente, gli istituti di cui all’articolo 105 del Codice dei Contratti pubblici, l’istante ha chiesto il parere dell’Autorità in merito alla corretta interpretazione del limite percentuale individuato nelle previsioni speciali che regolano i contratti tra privati per la ricostruzione post-sisma, anche in considerazione del fatto che la previsione, analogamente alla disciplina vigente per gli affidamenti pubblici, è volta a perseguire l’affidabilità professionale degli operatori prescelti e, più in generale, la qualità delle opere.

In via preliminare, si evidenzia che la questione non attiene a materie di competenza dell’Autorità, esulando dall’ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici. Ed invero, il decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39 convertito con legge 7 agosto 2012, n. 1340 prevede l’erogazione di contributi a fondo perduto destinati alla ricostruzione, riparazione o acquisto di immobili a seguito del sisma del 2009. L’articolo 3-ter del decreto legge 5 agosto 2010, n. 125 convertito, con modificazioni, dalla legge 1 ottobre 2010, n. 163, e intitolato “Interpretazione autentica”, ha chiarito che «Le disposizioni di cui all’articolo 3, comma 1, lettere a), e) ed e-

bis), del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, si interpretano nel senso che i contributi a fondo perduto ivi previsti sono concessi ai privati a titolo di indennizzo per il ristoro, in tutto o in parte, dei danni causati dal sisma del 6 aprile 2009 ad edifici di proprietà privata. Conseguentemente i contratti stipulati dai beneficiari per la esecuzione di lavori e per l'acquisizione di beni e servizi connessi non si intendono ricompresi tra quelli previsti dall'articolo 32, comma 1, lettere d) ed e), del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163». Inoltre, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 15285/2016, affrontando una questione relativa alle procedure di appalto indette in seguito al sisma del 2009, hanno confermato che «Non è riscontrabile nella specie la sussistenza di un obbligo, per il soggetto appaltante, di seguire nella scelta dell'appaltatore procedure ad evidenza pubblica prescritte dal diritto comunitario o interno». I Giudici hanno affermato, altresì, la giurisdizione del giudice ordinario sulla questione, escludendo il carattere pubblico dei lavori.

Per quanto esposto, le procedure in esame devono ritenersi estranee all'applicazione del codice dei contratti pubblici e assoggettate alle norme del codice civile e alle disposizioni speciali di seguito riportate. Ciò nonostante, per mero spirito di collaborazione e in considerazione della rilevanza della questione, l'Autorità ritiene utile offrire alcune considerazioni al fine di giungere ad un'interpretazione della normativa applicabile che sia coerente con il quadro normativo e con l'intenzione del legislatore.

A tal fine si evidenzia che l'articolo 7 dell'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 4013 del 23 marzo 2012, recante "Misure urgenti per la semplificazione, il rigore, nonché il superamento dell'emergenza determinatasi nella regione Abruzzo a seguito del sisma del giorno 6 aprile 2009" stabilisce che «*Al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza nell'affidamento dei lavori e di prevenire infiltrazioni malavitose, le domande di contributo per la riparazione o la ricostruzione di edifici danneggiati o distrutti dal sisma del 6 aprile 2009 [...] devono essere corredate da almeno cinque offerte acquisite da imprese, nonché di almeno tre offerte acquisite da progettisti, individuati tra quelli compresi negli elenchi di cui al successivo articolo 8 al fine di consentire valutazioni comparative*»

Il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134, all'articolo 67-quater, rubricato «*Criteri e modalità della ricostruzione*», individua tre tipologie di possibili interventi: a) interventi singoli o in forma associata da parte dei privati; b) programmi integrati, nei casi in cui siano necessari interventi unitari, realizzati da privati costituiti in consorzi obbligatori; c) delega volontaria ai comuni, da parte dei proprietari, delle fasi della progettazione, esecuzione e gestione dei lavori, previa rinuncia ad ogni contributo o indennizzo loro spettante.

Il comma 4, ultimo capoverso, dell'articolo in esame, con riferimento alla modalità indicata con la lettera b), stabilisce che «*L'affidamento dei lavori da parte dei consorzi obbligatori avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, parità di trattamento e trasparenza ed è preceduto da un invito rivolto ad almeno cinque imprese idonee, a tutela della concorrenza*».

Il citato articolo 67-quater individua anche gli obiettivi che il comune dell'Aquila e i comuni del cratere perseguono nella ricostruzione post-sisma: 1) un elevato livello di qualità, in termini di vivibilità, salubrità e sicurezza nonché di sostenibilità ambientale ed energetica del tessuto urbano; 2) l'utilizzo di moderni materiali da costruzione e di avanzate tecnologie edilizie, anche per garantire il miglioramento sismico e il risparmio energetico; 3) l'utilizzo di moderne soluzioni architettoniche e ingegneristiche in fase di modifica degli spazi interni degli edifici.

Per quanto attiene ai contratti stipulati tra i privati e i soggetti affidatari per la redazione dei progetti e la realizzazione dei lavori di ricostruzione, il comma 8 del citato articolo 67-quater ne prevede la forma scritta a pena di nullità e individua un contenuto necessario. In particolare, per quanto qui di interesse, è previsto che il contratto:

- indichi i requisiti di ordine generale e di qualificazione del professionista e dell'impresa, indicando espressamente le esperienze pregresse e il fatturato degli ultimi cinque anni, nonché la certificazione antimafia e di regolarità del documento unico di regolarità contributiva;
- contenga la dichiarazione di volere procedere al subappalto dell'esecuzione dell'opera, ove autorizzato dal committente, indicando la misura e l'identità del subappaltatore.

La norma prevede, altresì, al fine di garantire la massima trasparenza e tracciabilità delle attività, l'istituzione di un elenco degli operatori economici interessati all'esecuzione degli interventi di ricostruzione, la cui iscrizione è subordinata alla verifica del possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/06 (vigente all'epoca dell'entrata in vigore della norma) e del nulla osta antimafia. Inoltre, è previsto che con successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti ulteriori requisiti minimi di capacità e di qualificazione dei professionisti e delle imprese che progettano ed eseguono i lavori di ricostruzione.

L'articolo 11, comma 4, del decreto-legge n. 78 del 2012 convertito in legge n. 125 del 2012 stabilisce che i contratti tra privati stipulati ai sensi dell'articolo 67-quater, comma 8, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, devono contenere, a pena di nullità, le informazioni di cui alle lettere a), b), c), d), e) ed f) del medesimo comma 8, l'attestazione SOA per le categorie e classifiche corrispondenti all'assunzione del contratto, nonché sanzioni e penali, ivi compresa la risoluzione del contratto, per il mancato rispetto dei tempi di cui alla predetta lettera e), e per ulteriori inadempimenti.

Il comma 6 della medesima disposizione dispone: "Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1656 del codice civile, le imprese affidatarie possono ricorrere al subappalto per le lavorazioni della categoria prevalente nei limiti della quota parte del trenta per cento dei lavori. Sono nulle tutte le clausole che dispongano il subappalto dei lavori in misura superiore o ulteriori subappalti. È fatto obbligo all'affidatario di comunicare al committente, copia dei contratti con il nome del sub-contraente, l'importo del contratto e l'oggetto dei lavori affidati. Il contratto per la realizzazione dei lavori di riparazione o ricostruzione non può essere ceduto, sotto qualsiasi forma, anche riconducibile alla cessione di ramo d'azienda, neanche parzialmente, a pena di nullità".

Dal quadro normativo sopra delineato appare evidente che il legislatore speciale, nel disciplinare le modalità di affidamento e di esecuzione dei contratti per la ricostruzione, abbia tratto ispirazione dalla normativa in materia di contratti pubblici, ritenendo la stessa adeguata a garantire il rispetto dei principi individuati dall'articolo 67-quater del decreto legge 83/2012 e dall'OCPC 4013/2012 (tutela della concorrenza, qualità e sicurezza delle opere realizzate; utilizzo di moderni materiali da costruzione e di avanzate tecnologie edilizie; utilizzo di moderne soluzioni architettoniche e ingegneristiche in fase di modifica degli spazi interni degli edifici). Nell'operare detto riferimento al codice dei contratti pubblici, il legislatore ha utilizzato due distinte tecniche normative: a volte, ha richiamato determinate previsioni facendo espresso richiamo all'articolo di interesse, altre volte ha riportato il contenuto delle norme senza far riferimento al numero dell'articolo. La prima soluzione è stata seguita, ad esempio, con riferimento ai requisiti di carattere generale degli operatori economici (articolo 67-quater del d.l. 83/2012, in cui è fatto espresso richiamo all'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006) e nel caso della risoluzione del contratto (articolo 11, comma 7, decreto legge 78/2015, laddove si richiama l'articolo 135, comma 1, del medesimo decreto). La seconda soluzione, invece, è stata seguita, ad esempio, laddove è stato previsto il possesso, in capo agli esecutori, delle

attestazioni SOA (senza far riferimento all'articolo 40 del decreto legislativo n. 163/06) o, per l'appunto, nel caso della disciplina del subappalto in cui viene ripreso il riferimento alla quota di attività subappaltabili prevista dall'allora vigente articolo 118 del decreto legislativo n. 163/2006 (30%) senza però fare espresso richiamo all'articolo in questione.

Con riferimento alla prima questione, si evidenzia che l'articolo 1, comma 1-ter del decreto legge 9 febbraio 2017, n. 8 ("nuovi interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016 e del 2017") convertito in legge 7 aprile 2017, n. 45, contiene un rinvio espresso alle previsioni del Codice, prevedendo che «*le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applicano anche agli interventi relativi al decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2009, n. 77, e ai relativi contratti stipulati ai sensi dell'articolo 11 del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125*».

La norma estende espressamente la disciplina dell'anticipazione del prezzo contenuta, per gli appalti pubblici, nell'articolo 35, comma 18, del Codice, anche ai lavori di ricostruzione post-sisma.

Sulla base di tale rinvio espresso, può ritenersi applicabile anche ai predetti lavori di ricostruzione post-sisma, disciplinati dalle norme richiamate, l'articolo 207 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34 (recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19») convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020 n. 77, contemplante la possibilità di incrementare l'importo dell'anticipazione prevista dall'articolo 35, comma 18, del decreto legislativo n. 50/2016, fino al 30 per cento, nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziata per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante.

Peraltro una interpretazione ampia della norma, volta ad estenderne anche oltre i casi espressamente previsti al comma 1, dell'articolo 207 cit. è stata fornita dal MIMS con circolare n. 112/2020, contenente indicazioni e chiarimenti sull'ambito applicativo della norma.

Resta fermo che l'aumento dell'anticipazione del prezzo previsto dall'articolo 207 del decreto legge 34/2020, costituisce una facoltà e non un obbligo per la stazione appaltante.

Come chiarito dall'Autorità, infatti, «L'aumento dal 20% al 30 % [previsto dalla norma], costituisce una "possibilità" per le stazioni appaltanti, al fine di attenuare le difficoltà economiche in cui versano le imprese a causa dell'emergenza sanitaria connessa alla diffusione del contagio da Covid-19 (la norma testualmente, dispone che l'importo "Può" essere incrementato fino al 30 per cento). Con riguardo all'inciso per cui la facoltà introdotta dall'articolo 207 del decreto legge n. 34/2020 può essere esercitata dalla stazione appaltante "nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziata per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante", il legislatore ha inteso porre all'erogabilità del beneficio il solo vincolo della disponibilità delle relative somme negli stanziamenti annuali previsti nel quadro economico dell'intervento (sul punto, si vedano i chiarimenti interpretativi del MIT R112 del 11/08/2020). Pertanto, da quanto sopra si ricava che, previa necessaria garanzia da parte dell'appaltatore, l'anticipazione di cui all'articolo 35, comma 18 del Codice è dovuta almeno nella misura del 20%. Quindi, in quanto obbligatorio, tale importo deve essere già previsto nel quadro economico dell'intervento. L'eventuale incremento dal 20% fino al 30% previsto dal c.d. "Decreto rilancio" è, invece, una facoltà rimessa in capo alla SA, nei limiti delle risorse disponibili» (parere MIMS n. 923/2021)» (parere Funz Cons 8/2022).

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto in ordine all'istituto dell'anticipazione del prezzo, l'articolo 207 del decreto legge 34/2020 citato può ritenersi applicabile anche ai lavori di ricostruzione post-sisma nel senso indicato.

Con riferimento alla seconda questione, l'Autorità ritiene che, per la soluzione del quesito posto dal ricorrente, possa ragionarsi, più che in termini formali, in termini sostanziali, cercando di ricostruire in via

interpretativa l'intenzione del legislatore. Orbene, utilizzando i criteri ermeneutici generali e tra questi i criteri sistematico e teleologico, si ritiene di poter affermare che il legislatore, nel richiamare le attestazioni SOA, abbia voluto riferirsi implicitamente alle attestazioni di qualificazione così come disciplinate dall'articolo 40 dell'allora vigente codice dei contratti pubblici. Allo stesso modo, quando ha individuato la quota di lavori subappaltabile riproponendo proprio la disciplina prevista dall'articolo 118 del decreto legislativo n. 163/06 è altamente probabile che abbia voluto replicare quella del codice dei contratti pubblici, ponendo in essere un rinvio implicito alla stessa. Sulla base di tali considerazioni, potrebbe quindi sostenersi che il legislatore, nel caso di specie, ha operato un rinvio implicito al richiamato articolo 118. Si ha, infatti, un rinvio normativo in tutti i casi in cui un determinato atto "*intende appropriarsi [richiamandolo] di un contenuto prescrittivo che è stato formulato in un atto diverso*" (*Rescigno*) e, quindi, potremmo aggiungere, indipendentemente dalla formulazione testuale utilizzata.

Sulla base di tali considerazioni, quindi, si potrebbe affermare che la previsione di cui all'articolo 11, comma 6, del decreto legge n. 78/2012 operi un rinvio implicito all'articolo 118 del decreto legislativo n. 163/06. Secondo la dottrina prevalente¹, è opportuno propendere per una interpretazione maggiormente favorevole alla dinamicità del rinvio, nel senso di attribuire alla disposizione rinviante la preferenza di riferirsi al testo in vigore al momento dell'interpretazione, limitando l'interpretazione in senso statico ai casi di espressa previsione del testo rinviante (di solito richiamata dalla formula "nella versione vigente al [...]") ed a quelli di incompatibilità della disposizione rinviante con le successive modifiche al riferimento originario e, sulla base del principio generale secondo cui il rinvio normativo è da intendersi come rinvio mobile, la previsione contenuta nella norma in esame potrebbe essere interpretata come rinvio dinamico all'articolo 106 del decreto legislativo n. 50/2016 nella sua attuale formulazione.

Ciò posto, si ritiene possibile sostenere che il riferimento al limite del trenta per cento contenuto nella norma in esame possa intendersi come superato in forza del rinvio implicito in essa contenuto all'articolo 118 del decreto legislativo n. 163/06. Da ciò consegue, in applicazione del principio generale della preferenza per la natura dinamica del rinvio, la possibile estensione, al caso concreto, della nuova previsione contenuta nell'articolo 106 del codice dei contratti pubblici.

In favore di tale interpretazione deporrebbero anche alcune considerazioni di merito.

Il decreto sul sisma del 2016, a differenza di quello sul sisma del 2009, disciplina il ricorso al subappalto facendo espresso rinvio all'articolo 118 del decreto legislativo n. 163/06. In questo caso, quindi, il rinvio sarebbe interpretato come rinvio dinamico al nuovo articolo 106 del codice vigente. Si avrebbero, quindi, due diverse discipline per fattispecie analoghe, soltanto in ragione della diversa tecnica legislativa utilizzata. Inoltre, nel caso di specie, si avrebbe l'applicazione di una normativa non solo più rigida rispetto a quella applicata ai contratti privati per la ricostruzione del sisma del 2016, ma addirittura rispetto a quella attualmente applicata ai contratti pubblici. Tale conseguenza appare immotivata e paradossale.

Inoltre, si dovrebbe considerare che l'ampliamento delle possibilità di ricorso al subappalto, riconosciute dalla disposizione attuale, consentirebbe una maggiore apertura alla concorrenza e, conseguentemente, una accresciuta possibilità di selezionare operatori economici qualificati e in grado di garantire l'uso di tecnologie e materiali moderni. Pertanto, la formulazione attuale della norma sarebbe maggiormente idonea a conseguire gli obiettivi individuati dalla normativa speciale.

Infine, occorrerebbe tener conto del fatto che, seppur in un diverso ambito (affidamento di contratti pubblici), la disposizione richiamata nel decreto legge 78/2012 (previsione di una quota limitata di lavori

¹ In tal senso R. DICKMANN, *Procedimento legislativo e coordinamento delle fonti*, CEDAM, Padova 1997, pag. 135. R. PAGANO: *Introduzione alla legistica (l'arte di preparare le leggi)*, Milano Giuffrè, 1999

subappaltabili) è stata ritenuta non conforme al principio di parità di trattamento, direttamente incidente sul principio di concorrenza che è espressamente richiamato anche dalla normativa speciale.

Per tutto quanto esposto, si invita l'istante a valutare la possibilità di risolvere la questione sollevata in via interpretativa, aderendo alla ricostruzione offerta dall'Autorità.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, all'amministrazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

In considerazione dei dubbi interpretativi emersi, l'Autorità ritiene comunque opportuno trasmettere la presente nota al Governo e al Parlamento, e per conoscenza al Consiglio di Stato, al fine di sollecitare un intervento di modifica dell'articolo 11, comma 6, del decreto-legge n. 78 del 2012 convertito in legge n. 125 del 2012, o, in alternativa, di interpretazione autentica della norma al fine di adeguare la stessa alla nuova normativa sul subappalto contenuta nel codice dei contratti pubblici.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente