

**TERREMOTO CENTRO ITALIA:
PROFILI TECNICI E CONTRATTUALI DELLA
RICOSTRUZIONE PRIVATA**

TENUTE MUROLA – C.DA VILLAMAGNA, 9 – URBISAGLIA (MC)



VENERDI' 15 SETTEBRE 2017
ore 16,00

***La scelta dell'impresa esecutrice la stipula e la
gestione del contratto di appalto e dei
subcontratti***

Analisi e approfondimenti

DELLA CASA AVV. SIMONA



LA RICOSTRUZIONE «contrattata»

- Macro Aree per gli interventi:
 - ❖ 1. **Lato committenza:** scelta del contraente, Procedure di selezione, modalità di affidamento degli interventi privati, modalità di controllo degli affidatari dei lavori: appaltatori, subappaltatori, subcontraenti) in corso di esecuzione d'opera.
 - ❖ 2. **Lato imprese:** sottoscrizione del contratto e scelta del sub appaltatore. quali «formule» utilizzare per promuovere il tessuto di imprese di costruzione/professionisti nella ricostruzione privata? Le piccole imprese sono penalizzate? (possibile contrasto con il Codice dei Contratti).
 - ❖ 3. **Aspetti di natura finanziaria:** la tracciabilità (problematiche) l'affidabilità bancaria.



LE FONTI NORMATIVE

- **DECRETO-LEGGE 17 ottobre 2016, n. 189** (in Gazz. Uff., 18 ottobre 2016, n. 244). - Decreto convertito, con modificazioni dalla Legge 15 dicembre 2016 n. 229. - Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016

In particolare :

- art. 6, comma 12 e 13
 - art. 30 comma 6 «anagrafe antimafia degli esecutori»
 - (da ultimo) Ordinanza 19 del 7 Aprile 2017 (uso abitativo)
 - art. 31
- **Ordinanza n. 13** del 9 gennaio 2017 e **ordinanza n.19** del 7 Aprile 2017 e succ. mod.
 - **Codice degli appalti** (ciò che esce dalla porta rientra dalla finestra, cfr. esclusione dell'ambito di applicazione con l'art. 6 comma 12, ma necessaria applicazione delle relative norme ad esempio su sub appalto, dichiarazioni di possedere le capacità, SOA per importi lavori oltre i 150.000€, avvallimento?)
 - **Codice civile** (art. 1655 c.c. e seg.)

ARTICOLO N.6: Criteri e modalità generali per la concessione dei finanziamenti agevolati per la ricostruzione privata (uso abitativo o misto)

- **Comma 12.** Ferma restando l'esigenza di assicurare il **controllo, l'economicità e la trasparenza** nell'utilizzo delle risorse pubbliche, **i contratti stipulati dai privati beneficiari** di contributi per l'esecuzione di lavori e per l'acquisizione di beni e servizi connessi agli interventi di cui al presente articolo, **non sono ricompresi tra quelli previsti dall'articolo 1, comma 2, del codice dei contratti pubblici** relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Comma inserito dall'articolo 18-quinques del D.L. 9 febbraio 2017, n. 8, convertito con modificazioni dalla legge 7 aprile 2017, n. 45).
- **Comma 13.** **La selezione dell'impresa esecutrice da parte del beneficiario dei contributi è compiuta mediante procedura concorrenziale intesa all'affidamento dei lavori alla migliore offerta.** Alla selezione possono partecipare solo le imprese che risultano iscritte nella Anagrafe di cui all'articolo 30, comma 6, in numero non inferiore a tre. Gli esiti della procedura concorrenziale, completi della documentazione stabilita con provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, comma 2, sono allegati alla domanda di contributo (Comma inserito dall'articolo 18-quinques del D.L. 9 febbraio 2017, n. 8, convertito con modificazioni dalla legge 7 aprile 2017, n. 45).

Valorizzazione della funzionalizzazione negoziale pubblico privata: una Scelta condivisibile

- I principi della legge 241/1990 sul procedimento amministrativo (controllo, economicità e trasparenza) applicati ai privati in quanto fruitori di «risorse pubbliche» (comma 12 dell'art. 6 del DL)
- non pare dubbio inoltre - in ragione del fondamentale principio di “accountability” (o di “giustificabilità delle scelte”) - che il fatto che i contratti debbano essere preceduti da una selezione concorsuale, sia una previsione inserita in ossequio ai principi dell’ imparzialità e del buon andamento
- Pur nell’ambito di una “ricostruzione contrattata tra privati” sono previsti controlli da parte della p.a., ma anche «autocontrollo» da parte della committenza e delle imprese;
- Viene così esplicitata una puntuale definizione degli obiettivi anche a tutela delle imprese, una accelerazione dell’azione amministrativa risultando nel contempo garantita effettiva attuazione del progetto di ricostruzione, in un quadro di reciproche responsabilità, controlli, interventi sostitutivi o sanzionatori di eventuali inadempienze;
- rilevanti interventi di riqualificazione urbanistico-ambientale e di ricucitura del tessuto urbano ovvero di recupero di aree e attività non possono che nascere con il consenso dei privati interessati e con l’integrazione fra capitali pubblici e privati.
- l’obiettivo della **riqualificazione sismica possiamo dire che sta divenendo un obiettivo quasi di sicurezza nazionale o di sicurezza pubblica...** a tutela anche della mia proprietà, perché se io riqualifico ma non fa altrettanto il mio vicino, poi ne va della mia incolumità
- Pare che l’intento della disciplina approvata sia quella di superare la potenziale illegittimità della ricostruzione in assenza di controllo per addivenire ad una

co-determinazione pubblico privata della ricostruzione.



Contratti: a-definiti

L'Articolo 6 del decreto legge 189/2016, commi 12 e 13 (che si applica ai contratti stipulati da TUTTI i PRIVATI beneficiari, cfr art. 7 comma 1 lett. a)

Non si premura di precisare i requisiti necessari di «legittimità» dei contratti tra beneficiari e imprese, ma più che altro di escludere gli stessi dall'ambito di applicazione della disciplina pubblicistica del codice dei contratti, prevenendo che l'affidamento avvenga in base:

- Alla migliore offerta economica che emerga dalla procedura concorsuale (cfr ordinanze 19 e 13 ma sono sufficienti?)
- Alla certificazione delle qualità «soggettive» (iscrizione all'anagrafe antimafia e DURC) dell'impresa
- Sono inoltre disciplinate le clausole obbligatorie (cfr art. 31 del Dl: clausola di tracciabilità e accettazione degli obblighi di cui al DL), il cui mancato rispetto determina la «perdita» (*rectius* revoca totale?) del contributo. È prevista anche la revoca parziale per i soli paganti non effettuati in tracciabilità.
- È prevista anche la **nullità** del contratto qualora sia assente la clausola risolutiva espressa sulla cancellazione dall'anagrafe antimafia.

Criticità:

- Irrilevanza delle «capacità tecniche»? Dell'esperienza?
- e l'offerta economicamente più vantaggiosa? L'affidamento solo attraverso il criterio del prezzo più basso? Specifica del termine «in misura significativa» previsto nell'ordinanza;



Contraddittorietà

- il Legislatore pare abbia voluto “disegnare” una sorta di iter procedimentale che presenta molte analogie con le procedure “classiche” di evidenza pubblica, tramite “trattativa privata”, tuttavia lo esclude espressamente dall’ambito di applicazione del codice
- deve riflettersi sul fatto che il CONTRATTO D’APPALTO quindi apparentemente PRIVATO, nel caso in esame, viene utilizzato in modo “anomalo”, dato che viene chiamato sostanzialmente, a “ratificare” l’ esito della selezione concorsuale, presentando molti punti di contatto con una aggiudicazione
- il meccanismo concretamente individuato dalla Legge presenta più di un lato oscuro, prestandosi ad inconvenienti non indifferenti.
- In effetti, ci si dovrebbe interrogare sulla effettiva logicità di un modello che prevede la stipulazione di un contratto tra privati all’ esito di una procedura concorsuale, ma che – per ovvi ed evidenti motivi – deve prevedere che detto contratto possa essere modificato (anche significativamente) all’ esito dell’istruttoria della p.a..



Tuttavia..

- Applicazione del principio generale della parità all'accesso di tutti i possibili interessati alle utilità derivanti dall'utilizzo di fondi pubblici
- Nella nostra tradizionale disciplina, il principio è pacifico e risalente, ed espresso dalla nota formula della legge generale di contabilità dello Stato ("i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti.... I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare"; art. 3, comma 1 e 2, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440).
- Evidentemente, l'applicazione di questo principio ha anche lo scopo di consentire all'amministrazione il conseguimento dei migliori risultati nella scelta dei contraenti, **scopo che a fronte dei fondi pubblici utilizzati il legislatore «sposta o muta» sul privato, anche nell'individuazione del contenuto dei contratti e dei requisiti del contraente;**
- quindi, uno scopo, si può dire, ancora di economicità. Ma il principio ha sicuramente anche la funzione di porre sullo stesso piano tutti i possibili aspiranti ad un rapporto negoziale con la pubblica amministrazione/privati che ricostruiscono. E quindi, lo stesso principio adempie ad una funzione di imparzialità, in forza della quale l'amministrazione non può contattare liberamente il proprio interlocutore negoziale come viceversa può fare qualsiasi privato ma per regola deve scegliere il miglior



Analogia con il contratto di parternariato

- Il tema del c.d. TRASFERIMENTO DEL RISCHIO
- È nota la centralità dell'elemento “rischio” negli strumenti contrattuali di PPP.
- Il Codice si prefigge di chiarire il concetto al comma 3 dell'art. 180 stabilendo che il PPP comporta l'allocazione al partner privato: «oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3 comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc)».
- Dal punto di vista strutturale, l'art 3, lettere aaa) definisce il c.d. «rischio di costruzione» come il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, ad inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera;
- mentre, alle lettere bbb), il «rischio di disponibilità» è definito come legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;
- e, infine, alle lettere ccc) il «rischio di domanda», è definito come legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.
- Con l'applicazione della disciplina in esame, il RISCHIO, su chi cade?



Ordinanza 13 e 19 a confronto sui contratti

- Ad una prima disamina dal combinato disposto degli artt. 6 commi 12 e 13 del Dl, art. 9 comma 3 dell'ordinanza 19 e art. 8 comma 2 lett. b parrebbe evincersi una apparente scelta di fondo differente tra **uso abitativo** (misto) e **uso produttivo**.
- All'art. 8 comma 2 lett. b difatti si specifica solo che l'impresa incaricata debba essere scelta «*mediante procedura concorrenziale intesa all'affidamento dei lavori alla migliore offerta*» (onde offerta economicamente più vantaggiosa?) inoltre manca contratto tipo.
- nell'ordinanza 19 si precisa «*tenuto conto in misura significativa del ribasso prezzi*» (onde solo criterio più basso?) e utilizzo obbligatorio del contratto tipo.

Contratti tipo dell'ordinanza 19: un tentativo di equilibrio

Così come strutturato, il contratto tipo (che secondo l'art. 23 quanto meno nella ricostruzione uso abitativo, pare non essere facoltativo.. «i soggetti ammessi a contributo si avvalgono..») potrebbe essere lo strumento meditato per superare la potenziale dicotomia tra affidatario/beneficiario e impresa esecutrice

-Natura giuridica? Contratto para pubblicistico. È sottoscritto tra privato ma i fondi sono pubblici. Può rientrare in una forma di Partenariato Pubblico-Privato al contrario?

Trattasi, a mio parere, di un contratto di natura mista pubblico privata, attraverso cui il legislatore e il privato concorrono a DETERMINARE la «causa» (mista pubblico privata – ricostruzione/adequamento sismico – utilizzo fondi pubblici) del contratto ed i contenuti del medesimo

tuttavia, il legislatore non ha resistito alla «tentazione» di tutelare il contraente potenzialmente «debole»



Potenziale problematicità dei contratti

- Art. 2 comma 1 lett. h
- Da coordinare con art. 14 varianti
- Art. 4 Divieto assoluto di cessione (ma la variazione dell'impresa affidataria è concessa)
- Cosa accade se l'impresa affidataria fallisce? Cfr comma 14 dell'art. 30 del DL, il contratto si intende risolto di diritto.
- Cosa accade se l'impresa affidataria entra in concordato in continuità?
- Art. 10 penali
- Art. 20 Recesso
- Art. 21 arbitrato con procedimento in camera di commercio



Il sub appalto nel contratto tipo (art. 5)

- Rapporto tra affidatario/beneficiario e sub appaltatore
- Responsabilità appaltatore
- Autorizzazione esplicita al sub appalto
- Limite del 30% (le lavorazioni specialistiche? Art. 31 del DL comma 6, applichiamo il CdC?)
- Limite del ribasso del 20%
- La novità della responsabilità (vigilanza) del direttore dei lavori
- Cosa accade se non c'è la quiescenza del sub appaltatore? Art. 26 dell'ordinanza 19, il vice commissario può sospendere la concessione (nei SAL), ma a saldo? revoca?
- Occorre prevedere pagamento diretto al sub appaltatore come l'art. 105 del codice



Il Sub appalto nel contratto tipo

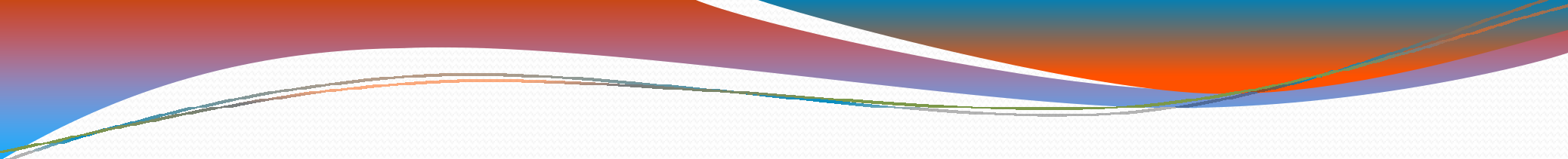
- I richiami espliciti al C.C. (art. 5)
- Art. 1656.
- Subappalto. L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente.
- Articolo 1988. Promessa di pagamento e ricognizione di debito.
«La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria».
- Super tutela del sub appaltatore? Dichiarazioni di pagamento come presupposto essenziale per emissione del provvedimento di autorizzazione al pagamento, tuttavia non è previsto il pagamento diretto dell'art. 105 CdC



Termine per eseguire i lavori (art. 13 ordinanza 19/2017)

Un onere a carico dell'impresa?

Va regolato nel contratto integrando art. 10



A cosa servono le leggi, vane senza un cambio di costumi(Orazio)

Effetti della corruzione e delle infiltrazioni mafiose:

- frena lo sviluppo economico sociale;
- altera il mercato e quindi la concorrenza
- impedisce il pluralismo e dunque in definitiva la stessa evoluzione democratica della società;
- ostacola il ricambio delle classi dirigenti;
- scompare il valore di fare impresa

Quando dei fondi destinati a migliorare lo sviluppo di una popolazione vengono utilizzati per scopi diversi da quelli pianificati, il danno sociale allo sviluppo della società è gigantesco. La corruzione mina le basi politiche, economiche e sociali indispensabili per uno sviluppo durevole. (il caso AEMILIA)

L'anagrafe antimafia come previsione necessaria o ultronea rispetto a WHITE LIST?

COS'È L'ANAGRAFE ANTIMAFIA DEGLI ESECUTORI?

Per poter partecipare alle opere di ricostruzione delle aree terremotate, le imprese devono rispettare una serie di obblighi normativi:

- Iscrizione nell'“Anagrafe antimafia degli esecutori”.
 - Rispetto della normativa sulla tracciabilità finanziaria.
 - Rispetto della normativa sulla tutela dei lavoratori.
- L'anagrafe antimafia degli esecutori è un elenco istituito dalla Struttura di missione, al quale è obbligatorio iscriversi per partecipare alle opere di ricostruzione post sisma che prevedano la contribuzione alle spese da parte dello Stato.
 - L'anagrafe è istituita per creare un elenco delle imprese «affidabili» dal quale si possano individuare le imprese alle quali affidare i lavori di ricostruzione, ristrutturazione o altri interventi nelle zone colpite dagli eventi sismici.



Le problematiche viste dagli operatori

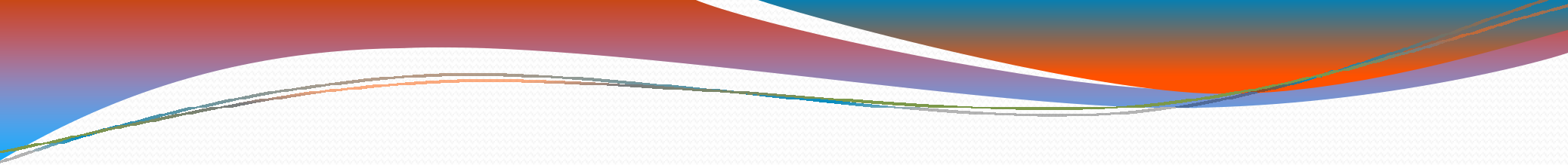
- Offerta economicamente più vantaggiosa
- Piccole imprese e SOA (avvallimento)
- Necessaria PROFESSIONALITA' IN CAPO a imprese e privati
- costi per partecipare alle gare? Per i requisiti?
- Costi per l'affidabilità finanziaria e per l'informativa antimafia (giurisprudenza sul tema complicata)
- Costi per i professionisti
- Garanzie finanziarie (fideiussione bancaria/assicurativa)
- Garanzie temporali (non basta la procedimentalizzazione)

Tutela giurisdizionale

- Quali strumenti nel caso in cui domanda di contributo non venga accolta a causa dell'affidamento non rispettoso della disciplina?
- Avanti quale giudice?
- Autorità: Cassazione civile sez. un. Del 29/03/2017 n. 8115

«E la condivisibilità dell'orientamento col quale le sezioni unite, in particolare nella materia dei contributi "post-sismici", hanno ripetutamente ribadito la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie che attengono, indistintamente, sia al riconoscimento del diritto al contributo che alla sua quantificazione, discende dalla logica considerazione che il riconoscimento di un diritto non è mai astratto ma attiene al diritto in concreto spettante e quindi investe non solo l'astratta pronuncia sull'an ma anche quella sul quantum ed eventualmente sul quomodo, essendo peraltro appena il caso di sottolineare che il riconoscimento del diritto al contributo "in concreto" spettante (quindi siccome quantificato) non comporta una valutazione discrezionale (anche solo tecnica) da parte dell'amministrazione, ma costituisce mera applicazione di criteri predeterminati dalla legge, sia pure attraverso i necessari riscontri tecnici peraltro dalla stessa legge previsti.

Deve pertanto essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario dinanzi al quale vanno rimesse le parti.



Il mio fine era semplicemente di diminuire quella massa di contraddizioni e di abusi che finiscono per fare della procedura una boscaglia, dove gli onesti non osano avventurarsi e dove prosperano i furfanti (o gli incompetenti ndr).

M. Yourcenar, Memorie di Adriano