

Sergio Colombo

Adalberto Tettamanti  
[www.adalbertotettamanti.it](http://www.adalbertotettamanti.it)

L'ESECUZIONE DELL'APPALTO  
DI  
LAVORI PUBBLICI

*Situazioni critiche - Riserve - Contenzioso*

CODICE CONTRATTI PUBBLICI

*Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e ss. mm. ii.*

e

REGOLAMENTO DI ESECUZIONE ED ATTUAZIONE

*Decreto Presidente Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207 e ss. mm. ii.*

*(aggiornati con le modifiche a tutto il 31 maggio 2012)*

## INDICE

### PARTE PRIMA

(di Sergio Colombo)

Aspetti normativi

1 -	Introduzione .....	8
1.1 -	Premesse.....	8
1.2 -	La evoluzione storica della normativa precedente al codice contratti pubblici .....	9
1.3 -	L'appalto ed il diritto comunitario .....	10
1.4 -	Il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.....	12
1.5 -	Le Regioni .....	14
1.6 -	Le modifiche al codice contratti – I decreti correttivi.....	15
1.7 -	Abbreviazioni .....	16
2 -	Il progetto .....	17
2.1 -	In generale .....	17
2.2 -	Le definizioni del progetto .....	18
2.3 -	Il percorso di progettazione e sua approvazione .....	19
2.4 -	Progetto e tipi di contratto.....	20
2.5 -	Verifica - Validazione - Approvazione .....	21
2.6 -	Il progetto e le problematiche nell'esecuzione dei lavori.....	22
2.7 -	Il progetto validato e l'impossibilità della riserva.....	24
3 -	Le misure di sicurezza.....	24
3.1 -	La normativa sulla sicurezza nei cantieri .....	24
3.2 -	La rilevanza dei piani di sicurezza nell'esecuzione dei lavori.....	25
4 -	Il contratto d'appalto.....	26
4.1 -	In generale .....	26
4.2 -	I termini e la forma.....	26
4.3 -	I contenuti.....	27
5 -	I soggetti nell'esecuzione dei lavori .....	28
5.1 -	Il committente e l'appaltatore .....	28
5.2 -	Le figure che rappresentano il committente.....	29
5.2.1 -	Il responsabile del procedimento .....	30
5.2.2 -	Il direttore dell'esecuzione del contratto .....	31
5.2.3 -	Il direttore dei lavori.....	31
5.2.4 -	I direttori operativi e ispettori di cantiere.....	32
5.2.5 -	Il progettista .....	32
5.2.6 -	Il collaudatore.....	33

5.3 -	L'appaltatore .....	33
5.3.1 -	Il rappresentante .....	33
5.3.2 -	Il direttore tecnico .....	34
6 -	L'oggetto del contratto e il corrispettivo.....	34
6.1 -	L'oggetto .....	34
6.2 -	Le modalità di determinazione del corrispettivo.....	35
6.3 -	Il prezzo nel tempo - Adeguamento prezzi (prezzo chiuso e compensazione).....	37
7 -	La consegna dei lavori .....	39
7.1 -	In generale .....	39
7.2 -	Attività preliminari.....	41
7.3 -	Le modalità.....	41
7.4 -	I tipi di consegna: d'urgenza, parziale e frazionata .....	42
7.5 -	I termini .....	43
7.6 -	La consegna d'urgenza.....	43
7.7 -	La consegna parziale .....	44
7.8 -	Il ritardo nella consegna dei lavori.....	44
7.9 -	Le patologie della consegna lavori.....	46
8 -	Esecuzione dell'appalto .....	47
8.1 -	Diritti ed obbligazioni delle parti .....	47
8.2 -	Disposizioni e Ordini di servizio .....	48
8.3 -	Sinistri alle persone e danni .....	49
8.4 -	Forza maggiore.....	50
8.5 -	Accettazione materiali.....	50
8.6 -	Subappalto.....	51
9 -	La contabilità dei lavori .....	52
9.1 -	In generale .....	52
9.2 -	Gli acconti e l'anticipazione .....	53
9.3 -	I documenti contabili.....	54
9.4 -	Gli acconti - Lo stato di avanzamento lavori .....	55
9.5 -	Il ritardo nei pagamenti .....	57
9.6 -	La cessione del credito .....	58
10 -	Le varianti .....	60
10.1 -	Progetto e varianti .....	60
10.2 -	La variante.....	61
10.3 -	Le ipotesi ammesse delle varianti .....	64
10.4 -	I limiti di ammissibilità: qualitativo e quantitativo .....	66
10.5 -	Le modalità - Il procedimento di approvazione .....	68
10.6 -	Le varianti non approvate.....	69
10.7 -	I lavori complementari .....	70
11 -	Tempi, termini, sospensioni, riprese, proroghe, penale .....	71
11.1 -	Il termine di esecuzione .....	71
11.2 -	La sospensione dei lavori .....	72
11.3 -	Il termine suppletivo e la proroga .....	76

11.4 - La penale per ritardo .....	76
11.5 - L'anticipata ultimazione.....	77
11.6 - Il risarcimento danni per il ritardo causato dal committente.....	78
12 - Le contestazioni e le riserve.....	79
12.1 - In generale.....	79
12.2 - Le contestazioni tra committente ed appaltatore.....	80
12.3 - Le riserve.....	81
12.4 - Necessità, funzione, tempestività della riserva – Messa in mora.....	84
12.5 - Nuove limitazioni alle riserve .....	85
12.6 - Il precontenzioso .....	87
13 - Il collaudo.....	87
13.1 - Le operazioni di collaudo.....	87
13.2 - La conclusione e l'approvazione del collaudo .....	89
13.3 - Il collaudo e le responsabilità dell'appaltatore (garanzie).....	90
14 - Altri modi di estinzione del contratto .....	91
14.1 - Il recesso.....	91
14.2 - La risoluzione per inadempimento.....	92
14.3 - Il fallimento.....	95
14.4 - La nullità e l'annullamento.....	95
14.5 - La risoluzione consensuale .....	96
14.6 - La revoca del contratto.....	96

## **PARTE SECONDA**

(di Adalberto Tettamanti)

Elementi di competenza tecnica di base per l'esecutore

15 - Il Progetto: requisiti tecnici, requisiti economici .....	99
15.1 - Considerazioni generali - Problemi del progetto di maggior frequenza per l'impresa di costruzione .....	99
15.2 - Il requisito qualitativo richiesto per i tre livelli di approfondimento ...	100
15.3 - Il cronoprogramma (art.40 del Regolamento).....	101
15.4 - I prezzi unitari del progetto (art.41 del Regolamento).....	101
15.5 - Il computo metrico del progetto (art. 42 del Regolamento).....	103
16 - L'offerta dell'appaltatore .....	104
16.1 - L'offerta. Il requisito della congruità.....	104
16.2 - Previsione di costo, rischio, limite .....	105
17 - L'esecuzione .....	106
17.1 - Aspetti di programmazione, organizzazione e controllo.....	106
17.2 - Il verbale di consegna dei lavori .....	108
17.3 - Il ritardo nella consegna - Conseguenze e rimedi .....	109
17.4 - Le difformità riscontrabili alla consegna - Conseguenze e rimedi .....	110

17.5 -	La consegna parziale o frazionata.....	110
17.6 -	La sospensione e le proroghe .....	110
17.7 -	La sospensione dei lavori - Limiti - Conseguenze - Rimedi.....	111
17.8 -	Le proroghe .....	113
18 -	Le varianti .....	113
18.1 -	Le condizioni normative di ammissibilità delle varianti.....	113
18.2 -	I limiti di ammissibilità .....	114
18.3 -	Le condizioni di ammissibilità.....	115
18.4 -	Le opere extracontrattuali .....	115
18.5 -	L'imprevisto geologico - Presupposto .....	116
18.6 -	L'applicazione delle penali previste in contratto .....	116
18.7 -	Le contestazioni di vizi e difetti in corso d'opera o nel collaudo .....	117
18.8 -	Il calcolo del corrispettivo di una variante nell'appalto a corpo.....	118
18.9 -	Un esempio di verifica tecnica della sussistenza delle condizioni di ammissibilità delle varianti .....	118
18.10 -	Un esempio di dissenso per la firma dell'atto di sottomissione.....	119
19 -	Le riserve - Analisi tecnica .....	121
19.1 -	Funzione e significato .....	121
19.2 -	Situazioni ricorrenti e tipi di riserve .....	121
19.3 -	I documenti sui quali debbono essere apposte le riserve .....	122
19.4 -	Modalità di formulazione delle riserve .....	123
19.5 -	Il tempo per l'iscrizione delle riserve.....	124
19.6 -	Le decadenze in cui può incorrere l'esecutore.....	125
19.7 -	Esempi di analisi tecnica di alcune riserve .....	126
19.8 -	Modifica dei programmi: un esempio di analisi tecnica.....	126
19.9 -	Alcune considerazioni.....	134
19.10 -	Imprevisto idrogeologico: un esempio di analisi tecnica.....	135
20 -	Gli oneri per la sicurezza cantiere.....	138
20.1 -	Oneri di sicurezza.....	138
20.2 -	Alcune considerazioni.....	139

## **PARTE TERZA**

(di Sergio Colombo)

### Il contenzioso nell'appalto di lavori pubblici

21 -	Le riserve - Rinvio .....	142
22 -	La transazione .....	142
23 -	L'accordo bonario.....	144
23.1 -	In generale.....	144
23.2 -	Le condizioni di ammissibilità del procedimento .....	145
23.3 -	L'istruttoria.....	146

23.4 - Il procedimento e la proposta della commissione .....	147
23.5 - Il procedimento e la proposta del responsabile del procedimento .....	148
23.6 - Le pronunce sulla proposta di accordo bonario .....	149
23.7 - La decisione vincolante della commissione.....	150
23.8 - Il procedimento dopo il collaudo .....	151
24 - Il contenzioso .....	152
24.1 - In corso d'opera.....	152
24.2 - Dopo il collaudo.....	153
24.3 - Il contenzioso .....	154
25 - Giudice ordinario .....	156
25.1 - I procedimenti cautelari.....	156
25.2 - La causa ordinaria .....	157
26 - Arbitrato rituale .....	159
27 - Arbitrato presso la camera arbitrale .....	162
28 - Il giudice amministrativo .....	163
29 - Riserve e fisco .....	164

**PARTE PRIMA**  
(di Sergio Colombo)

L'ESECUZIONE DEI LAVORI PUBBLICI

Aspetti normativi

## 1 - Introduzione

*"Non può l'appaltatore, sotto verun pretesto, introdurre variazioni o addizioni di sorta al lavoro assunto, senza averne ricevuto l'ordine per iscritto dall'ingegnere direttore, nel quale ordine sia citata l'intervenuta superiore approvazione.*

*Mancando una tale approvazione gli appaltatori non possono pretendere alcun aumento di prezzo od indennità per le variazioni o le addizioni avvenute e sono tenuti ad eseguire senza compenso quelle riforme che in conseguenza l'amministrazione credesse opportuno di ordinare, oltre il risarcimento dei danni recati."*

Art. 342 Legge Fondamentale sui lavori pubblici  
20 marzo 1865 n. 2248, all.F.<sup>1</sup>

### 1.1 - Premesse

Questa disposizione sulle varianti, datata ben oltre un secolo orsono ed entrata in vigore pochi anni dopo la proclamazione dell'unità dell'Italia, era tra le ultime ancora vigenti della legge fondamentale sui lavori pubblici; è stata abrogata con la piena entrata in vigore del nuovo regolamento di cui al D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, a partire dall'8 giugno 2011<sup>2</sup>.

Le regole sugli appalti di lavori pubblici sono da sempre una stratificazione del passato, ma nel tempo le innovazioni sulle disposizioni cardine, come quelle sulle varianti, sono prevalentemente di natura lessicale; si riscrivono le norme sperando che, essendo nuove, forse possano essere maggiormente rispettate.

Si chiude, con l'emanazione del nuovo regolamento 2010, il regime di origine ottocentesca che era sopravvissuto alle modifiche apportate con la penultima riforma della legislazione in materia di lavori pubblici, costituita dalla legge quadro "Merloni" e sua attuazione.

Oggi, con il nuovo regolamento, il legislatore si è rimesso finalmente in pari con l'ultima riforma che, partendo dalla legge delega comunitaria del 2004<sup>3</sup> ha portato all'emanazione del Codice Contratti Pubblici del 2006, che ha riunito le disposizioni di tutti i contratti pubblici d'appalto prima sparse in diverse disposizioni (forniture, servizi e lavori pubblici, infrastrutture strategiche, settori esclusi, beni culturali ecc.).

---

<sup>1</sup> Vedasi ora art. 161 regolamento

<sup>2</sup> Anche se, in altre parole, confermata dall'art. 161.1 R.

Si potrebbe anche dubitare dell'efficacia dell'abrogazione, in quanto operata da regolamento di esecuzione (vedi art. 5.3 C) e non da regolamento delegato (art. 17, comma 2, legge n. 400/1988)

<sup>3</sup> artt. 1, 2 e 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62

Come accadde con la penultima riforma degli anni '90 si è approvata prima una nuova legge (quadro o "Merloni" n. 109/1994) e poi, dopo anni, si sono introdotti i regolamenti (1999-2000), con l'effetto che -nel frattempo- continuavano ad applicarsi quelli precedenti del 1895 o 1962 (capitolato generale).

Così è successo anche attualmente per gli appalti disciplinati dal Codice Contratti del 2006, per i quali si è continuata ad applicare per quasi un quinquennio la serie di regolamenti emanati dopo la legge "Merloni" (regolamento attuazione, qualificazione gare, capitolato generale), oggi tutti insieme sostituiti dal nuovo regolamento<sup>4</sup>.

## **1.2 - La evoluzione storica della normativa precedente al codice contratti pubblici**

A grandi linee si possono individuare alcuni periodi nella evoluzione della normativa dei lavori pubblici, che in Italia ha origini lontane ed è frutto di una stratificazione ultrasecolare, che sovente ha lasciato in vigore norme pregresse nella successione delle fasi.

Si inizia con le norme del milleottocento che trovano ispirazione nelle disposizioni proprie del genio militare napoleonico e nascono dagli sforzi di codificazione tipico dell'epoca storica<sup>5</sup>.

Si ha poi il periodo del dopoguerra, con normative che inseguono le fasi di congiuntura economica via via manifestatesi; rilevanti le disposizioni che introducono la revisione prezzi<sup>6</sup> e il capitolato generale del 1962<sup>7</sup>.

Inizia poi l'era dell'intervento comunitario e la tutela della libera concorrenza e circolazione, che parte dalle direttive CE n. 304 e CE n. 205 del 1971, che regolano soprattutto la materia dell'affidamento dei lavori; direttive trasposte nell'ordinamento interno con la legge 8 agosto 1977 n. 584<sup>8</sup>.

Negli anni novanta, a seguito delle inchieste di "Mani Pulite", interviene la "*Legge quadro in materia di lavori pubblici*" (c.d. "Merloni") dell'11 febbraio 1994 n. 109, con le sue successive modifiche ed integrazioni (c.d. *bis, ter, quater*), che è stata poi abrogata nel 2006 dal "*Codice dei contratti*

---

<sup>4</sup> con qualche eccezione; ad es. alcuni articoli del capitolato generale DM 145/2000, vedi art. 358, comma 1 lett. E) regolamento

<sup>5</sup> Legge fondamentale 20 marzo 1865 n. 2248 all. F; Regolamento di contabilità R.D. 25 maggio 1895 n. 350

<sup>6</sup> DLCP 6 dicembre 1947 n. 1501; legge 21 giugno 1964 n. 463

<sup>7</sup> D.p.r. 16 luglio 1962 n.1032

<sup>8</sup> Per esempio, le associazioni temporanee di imprese nascono qui. Seguono alcuni interventi rilevanti: legge 10 dicembre 1981 n. 741 e legge 8 ottobre 1987 n. 687 e la legge di trasposizione della nuova direttiva 89/440 CE, 19 dicembre 1991 n. 406.

*pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" (art. 257).*

Il nuovo codice contratti, in vigore dal 1° luglio 2006<sup>9</sup>, opera inizialmente allo stesso modo della legge quadro, con il mantenimento dei regolamenti precedenti e un rinvio alla emanazione di successivi regolamenti e disposizioni attuative (art. 5), la cui adozione sarebbe dovuta intervenire entro il 1° luglio 2007<sup>10</sup>, ma è intervenuta solo nel 2010, con il regolamento approvato con D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207.

### **1.3 - L'appalto ed il diritto comunitario**

La vasta e speciale normativa dei lavori pubblici riguarda tutte le fasi e i procedimenti che conducono alla realizzazione dell'opera. Gli argomenti trattati dal codice e dal regolamento sono molteplici e disparati e partono dalla concezione dell'opera, passando attraverso tutte le fasi della sua realizzazione: la progettazione, le condizioni urbanistiche, gli espropri, la individuazione dei finanziamenti (compreso il *project financing*), le differenti procedure di gara, gli affidamenti, i soggetti committenti e gli appaltatori (operatori economici) ammessi (con i diversi requisiti), le modalità di realizzazione quali le concessioni, gli appalti integrati, le garanzie, le regole di esecuzione, il collaudo, le diverse forme di estinzione, il contenzioso e le sue modalità di soluzione (accordo bonario, arbitrato, giudizio ordinario e amministrato), ecc..

La complessità delle regole ha dato luogo ad una ampia quanto ponderosa trattatistica dell'intera materia sia sulla legge "Merloni" e relativo regolamento, sia, attualmente, sul codice contratti pubblici e nuovo regolamento<sup>11</sup>

In questo lavoro, che intende costituire un semplice ausilio pratico all'operatore, l'ampio campo degli oltre 616 articoli e numerosi allegati<sup>12</sup> viene esaminato in modo sintetico e concreto, nella ridotta porzione che riguarda la sola fase di esecuzione, la quale ha inizio successivamente al contratto, divenuto efficace, e termina -normalmente- con il collaudo, con particolare attenzione alle eventuali patologie, anche contenziose, che

<sup>9</sup> Sessanta giorni dopo la pubblicazione sulla G.U. 2 maggio 2006 suppl. ord.

<sup>10</sup> Vedasi art. 253, commi 2 ed 80, art. 17 comma 8; il termine non è ovviamente perentorio, dato che i vecchi regolamenti sono abrogati solo con l'entrata in vigore dei nuovi.

<sup>11</sup> Tra i più rilevanti, successivamente al codice contratti: a cura di Sandulli, De Nictolis, Garofoli: *Trattato sui Contratti Pubblici*, 2008 Giuffrè; a cura di De Nictolis: *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, Giuffrè, 2007; a cura di Garofoli Ferrari: *Codice degli appalti pubblici*, Nel Diritto Editore, 2011; a cura di Garofoli, Ferrari: *Il nuovo regolamento appalti pubblici*, Nel Diritto Editore, 2011; a cura di Caringella, Protto: *Codice e regolamento dei contratti pubblici*, Dike Editrice, 2011; a cura di Franchini *I Contratti di Appalto pubblico*, UTET 2010; Mazzone, Loria *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, Jandi Sapi, 2011.

<sup>12</sup> Non sono nel conto gli articoli bis, ter, ecc...

possono nascere da situazioni critiche dell'esecuzione.

Alcuni argomenti sono trattati a quattro mani; al di là delle ripetizioni di cui ci si scusa, potrà essere utile osservare il diverso approccio tecnico e giuridico alle problematiche affrontate.

Un utile impiego del testo è dato dal costante confronto con le norme via via citate, per migliore comprensione.

Le disposizioni europee in materia di contratti pubblici usano il termine indifferenziato di "appalto"<sup>13</sup> per definire contratti che l'ordinamento giuridico italiano considera diversi, il che potrebbe creare confusione nel nostro paese, ove l'espressione attiene esclusivamente ad un determinato tipo di contratto, regolato dal codice civile agli artt. 1655 e segg..

Infatti, il termine utilizzato dalle norme comunitarie viene applicato a tre distinte e diverse situazioni, che a loro volta raggruppano diverse tipologie contrattuali previste nel nostro diritto:

- l'appalto di lavori pubblici
- l'appalto di servizi pubblici
- l'appalto di fornitura pubblica.

Rispettivamente, nel nostro diritto civile:

- l'appalto consiste nel contratto nel quale *"una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro"* (art. 1665); rientrano in questo istituto i contratti europei dell'appalto di lavori e quello di servizi (ad esempio: progettazione);

- la fornitura è invece assimilabile alla vendita<sup>14</sup> o alla somministrazione<sup>15</sup>, cioè all'acquisto di un bene, mentre nel diritto europeo la categoria è più ampia e riguarda anche ogni altra possibile modalità di acquisizione dei beni (leasing, locazione, acquisto a riscatto di prodotti, ecc.).

Un utile e generale chiarimento classificatorio, in stile anglosassone, è contenuto sia all'art. 3 del codice dei contratti, che elenca le definizioni dei termini previsti dal codice, sia all'art. 3 del regolamento che opera analogamente. La loro lettura è sommamente utile, in quanto amplifica la terminologia comunitaria, adattandola alla nostra legislazione e fornisce strumenti all'operatore per l'applicazione delle regole.

---

<sup>13</sup> Direttiva CE 31 marzo 2004 n. 18

<sup>14</sup> Art. 1470 cod. civ.

<sup>15</sup> Art. 1559 cod. civ.

#### **1.4 - Il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE**

Il legislatore nazionale era tenuto a dare attuazione alle due direttive comunitarie in materia di appalti entro il 31 gennaio 2006, altrimenti le norme esplicite delle medesime sarebbero diventate direttamente applicabili (*self executing*) nell'ordinamento interno<sup>16</sup>.

Con l'art. 25 della legge 18 aprile 2004 n. 62, viene incaricato il Governo di: dare attuazione alle due direttive compilando un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto, semplificando le procedure di affidamento che non costituiscono applicazione delle normative comunitarie; modificare i compiti dell'Autorità di Vigilanza ed attuare una decisione della Corte di Giustizia in materia di criteri di aggiudicazione.

Viene così emanato il codice dei contratti pubblici, pubblicato sul suppl. della G.U. del 2 maggio 2006, che entra in vigore il 1 luglio successivo (art. 257), salvo proroghe per alcune disposizioni.

Per la limitata materia del presente lavoro, appare utile ricordare che la direttiva 2004/18/CE contiene una sola norma sull'esecuzione degli appalti: l'art. 26 prevede che le amministrazioni possano dettare particolari condizioni in merito all'esecuzione degli appalti, purchè non violino il diritto comunitario e siano precisate nei bandi e nei capitolati speciali<sup>17</sup>.

Vi è quindi libertà del legislatore nazionale nel regolare la materia dell'esecuzione dei lavori, invece permangono vincoli per la fase di ricerca del contraente privato, che è sottoposta a tutela comunitaria in ragione dei principi della libera concorrenza sul mercato comunitario.

Con l'entrata in vigore del Regolamento, ora il Codice Contratti è pienamente operativo; non si applicano più le disposizioni della riforma "Merloni" del 1994 (legge quadro, regolamento, capitolato generale, norme di qualificazione, ecc.).

E' importante ricordare che nell'appalto di lavori pubblici, "*per quanto non espressamente previsto*" dalle disposizioni del Codice Contratti Pubblici si applicano, nelle attività contrattuali ivi disciplinate, le disposizioni del codice civile e quindi i principi di diritto comune (art. 2 comma 4).

Lo scopo dell'emanazione di un codice dovrebbe essere quello di raccogliere una legislazione sparsa in diverse disposizioni e darle organicità. Il codice in esame persegue l'intento, ma rimane vittima delle complicazioni

---

<sup>16</sup> Sul tema della disapplicazione di norme interne a favore di quelle comunitarie vedere ad esempio Cons. Stato 21 maggio 2010 n. 32404 con nota in *For. Amm.* 2010, 2157

<sup>17</sup> Peraltro ulteriore ingerenza è data dall'applicazione dei principi comunitari ed in particolari di quello della libera concorrenza e del divieto di aiuti di stato, oltre a questioni relative alla Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo

che ne seguono: con l'attuale riforma del 2006 il sistema di norme sugli appalti pubblici di lavori non è più un regime a sè stante, separato da quello degli appalti di servizi e delle forniture, come lo era fino sotto la vigenza del sistema della legge "Merloni" (per i lavori) e dei decreti legislativi di recepimento delle direttive sui servizi (Dlgs 17 marzo 1995 n. 157) e le forniture (Dlgs 24 luglio 1992 n. 358); anche i settori esclusi erano regolati a parte (Dlgs 17 marzo 1995 n. 158).

Oggi, gli operatori nel settore dei lavori pubblici trovano le regole dei loro appalti collocate insieme a quelle degli appalti di servizi e degli appalti di forniture (e altri settori) in un unico "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CEE e 2004/18/CEE*" e nel suo "*Regolamento di esecuzione ed attuazione*"; quest'ultimo comprende in sè anche parte del capitolato generale<sup>18</sup> e le norme di qualificazione alle gare, che erano a sè stanti sotto la "Merloni"<sup>19</sup>.

Il compito di lettura di questo insieme di nuove norme e la loro comprensione ed applicazione non sono facili e sono faticose, in quanto, seppur contenute in due soli testi normativi anzichè sparsi in numerosi, trovano comunque segmentate categorie di discipline, non sempre giustificate dalle peculiarità.

Come non bastasse, una volta trascurate le norme su forniture e servizi, non tutti gli appalti di lavori sono poi regolati allo stesso modo, ma si devono considerare molteplici categorie:

- a) appalti esclusi in tutto o in parte dal codice contratti pubblici (segretati, norme internazionali, acqua ed energia ecc.);
- b) appalti nei settori ordinari di rilevanza comunitaria, sopra l'importo della vigente soglia comunitaria;
- c) appalti nei settori ordinari di importo sotto tale soglia;
- d) appalti in taluni settori (difesa e beni culturali);
- e) appalti in settori speciali c.d. "esclusi" (gas, energia, acqua, trasporti, poste, estrazione ecc., porti ed aeroporti) sotto soglia;
- f) appalti in tali settori speciali sopra soglia;
- g) concessioni e appalti dei concessionari;
- h) appalti dei promotori finanziari;
- i) appalti di lavori per infrastrutture strategiche, contraente generale;
- l) appalti per lavori all'estero e per il Ministero degli Esteri;
- m) appalti sottoposti a leggi regionali.

Infine, per ulteriormente appesantire il quadro, anche quest'ultima riforma del 2006 è per sua natura e per volontà del legislatore in continua evoluzione: si possono già contare i decreti correttivi, ma sfuggono ad ogni

---

<sup>18</sup> Tuttavia del capitolato 1962 restano in vigore gli artt.: 1, 2, 3, 4, 5, commi 2 e 3, 6, 8, 16, 17, 18, 19, 27, 35, 36; vedasi abrogazione art. 358 R

<sup>19</sup> D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 45

razionale controllo tutte le modifiche apportate (indirettamente o nascoste) con leggi che a volte neppure riguardano il settore ed a volte sono risultate di breve durata, come è successo recentemente per il recepimento della direttiva ricorsi<sup>20</sup>.

Il Regolamento non si applica a tutti i contratti a partire dalla data di sua entrata in vigore, ma a gruppi di norme, per argomento (progetto, sua verifica, sistemi di selezione, garanzie, qualifica ecc.), ed a seconda di determinate date e fasi significative nel procedimento (approvazione progetto, bando, stipulazione ecc.).

Dunque, per poter affrontare l'aspetto giuridico od operativo di un problema sull'esecuzione dei lavori si dovrà prima compiere lo sforzo di trovare quale sia la norma da applicare, tenuto conto del fatto fondamentale della data di bando o del contratto, in relazione alla legislazione che nel tempo si succede continuamente e rapidamente.

Questo nuovo Regolamento, per la parte relativa all'esecuzione dei lavori, si applica ai contratti di appalto stipulati dopo l'8 giugno 2011, data di sua entrata in vigore<sup>21</sup>. Quindi ai contratti precedentemente stipulati si applica ancora il regolamento DPR n. 554/1999 della "Merloni".

In questo lavoro si esaminerà, sotto profili concreti, esclusivamente una limitata ma importante parte della normativa sugli appalti di lavori, quella relativa alla fase esecutiva, con l'eventuale contenzioso che ne insorgesse.

## 1.5 - Le Regioni

Quanto al riparto delle potestà legislative tra Stato e Regioni, l'art. 117 della Costituzione<sup>22</sup> non contempla più -espressamente- la materia dei lavori pubblici, che quindi diventa in qualche modo trasversale, nel senso che viene a rientrare sia tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato (comma 2) sia tra quelle di legislazione concorrente (comma 3), come elencate nella disposizione<sup>23</sup>.

Sarà il tempo, insieme con le decisioni della Corte Costituzionale, a chiarire la convivenza tra le due legislazioni nelle materie concorrenti, mentre per quanto operativamente interessa, le rispettive competenze sono ora regolate dall'art. 4 del codice contratti.

Le Regioni esercitano la loro potestà normativa nel rispetto dei vincoli dell'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di

---

<sup>20</sup> DLgs 20 marzo 2010 n. 53, poi modificato dal Codice del processo amministrativo Dlgs 2 luglio 2010 n. 104.

<sup>21</sup> Art. 357, comma 6, art. 359, comma 1 R

<sup>22</sup> Come modificato dall'art. 3 legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3

<sup>23</sup> De Nictolis Il nuovo codice degli appalti pubblici, Roma, EPC Libri, 2006, pag. 29. Per l'art. 117 cost. Montedoro - Dipace Gli appalti di opere, Giuffrè, Milano, 2003,

competenza esclusiva dello Stato.

Dove hanno potere legislativo concorrente le Regioni devono comunque rispettare i principi fondamentali contenuti nel codice, in particolare per quanto riguarda la programmazione dei lavori, l'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, l'organizzazione amministrativa, i compiti ed i requisiti del responsabile del procedimento, la sicurezza del lavoro.

Inoltre, le Regioni, sempre nel rispetto dell'art. 117 Cost., non possono stabilire una disciplina diversa da quella del codice in relazione a determinati argomenti, tra i quali, per quanto qui interessa: il subappalto, la progettazione e la sicurezza, la stipulazione e l'esecuzione dei contratti, la direzione lavori, la contabilità, ed il collaudo -con eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative- il contenzioso<sup>24</sup>.

### 1.6 - Le modifiche al codice contratti – I decreti correttivi

Il codice contratti, dopo la sua entrata in vigore, è rimasto sospeso in alcune disposizioni, la cui applicazione è stata rinviata al 1° febbraio 2007 ed è stato modificato subito (art. 1 *octies*, D.L. 12 maggio 2006 n. 173, introdotto con la legge di conversione 12 luglio 2006 n. 228) e, successivamente, dalle seguenti norme:

- D.Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6 (**primo decreto correttivo**), in G.U. 31 gennaio 2007 n. 25, con la successiva *errata corrige* che introduce l'art. 5, relativo all'entrata in vigore dal 1 febbraio 2007

alle quali si sono succedute nel tempo e principalmente:

- D.Lgs 31 luglio 2007 n. 113 (**secondo correttivo**)
- D.Lgs 11 settembre 2008 n.152 (**terzo correttivo**)
- D.Lgs 20 marzo 2010 n. 53 (recepimento direttive ricorsi)
- D.Lgs 2 luglio 2010 n. 104 (codice giustizia amministrativa)

La emanazione dei decreti correttivi è prevista dalla stessa legge delega in forza della quale è stato emanato il D.Lgs del codice contratti. Lo stesso vale per il regolamento.

Nell'affrontare quindi qualsiasi problema applicativo del codice contratti occorre quindi riferirsi sempre ad un testo aggiornato; non è detto che lo siano sempre e costantemente quelli dei siti internet ufficiali (Ministero Infrastrutture, Autorità Vigilanza Contratti Pubblici ecc.).

Le ultime modifiche sono state introdotte in vari provvedimenti legislativi, a partire dalla seconda metà del 2011, in occasione delle molteplici manovre economiche e sono contenute, insieme ad altre disposizioni riguardanti o attinenti i lavori pubblici o -più in generale- le imprese, in:

- “*Decreto Sviluppo*” D.L.13 maggio 2011 n. 70, convertito con legge 12 luglio 2011 n. 106;

---

<sup>24</sup> Art. 4 C. L'art. 1 comma 3 R elenca le disposizioni del regolamento che si applicano alle Regioni.

- "*Manovra bis*" D.L. 13 agosto 2011 n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011 n. 148;
- "*Statuto imprese*" legge 11 novembre 2011 n. 180;
- "*Legge di stabilita*" legge 12 novembre 2011 n. 183;
- "*Salva Italia*" D.L. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con legge 22 dicembre 2011 n. 215
- "*Cresci Italia- Liberalizzazioni*" D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 convertito con legge 24 marzo 2012 n. 27
- "*Crisi sovraindebitamento*" legge 27 gennaio 2012 n. 3
- "*Semplificazione 2012*" D.L. 9 febbraio 2012 n. 5, convertito con legge n. 4 aprile 2012 n. 35
- "*Semplificazioni tributarie*" D.L. 2 marzo 2012 n. 16, convertito con legge 26 aprile 2012 n. 44

Questi recenti interventi contengono nelle più disparate disposizioni delle modifiche al codice o a norme correlate, che in qualche caso non sono espressamente individuate come tali, così da risultare perfino occultate in norme relative a tutt'altri settori. Ne è esempio il D.L. n. 16/2012 in materia tributaria, che all'art. 1 (*Rateizzazione debiti tributari*) modifica l'art. 38 C sui requisiti generali delle imprese ed all'art. 2 (*Comunicazioni ed adempimenti formali*), modifica il regime di solidarietà tra appaltatore e subappaltatore verso i dipendenti.

## 1.7 - Abbreviazioni

**C - Codice contratti:** *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE - D.lgs 12 aprile 2006 n. 163* (in Gazz. Uff. suppl. ord, n. 107 del 2 maggio 2006) e successive modifiche e integrazioni.

**R - Regolamento:** *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture in attuazione delle direttive 2000/17/CE e 2004/18/CE"* (in Gazz. Uff. suppl. ord. n. 288 del 10 dicembre 2010) e successive modifiche ed integrazioni.

**Cap. - Capitolato Generale:** *D.M. 19 aprile 2000 n. 145*, per gli articoli rimasti in vigore, vedi anche art. 358 R.<sup>25</sup>

### Nota bene

Lo scopo di questo lavoro è di fornire le prime utili informazioni essenziali e pratiche che necessitano all'operatore economico sul campo, per avere un

---

<sup>25</sup> Art 1, 2, 5.5, 5.3-6, 8, 16, 17, 18,1 9, 27, 35, 36

orientamento sui corretti comportamenti e le regole che i soggetti che partecipano all'esecuzione dell'appalto di lavori pubblici sono tenuti a rispettare.

Per mantenere la sinteticità del testo non vengono ripetute nè parafrasate le norme, ma sono menzionati costantemente i richiami alle medesime; è bene, se non indispensabile, che la lettura sia altrettanto costantemente affiancata dalla lettura delle norme.

Questo lavoro viene chiuso al 31 maggio 2012 e tiene conto, fin dove è stato possibile, delle modifiche apportate al codice ed al regolamento dalle norme sopra citate (§ 1.6), che hanno riguardato i più svariati aspetti dei contratti pubblici, con alcune disposizioni che hanno inciso su quelle relative all'esecuzione lavori.

## **2 - Il progetto**

### **2.1 - In generale**

Il progetto consiste in un insieme di grafici (disegni, tavole, planimetrie, profili, sezioni ecc.) ed elaborati (relazioni, computi metrici, prezzari, analisi prezzi, calcoli strutturali, stime, capitolati tecnici, ecc.) mediante i quali viene definita nella natura, forma, dimensioni, strutture, caratteristiche tecniche l'opera o il lavoro da eseguire<sup>26</sup>.

In altre parole, l'oggetto dell'appalto è descritto nel progetto e questo è assai rilevante per determinare l'ambito delle prestazioni alle quali è tenuto l'appaltatore.

Sembra una ovvia constatazione, ma tra il progetto e la corretta esecuzione dell'appalto vi è un rapporto proporzionale diretto; quanto più il progetto è qualitativamente buono, tanto più la sua esecuzione darà difficilmente luogo a contestazioni o attriti tra le parti.

E' questo della centralità del progetto uno dei pilastri sui quali si è fondata la penultima riforma delle norme sui lavori pubblici che ha preso le mosse dalla legge quadro "Merloni" del 1994<sup>27</sup>; pilastro che rimane confermato nel codice contratti e regolamento applicativo.

Nelle intenzioni del legislatore delle opere pubbliche, il contratto di appalto, con tutti i suoi allegati tecnici (vedi ora artt. 137 e 138 R) dovrebbe servire a disciplinare in modo completo, autosufficiente ed esauriente l'esecuzione delle rispettive attività delle parti, per consegnare l'opera compiuta nei

---

<sup>26</sup> Cianflone - Giannini *Appalto di opere pubbliche*, 2003, Giuffrè, pag. 404

<sup>27</sup> Legge n. 109/1994 e sue successive modifiche ed integrazioni, segnatamente art. 16 ; F. Merloni prefazione a AA.VV. *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici*, 1999, Giuffrè.

tempi previsti ed al prezzo pattuito.

Solo gli imprevisti di ordine naturale (questioni geologiche, idriche o simili) o eccezionali circostanze (terremoti, sommosse, crisi economiche ecc.) dovrebbero impedire il raggiungimento dell'obbiettivo.

L'esperienza ha finora purtroppo rivelato che non sempre questo intendimento diventa realtà ed il motivo principale è, di fatto, generalmente individuabile nelle carenze del progetto, sotto molteplici aspetti: carenze qualitative, incompletezza, insufficiente rappresentazione dello stato dei luoghi, incongruenze, errori, contraddizioni ecc.<sup>28</sup>.

La materia era inizialmente disciplinata nel D.M. 29 maggio 1895, ma con norme divenute ormai obsolete e largamente non applicate nella pratica, cosicché la legge quadro era finalmente intervenuta pesantemente introducendo i termini definitivi dei diversi gradi di progettazione ed attraverso la netta separazione tra la fase di progettazione e quella di affidamento ed esecuzione dell'opera pubblica, fatti salvi i contratti che hanno nell'oggetto la progettazione. Il regolamento del 1999 aveva poi esplicitato i contenuti dei progetti in modo ampio ed articolato<sup>29</sup>.

Il codice contratti, confermando l'indirizzo della legge Merloni, nell'art. 93 ripete ed amplia il contenuto dell'art. 16 della precedente legge quadro.

Il nuovo regolamento ha anch'esso ampliato e integrato la precedente normativa (parte II titolo II, artt. 14 e ss.).

## 2.2 - Le definizioni del progetto

Il Codice Contratti inquadra tre definizioni o livelli del progetto, in tal modo chiarendo quelle che, fino alla legge Merloni, erano solo forme di identificazione adottate dalla prassi e dai tecnici: il progetto preliminare (artt. 17 e ss. R), quello definitivo (artt. 24 e ss. R) e quello esecutivo (artt. 33 e ss. R).

A monte del progetto preliminare si collocano: la verifica archeologica (artt. 95 e 96 C) e lo studio di fattibilità (art. 14 R).

Il progetto ha un ruolo fondamentale nell'esecuzione dell'appalto in quanto definisce il contenuto dell'opera che deve essere eseguita e, in altre parole, l'obbligazione a carico dell'appaltatore.

Secondo il regolamento ha *"come fine fondamentale la realizzazione di un intervento di qualità e tecnicamente valido, nel rispetto del miglior rapporto tra i benefici e i costi globali di costruzione, manutenzione e gestione"* (art.

---

<sup>28</sup> F. Merloni: *"Diciamoci chiaramente che manca, nel nostro Paese, una cultura del progetto. Ad esempio, è ampiamente noto come, per difetto di progetti accettabili, i fondi europei messi a disposizione dell'Italia siano utilizzati solo in parte"* in *Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, 2001, Giuffrè,

<sup>29</sup> Articoli 15 e ss.

15, comma 1 R).

Gli elaborati grafici del progetto esecutivo sono parte integrante del contratto di appalto (art. 137 R) e sono costituiti, in dettaglio, da una serie di disegni di sviluppo elencati all'art. 36 dello stesso regolamento.

Il progetto finale, allegato al contratto, e cioè quello esecutivo è il risultato al quale si perviene al termine di un lungo percorso procedimentale, costituito da un susseguirsi di affinamenti e controlli che portano al complesso elaborato finale.

### **2.3 - Il percorso di progettazione e sua approvazione**

La sequenza degli atti parte da lontano e si articola in una serie di passaggi decisionali che si concretizzano nella deliberazione a contrarre (art. 11.2 C) e che conviene sintetizzare, mediante la loro elencazione:

- studio per individuare le esigenze e i bisogni al fine di identificare gli interventi (art. 11 R);
- studio di fattibilità (art. 11 R);
- programma triennale (art. 128 C e art. 13 R);
- documento preliminare all'avvio della progettazione (art. 15 R);

Vengono anche stabiliti i criteri ai quali la progettazione deve ispirarsi (art. 90.8 C e art. 15 R) di equilibrio/sensatezza (manutenibilità, durabilità, rapporto costi benefici ecc.), economicità (quadro economico, art. 17 R, calcolo sommario spesa art. 23 R, stima sommaria art. 34 R, computo metrico estimativo art. 44 R), rispetto dell'ambiente e impatto (art.15.7 R). Quindi inizia la vera e propria progettazione che si distingue in tre fasi progressive, che interagiscono tra loro senza soluzione di continuità (art. 15.3 R):

- progetto preliminare (art. 93.3 C e artt. 18 e ss. R)
- progetto definitivo (art. 93.4 C e artt. 25 e ss. R)
- progetto esecutivo (art. 93.5 C e artt. 35 e ss. R).

Si rinvia agli articoli segnalati per il dettaglio analitico di quali sono i contenuti e le attività proprie di ciascuna delle tre fasi di progetto sopra delineate.

E' opportuno segnalare alcune rilevanti disposizioni, utili per l'appaltatore:

- art. 16 R; i quadri economici devono, da subito, contenere la previsione dell'accantonamento per l'aumento dei materiali;
- art. 26.1 R; le relazioni tecniche del progetto definitivo devono approfondire la presenza delle interferenze e dei sottoservizi ed i tempi e modi per eliminarle;
- art. 32.1 R; i prezzi unitari del computo metrico estimativo devono essere aggiornati, secondo l'art. 133.8 C, semestralmente;
- art. 32.2 e 32.4 R; vengono dettagliate le spese generali ed il loro contenuto; l'incidenza sui costi secchi (mano d'opera, materiali, noli,

trasporti) va dal 13% al 17%;

- art. 39.3; si prevede il quadro di incidenza della mano d'opera, rilevantisimo in sede di gara (art. 81.3-*bis* C)

Lo scopo della suddivisione in tre parti sembra quello di consentire al committente di seguire passo passo la progettazione per dare gli indirizzi via via ritenuti opportuni e controllare l'aspetto economico finanziario dell'iniziativa.

I passaggi da un livello all'altro sono in qualche modo vincolati, impedendosi uno stravolgimento o una sostanziale dispersione dei caratteri originali del progetto nel transito da una fase all'altra.

Così dal preliminare al definitivo si dovrà tener conto della conferenza dei servizi e della necessità di conformarsi agli strumenti urbanistici, con uno sviluppo degli elaborati tale da non doversi apportare -poi- in fase esecutiva "*significantive differenze tecniche e di costo*" (art. 24, comma 1 R).

Infatti il progetto esecutivo viene "*redatto nel pieno rispetto del progetto definitivo*", tenuto conto dei vincoli urbanistici, della conferenza dei servizi e della compatibilità ambientale, ove previsti (art.33, comma 1 R).

Per accelerare le procedure approvative, il D.L. n. 1/2012 (Crescitalia) all'art. 52 ha previsto, con una modifica all'art. 93.2 C, che possa essere omesso "*uno dei primi due livelli di progettazione*", consentendo di saltare il preliminare e partire dal definitivo, ovvero di passare dal preliminare direttamente all'esecutivo, sempre che siano assicurati i principi di progettazione del comma 1.

## 2.4 - Progetto e tipi di contratto

Altra funzione della suddivisione per livelli è quella di consentire di utilizzare i diversi livelli di progettazione in funzione del modo di affidamento dell'esecuzione dei lavori.

Le tipologie contrattuali d'appalto individuate dall'art. 53 del codice, permettono di attribuire al privato contraente l'attività di progettazione definitiva od esecutiva come rientrante nell'oggetto dell'offerta o del contratto, in tal modo ottenendo un duplice risultato: risparmio nella spesa e nei tempi, nonché la fondamentale corresponsabilizzazione dell'appaltatore nella progettazione dell'opera.

Si avranno così, *ex art. 53 comma 2 cit.*:

- a) appalto di sola esecuzione lavori;
- b) appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione sulla base di progetto definitivo dell'amministrazione (appalto integrato);
- c) appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione sulla base di progetto definitivo presentato dall'offerente in sede di gara (quello che un tempo si chiamava appalto concorso).

Il principio, comunque, che il progettista non può partecipare all'esecuzione

dei lavori rimane confermato (art. 98 comma 8 codice contratti), insieme a quello per cui negli incarichi di direzione lavori ha rilievo privilegiato il progettista (art. 91 comma 6 e 130 comma 2 R).

## **2.5 - Verifica - Validazione - Approvazione**

Interviene, anche nelle diverse fasi di progettazione, il procedimento di verifica tecnica del progetto prevista dal codice contratti (art. 93.6 e 112 C) e dettagliata con l'indicazione delle modalità di specifica attuazione, nel regolamento (da art. 44 a 59 R).

La verifica è un'attività tecnica svolta all'interno dell'amministrazione (art. 47) ovvero al suo esterno, mediante contratto di appalto di servizi affidato a soggetto particolare qualificato (art. 48 e 51 R).

Scopo della verifica è di accertare la congruità complessiva del progetto nelle sue fasi sotto una serie di particolari profili elencati dall'art. 45 del regolamento (completezza, coerenza economica, appaltabilità, durabilità, riduzione rischi contenzioso, tempistica, sicurezza, adeguatezza prezzi, manutenibilità).

Questi profili sono ulteriormente specificati nei criteri con cui le verifiche vanno effettuate: affidabilità, completezza ed adeguatezza, leggibilità, coerenza e ripercorribilità, compatibilità (art. 52 R).

Il regolamento ha così ben dettagliato attività che in precedenza erano vagamente indicate, allo scopo di finalmente dare concreta attuazione al procedimento di controllo del progetto, in ogni sua fase di realizzazione, che rivestono una importanza fondamentale per scongiurare l'aumento di spesa nella fase esecutiva dovuta a varianti e riserve dell'impresa, rimedi resi necessari proprio da una progettazione inefficace.

La fase di verifica si conclude con un rapporto (art. 54, comma 7 R), accompagnato dalla attestazione del direttore dei lavori circa l'eseguibilità del contratto (art. 106, comma 1 R)<sup>30</sup>.

Gli esiti delle verifiche sono riportate nell'atto di validazione sottoscritto dal R.U.P. (art. 55 R).

Dopo la validazione positiva può essere indetta la gara di appalto (art. 59, comma 2 R), il che porta a ritenere che la conclusione delle verifiche e la formale validazione costituiscano approvazione del progetto.

L'intervenuta validazione non esonera il concorrente all'appalto dalle dichiarazioni da presentare con l'offerta di cui all'art. 106.2 R, di conoscenza dei luoghi e, sostanzialmente, del progetto e delle condizioni economiche di contratto (art. 56.3 R).

Il D.L. n. 201/2011 ha introdotto nel codice l'art. 112-bis che prevede la

---

<sup>30</sup> In precedenza ciò avveniva dopo la gara e prima della stipula del contratto (art. 7 regolamento DPR n. 554/1999)

consultazione preliminare per lavori di importo superiore a 20 milioni di euro da affidarsi a procedura ristretta (licitazione privata); si deve instaurare un contraddittorio<sup>31</sup> tra committente e le parti, da intendersi probabilmente come candidati ammessi.

## **2.6 - Il progetto e le problematiche nell'esecuzione dei lavori.**

Il progetto ha funzione centrale nell'esecuzione dei lavori e le sue carenze si ripercuotono in modo assolutamente determinante in tale fase dell'appalto.

Il progetto diviene così rilevante per la proposizione di eventuali riserve, in quanto ogni dubbio circa la definizione dell'oggetto dell'appalto (l'opera) e che può derivare dalle carenze o contraddizioni degli elaborati è fonte potenziale di patologie nell'esecuzione dei lavori, quali, per esempio: la necessità di fermo per verifiche di fattibilità, la redazione di perizie di variante, la indispensabilità di ordini del direttore dei lavori, ecc..

Nel percorso per la formazione del progetto, fino alla fase finale dell'esecutivo, almeno in passato, non era improbabile che si presentassero delle lacune, ambiguità, contraddizioni nella specifica redazione, non colmate né nella verifica e validazione, né in sede di approvazione del progetto.

In tali ipotesi, sussistono responsabilità del committente il quale è tenuto a rispettare le dettagliate norme sul progetto, ma se le ha trascurate, ha mancato di fornire all'appaltatore la collaborazione dovuta e consistente nel dotarlo di un progetto, chiaro, completo ed eseguibile in ogni sua parte, secondo i programmi contrattuali.

Non sempre, purtroppo, è stata sufficientemente valutata la portata della responsabilità del committente nella redazione di un buon progetto quale causa dei maggiori costi od oneri dell'appaltatore e cospicuo è il contenzioso che deriva in merito durante l'esecuzione dei lavori (varianti, riserve, sospensioni ecc.).

Peraltro bisogna osservare che le nuove disposizioni sulla verifica del progetto dovrebbero, almeno nelle intenzioni, ridurre notevolmente lacune, errori ed incongruenze di cui molti progetti erano affetti in passato.

Queste nuove regole confermano peraltro ulteriormente il principio, già in precedenza affermato, secondo il quale le norme sulla progettazione devono ritenersi di carattere imperativo, con la conseguenza che la loro violazione da parte del soggetto che le deve rispettare, costituisce causa di grave inadempimento, idoneo, come estremo rimedio, alla risoluzione del

---

<sup>31</sup> Si dovrebbe intendere di tipo tecnico, vista la collocazione della norma, che, peraltro, non specifica il momento in cui si tenga tale consultazione, presumibilmente tra l'invito e la presentazione dell'offerta.

contratto, ovvero al ristoro dei danni subiti dall'appaltatore.<sup>32</sup>

Un progetto inadeguato e carente, per essere portato a normale esecuzione, potrebbe richiedere l'approvazione di una variante, rientrante tra quelle che il codice civile definisce come necessarie (art. 1660 cod. civ.) e contemplata anche nelle classificazioni del codice contratti (art. 132, comma 1 lett. e) C); ebbene, l'appaltatore in tali situazioni ha diritto a che la variante venga predisposta ed approvata dall'amministrazione, affinché gli sia consentito di portare ad esecuzione l'opera<sup>33</sup>.

Inoltre ai fini della responsabilità per le conseguenze di un progetto errato o carente occorre distinguere, in relazione al soggetto che lo ha redatto ed alle tre possibili diverse tipologie del contratto, come sono delineate dall'art. 53 C (§ 2.4).

Normalmente viene posta in gara l'esecuzione del progetto esecutivo, validato dalla stazione appaltante; in questo caso essa ne risponde integralmente ed il progettista esterno risponde verso la stazione appaltante in quanto suo prestatore di servizi.

Nelle altre due tipologie dove, in sintesi, il progetto esecutivo viene redatto dall'appaltatore, le responsabilità dovrebbero ricadere intieramente su quest'ultimo, non valendo l'approvazione del progetto da parte della stazione appaltante a ridurne la sfera di responsabilità.

Se nel corso dei lavori si hanno problemi alle opere (crolli, smottamenti, manifestazione di vizi ecc.), ovvero ad opera consegnata si manifestano vizi difetti che comportino danni (anche a terzi) o rovina dell'opera ovvero influiscano sulla sua normale fruibilità<sup>34</sup>, si pone il problema se l'appaltatore debba esserne tenuto responsabile.

La risposta che viene data normalmente dall'appaltatore è che il progetto non è suo e che quindi non risponde delle conseguenze; purtroppo non è affatto così.

Correttamente, invece, l'esperienza giurisprudenziale porta a ritenere che l'appaltatore sia quasi sempre considerato responsabile di tali conseguenze, anche se non in via del tutto esclusiva, almeno in via solidale con il committente ed il progettista.

L'unico modo per esentarsi da tale responsabilità consiste nel segnalare chiaramente il problema progettuale ed eseguire il progetto viziato solamente in presenza di esplicita imposizione del committente; in tal caso l'appaltatore diventa un mero esecutore di altrui disposizioni e cioè *nudus minister*.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Cass. 12 agosto 2010 n. 18644

<sup>33</sup> Cass. 29 aprile 2006, n. 10052, in Riv. Trim. Appalti, 2006, 896

<sup>34</sup> Secondo la garanzia decennale dell'art., 1669 cod. civ. Cass.

<sup>35</sup> Tra le molte, la recente Cass. 7 marzo 2011 n. 5388

## **2.7 - Il progetto validato e l'impossibilità della riserva**

Tutto il sistema di responsabilità dei diversi soggetti partecipanti alla realizzazione dell'opera esposto in precedenza potrebbe esser messo in discussione dalla novità, alquanto criticabile, introdotta dal D.L. n. 70/2011, che ha aggiunto all'art. 240-*bis* in materia di "*Definizione delle riserve*" il comma 1-*bis* che recita: "*Non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che, ai sensi dell'articolo 112 e del regolamento, sono stati oggetto di verifica.*".

Di questa disposizione si tratterà nel paragrafo riguardante i limiti di ammissibilità delle riserve.

## **3 - Le misure di sicurezza**

### **3.1 - La normativa sulla sicurezza nei cantieri**

Dopo l'entrata in vigore del codice contratti è stata riordinata la materia della sicurezza con il Dlgs 9 aprile 2008 n. 81, modificato successivamente alla emanazione del codice dal Dlgs 3 agosto 2009 n. 106.

Questa normativa si applica ai lavori pubblici "*per quanto non diversamente disposto*" dal codice (art. 26.7 Dlgs. n. 81/2008).

Ovviamente questa materia è piuttosto ampia e da sola necessiterebbe di una autonoma trattazione.

Codice e regolamento dettano norme specifiche in materia di salute e sicurezza dei lavoratori.

L'art. 131, comma 3 del codice prevede che il piano di sicurezza e di coordinamento (ovvero il piano di sicurezza sostitutivo) ed il piano operativo di sicurezza formino parte integrante del contratto; il costo della loro attuazione è pagato per contratto e non è soggetto a ribasso.

Addirittura viene sanzionato di nullità il contratto d'appalto o la concessione che ne siano privi (comma 5), a sottolineare il carattere di interesse pubblico ed imperatività delle norme di sicurezza.

Peraltro tale sanzione, se applicata a contratto in corso di esecuzione, non appare ragionevole, in quanto in tal modo viene ad affievolirsi proprio la tutela del lavoratore, a favore del quale tutta la normativa della sicurezza ha la sua ragion d'essere. Infatti alla eventuale dichiarazione di nullità del contratto conseguirebbe la restituzione delle prestazioni rispettivamente eseguite dalle parti, senza che da ciò possano derivare benefici di alcun tipo per il lavoratore, che verrebbe a perdere proprio la sua attività lavorativa, in ragione della sopravvenuta inesistenza dell'appalto al quale era addetto.

L'appaltatore viene responsabilizzato, nel senso che fornisce proposte

integrative al piano di sicurezza e coordinamento ed il proprio piano operativo (comma 2).

Il progetto esecutivo contiene i piani di sicurezza e di coordinamento (art. 35 lett. f R). Nel progetto preliminare (art. 34. lett. b R) sono previste le spese per la sicurezza.

Il contenuto dei piani di sicurezza è dettagliato all'art. 39 del regolamento.

I responsabili della sicurezza per il committente sono il RUP ed il progettista (art. 90.1-*bis* D.lgs n. 81/2008).

Il coordinatore della sicurezza per l'esecuzione dei lavori è normalmente il direttore dei lavori, se qualificato, altrimenti la stazione appaltante nomina un direttore operativo qualificato (art. 151 R).

### **3.2 - La rilevanza dei piani di sicurezza nell'esecuzione dei lavori**

I vari piani di sicurezza sono rilevanti nella fase di esecuzione dei lavori, qualunque sia il soggetto appaltante. Dato che i piani di sicurezza spesso regolano le modalità esecutive dell'appalto, che di norma sono invece di libera iniziativa e disponibilità dell'appaltatore (principio della "*gestione a proprio rischio*" dell'art. 1655 cod. civ.), possono verificarsi situazioni che ne impongano la modifica, il miglioramento o l'integrazione: in tutte queste ipotesi l'eventuale aggravarsi dei costi non è detto che debba sempre esser posto a carico dell'appaltatore, specie ove vi siano responsabilità del committente nella stesura dei vari piani.

In altre parole, le misure di sicurezza hanno introdotto una certa rigidità nelle modalità esecutive dell'opera, che, precedentemente, erano di esclusiva competenza dell'appaltatore, purchè conformi alle regole dell'arte e tali da garantire una buona esecuzione dell'opera; in tal modo quella che era una libertà organizzativa viene ora ad essere obbligatoriamente predeterminata per le situazioni che riguardano la sicurezza e salute dei lavoratori, che, ove subiscano alterazioni in corso d'opera, comportano il riconoscimento degli eventuali relativi oneri a favore dell'appaltatore.

Di ciò è evidenza nella disposizione dell'art. 131 comma 4 C, che prevede la possibilità che l'impresa esecutrice presenti in corso d'opera proposte di modificazioni o integrazioni al piano di sicurezza e di coordinamento ricevuto dal committente, per adeguarne i contenuti e per garantire il rispetto delle norme di prevenzione infortuni, tutela della salute dei lavoratori, eventualmente disattese dal piano medesimo.

Questi adeguamenti possono anche derivare dall'adozione di varianti ed in questo come nei casi sopra previsti, salvo quello dell'adeguamento dovuto alle tecnologie proprie dell'impresa, si deve ritenere che il corrispettivo per gli oneri di sicurezza debba essere ricalcolato e remunerato all'appaltatore. Analogamente, per il caso di un prolungamento dei lavori per responsabilità

del committente, le spese per la sicurezza che sono rapportabili alla durata dell'appalto potranno essere richieste nella riserva.

Infine si deve ricordare che gli ordini del direttore lavori devono essere sempre dati senza derogare ad eventuali previsioni del piano di sicurezza, dovendo altrimenti l'appaltatore farne segnalazione per i conseguenti responsabilità ed oneri.

## **4 - Il contratto d'appalto**

### **4.1 - In generale**

Al termine del procedimento di ricerca del contraente privato<sup>36</sup>, che si conclude con l'aggiudicazione definitiva, abbiamo il transito del rapporto tra committente ed appaltatore dalle regole (e dai principi) del diritto amministrativo a quelle del diritto comune, che viene applicato al contratto d'appalto laddove non vi siano espresse disposizioni nel codice contratti e nel regolamento attuativo (art. 2, comma 4 codice contratti).

### **4.2 - I termini e la forma**

Il contratto non può essere stipulato subito dopo l'aggiudicazione, ma vi è un periodo di congelamento ("*stand still*"), tra la data di quest'ultima e la possibilità di sottoscriverlo, allo scopo di consentire agli altri partecipanti alla gara di tutelare le loro posizioni, eventualmente lese con il procedimento di gara e il provvedimento finale di affidamento, mediante il ricorso al T.A.R.<sup>37</sup>.

Il ricorso può eventualmente essere preceduto (e ciò è opportuno) dalla informativa all'amministrazione di voler ricorrere, prevista dall'art. 243 *bis* codice appalti.

Il termine di sospensione è di trentacinque giorni (art. 11, comma 10 C) e decorre dal giorno successivo alla data di inoltro dell'ultima comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, prevista dall'art. 79, comma 5 lett. a) C.

Il termine per il ricorso al TAR contro l'aggiudicazione è quindi inferiore a quello di *stand still*: 30 giorni decorrenti "*dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva*" (art. 120. 2 cod. giust. amm.).

---

<sup>36</sup> Si tratta dei sistemi di procedura aperta, ristretta, negoziata o dialogo competitivo (art.54C)

<sup>37</sup> Art. 244 e art. 245 C; rito speciale abbreviato ex art. 120 Dlgs 2 luglio 2010 n. 104

Se insorge contenzioso sulla gara si applicano le disposizioni del codice della giustizia amministrativa, la quale ha oggi finalmente il potere di incidere con le sue decisioni anche sul contratto già stipulato, in forza di provvedimento di aggiudicazione ritenuto illegittimo, in specifici casi (art. 245 bis e ter)<sup>38</sup>.

Il contratto deve essere stipulato entro sessanta giorni dall'aggiudicazione definitiva, salvo deroghe (art. 11 comma 9 C); in caso di ritardo l'appaltatore può liberarsi notificando al committente la sua volontà al riguardo.

Il contratto deve essere obbligatoriamente stipulato per iscritto per atto pubblico o scrittura privata autenticata, salve le forme elettroniche (comma 13), non valendo ormai più l'aggiudicazione come contratto<sup>39</sup>.

Una volta stipulato il contratto non è ancora efficace, ma occorre attendere la sua eventuale approvazione secondo le regole proprie di ciascuna amministrazione, che ne condiziona l'efficacia (comma 11).

Finalmente l'esecuzione può avere inizio dopo l'approvazione del contratto, salvo i casi di urgenza che ne consentono la c.d. consegna anticipata prevista dal regolamento (art. 153, comma 1 seconda parte R).

### 4.3 - I contenuti

Il regolamento determina quali devono essere gli allegati al contratto all'art. 137; gli allegati sono: il capitolato generale, quello speciale, i grafici e le relazioni di progetto, l'elenco prezzi unitari, i piani di sicurezza, il cronoprogramma, le polizze di garanzia (comma 1).

Mentre per quali devono essere le clausole che il contratto deve contenere occorre risalire alle regole di progettazione esecutiva, che all'art. 43 R elencano gli argomenti dello schema di contratto. Si tratta di argomenti rilevanti che sono spesso già trattati dal regolamento, le cui norme non possono essere derogate<sup>40</sup>: termini, penali, programma esecuzione, sospensioni e riprese, oneri, contabilità, corrispettivi, controlli, collaudo, controversie.

Il capitolato generale di cui al D.M. 19 aprile 2000 n. 145 è in gran parte abrogato<sup>41</sup> dall'art. 358 del regolamento, ma l'art. 5, comma 7 del codice contratti lascia alle stazioni appaltanti la possibilità di adottarne uno,

---

<sup>38</sup> In passato, prima dell'attuazione della direttiva ricorsi (Dlgs 20 marzo 2010 n. 53) vi era stato forte contrasto tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato su chi avesse giurisdizione sugli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato (c.d. caducazione).

<sup>39</sup> Cos' l'art. 16 del RD 18 marzo 1933 n. 2440 di Contabilità di Stato risulta implicitamente abrogato

<sup>40</sup> Art. 5 codice contratti ed art. 1.2 regolamento

<sup>41</sup> Vedi introduzione

imponendo la forma del decreto ministeriale per le amministrazioni statali (comma 8).

E allora il regolamento determina i contenuti di quelli che saranno i futuri capitoli da adottare, indicando quali saranno le diverse voci che verranno appositamente disciplinate (art. 138 R); in realtà si tratta di argomenti ulteriormente residui che normalmente vengono trattati nel contratto e che continueranno a farne parte.

## **5 - I soggetti nell'esecuzione dei lavori**

### **5.1 - Il committente e l'appaltatore**

L'esecuzione di un lavoro pubblico può avvenire attraverso i due diversi strumenti contrattuali dell'appalto e della concessione di esecuzione e gestione<sup>42</sup>.

Quindi avremo un committente ed un appaltatore, un concedente ed un concessionario.

Mentre l'appaltatore ed il concessionario sono imprese, in diverse forme organizzate, committente e concedente possono essere pubbliche amministrazioni od enti pubblici di varia tipologia come pure soggetti di natura privatistica societaria, più o meno sottoposta a controllo o vincolo pubblico.

I soggetti coinvolti nell'esecuzione assumono diverse denominazioni, senza che ciò cambi la sostanza delle rispettive diverse posizioni giuridiche; a tal fine è utile la lettura dell'art. 3 del codice contratti, che contiene le definizioni dei termini utilizzati nella legge<sup>43</sup>.

In questo testo, per semplificazione espositiva, viene considerato il solo appalto ed utilizzati prevalentemente i soli termini committente (appaltante) ed appaltatore<sup>44</sup>.

In generale, il soggetto committente ed il soggetto appaltatore possono essere persone fisiche, come avviene frequentemente nell'appalto privato quando il committente è una persona fisica e l'impresa appaltatrice è una ditta individuale. Ma nei lavori pubblici il committente è sempre un organismo di diritto pubblico e quindi la persona fisica è da escludersi<sup>45</sup>,

---

<sup>42</sup> Si veda il titolo V del regolamento

<sup>43</sup> Ulteriore elenco di definizioni è contenuto nell'art. 3 del regolamento

<sup>44</sup> Per le grandi infrastrutture, la figura del contraente generale è una posizione assimilabile -a grandi linee- a quella dell'appaltatore.

<sup>45</sup> Con esclusione dei commissari straordinari di governo, pur sempre vincolati ad operare come un'amministrazione

mentre per il privato, più sovente, si tratta di soggetti giuridici dotati di personalità propria (società).

L'appaltatore invece può assumere tutte le figure del diritto comune, dalla persona fisica (ditta individuale) alle società, con o senza personalità giuridica, ai raggruppamenti di imprese ed ai consorzi, G.E.I.E. ecc. (art. 34 C).

Tuttavia, per eseguire un lavoro pubblico, è indispensabile che il soggetto sia qualificato (art. 40 C) e cioè in possesso di requisiti generali (art. 38 C) e speciali di tipo tecnico-economico (articoli 41 e 42 C).

La qualificazione è obbligatoria per chi esegua lavori superiori a 150.000 euro (art. 60.2 R) e si ottiene a seguito di verifica del possesso dei requisiti da parte di una S.O.A., secondo le regole di cui alla parte II titolo III art. da 60 a 96 R; altre norme sono stabilite per i contraenti generali (titolo IV R).

La qualificazione avviene per categorie di opere o lavori e per classifiche di importo (art. 61 R) e deve essere rinnovata ogni tre anni.

## **5.2 - Le figure che rappresentano il committente**

Il committente (in senso lato) è, come già visto, il soggetto tenuto ad applicare il codice contratti, così come individuato nell'art. 32 C, ed assume una molteplicità di denominazioni: appaltante, stazione appaltante, concedente, amministrazione aggiudicatrice, organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, ente aggiudicatore, altro soggetto aggiudicatore, centrale di committenza. La varietà e fantasia terminologica è dovuta ai diversi ruoli assunti nelle diverse situazioni contrattuali da parte del "committente" ed è frutto dell'applicazione della normativa comunitaria.

All'interno della stazione appaltante ed in rapporto organico con la stessa diverse sono le figure che si occupano dell'appalto di lavori pubblici e che, nei vari ruoli, rappresentano il committente.

Sono individuabili due livelli di rappresentanza nell'ambito del soggetto committente: quello legale di carattere generale e relativo all'attività propria dell'ente, che generalmente non è limitata alla sola esecuzione di lavori (presidente, amministratore delegato, direttore generale, dirigente) e quello specifico o speciale demandato alla realizzazione di una determinata opera, mediante contratto di appalto.

Il primo livello è regolato dall'atto costitutivo o dallo statuto proprio del committente, e quindi per individuare i poteri gestori e di rappresentanza di ciascuna persona fisica si dovrà vedere caso per caso: si avranno, così, rappresentanze organiche (o legali) e cioè derivanti dallo statuto, e rappresentanze volontarie (derivate dalle prime), e cioè espressamente e di volta in volta stabilite per determinati negozi o attività.

I soggetti del secondo gruppo son quelli che intervengono nel più limitato ambito dell'esecuzione dell'appalto e sono configurati e previsti dalla

normativa apposita del codice contratti.

Il comportamento dei rappresentanti della stazione appaltante ricadono su quest'ultima ai fini delle eventuali responsabilità che ne derivano, sicchè l'appaltatore non ha diritto di rivalersi sulle persone fisiche che rivestono gli specifici ruoli.

### **5.2.1 - Il responsabile del procedimento**

Il responsabile del procedimento è una figura giuridica prevista dal diritto amministrativo all'interno di ogni amministrazione per lo svolgimento dell'attività relativa ad ogni procedimento: questo è il soggetto responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, fino all'adozione del provvedimento finale (art. 5 legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo). E' cioè, per quanto qui interessa, il soggetto che, entro determinati limiti, formula e manifesta la volontà dell'amministrazione nei riguardi del privato.

La persona fisica è il dirigente preposto alla funzione all'interno dell'amministrazione o altro dipendente dal medesimo designato.

I suoi compiti sono delineati in linea generale dall'art. 6 legge cit. e consistono nell'istruire il procedimento, accertare i fatti, indire la conferenza dei servizi, curare tutte le attività previste dalle specifiche legislazioni, ed adottare il provvedimento finale.

Dai profili generali, scendendo alla specificità dei contratti pubblici e della loro esecuzione, la figura del responsabile del procedimento è centrale nell'appalto di lavori pubblici, per l'insieme delle funzioni che esercita e delle decisioni che è tenuto ad assumere e che svolgono il loro effetto nei confronti dell'appaltatore.

Il responsabile del procedimento è abbreviato in R.U.P., inteso quale responsabile unico del procedimento, nel senso che ne segue tutte le fasi diverse dalla progettazione, all'affidamento ed all'esecuzione (art. 10 codice contratti).

Il suo nominativo è indicato nel bando di gara (comma 8) e dovrà essere un tecnico (comma 5). Anche le stazioni appaltanti che non siano amministrazioni devono individuare il responsabile del procedimento (comma 9).

Tra le attività salienti, il responsabile del procedimento indirizza il direttore dei lavori in quanto gli impartisce, mediante disposizioni di servizio, le istruzioni necessarie a garantire la regolarità dei lavori (art. 152 regolamento); riceve poi dal direttore lavori dei rapporti periodici sull'andamento dell'esecuzione.

Adempie altresì ad una serie di compiti molto vasta, specie nell'esecuzione dei lavori, in quanto ha un ruolo in tutte le vicende dell'appalto che possono dare luogo a riserve, quali: le varianti, l'applicazione delle penali per ritardo,

la sospensione lavori, l'approvazione di nuovi prezzi, l'accordo bonario, la relazione riservata sulle riserve, la soluzione dei dissensi tra appaltatore e direttore lavori, ecc..

Il regolamento contempla il R.U.P. all'art. 9 e art. 10, come soggetto che *“provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo dell'intervento risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori ed in conformità di qualsiasi altra disposizione di legge in materia”*.

Tali articoli determinano in maniera ampia e dettagliata i compiti, che vanno dalla fase programmatica, di progettazione, a quella di gara ed infine a quella esecutiva.

Per quest'ultima rilevano i compiti, generalmente di vigilanza e coordinamento ed in alcuni casi decisionali, relativamente a: tempistica, sicurezza, varianti, penali, risoluzione del contratto, transazione e accordo bonario, ecc..

### **5.2.2 - Il direttore dell'esecuzione del contratto**

Si tratta di una nuova figura contrattuale, che non era contemplata nella legge "Merloni" e che nasce dal fatto che il nuovo codice contratti riunifica sotto le proprie disposizioni anche le forniture ed i servizi, per i quali non era prevista la figura di un direttore.

La figura è contemplata all'art. 119 del codice contratti, ma i contenuti sono sostanzialmente devoluti al futuro regolamento.

Il regolamento divide in due la materia, come era ovvio e necessario, dettando da una parte le disposizioni sulla direzione lavori nelle opere pubbliche (artt. 147 e ss R) e dall'altra quelle relative al direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture (artt. 300 e 301 R).

### **5.2.3 - Il direttore dei lavori**

L'art. 130 del codice contratti prevede che l'amministrazione aggiudicatrice sia obbligata ad istituire la figura del direttore dei lavori.

Nel diritto privato si tratta di una facoltà normalmente accordata al soggetto committente, secondo il quale l'appaltante ha anche il diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato e l'avanzamento (art. 1662 cod. civ.).

Inoltre una figura denominata "direttore dei lavori" è prevista specificatamente da alcune leggi, ma in tali situazioni il direttore dei lavori non è propriamente o necessariamente un soggetto collegato al committente:  
- ai fini urbanistici (art. 6 legge n. 47/1958, ora DPR 6 giugno 2001 n.

4380);

- ai fini del calcolo e dell'esecuzione delle strutture in cemento armato (art. 2 legge n. 1086 del 1971);

- ai fini delle norme di sicurezza, nel ruolo di coordinatore per l'esecuzione dei lavori (art. 151 R).

Il direttore dei lavori, in senso proprio, previsto dal regolamento è in realtà un ufficio di direzione lavori (art. 147 R), che viene istituito addirittura prima della gara, per il coordinamento, la direzione ed il controllo tecnico contabile dell'esecuzione dell'intervento.

A capo dell'ufficio sta il direttore dei lavori (art. 148 R), che interloquisce in via esclusiva con l'appaltatore per tutto quanto concerne gli aspetti tecnici dell'esecuzione dell'appalto e che ne controlla la buona esecuzione, accettando i materiali, verificandone la qualità e curando che l'esecuzione avvenga a regola d'arte e secondo il progetto ed il contratto.

Il direttore dei lavori cura soprattutto che i lavori si svolgano a regola d'arte e secondo il progetto e a lui spettano i compiti specificatamente indicati dall'art. 148 del regolamento, rivestendo altresì il compito di coordinatore per l'esecuzione dei lavori ai fini della sicurezza (art. 151 R).

#### **5.2.4 - I direttori operativi e ispettori di cantiere**

I direttori operativi previsti dall'art. 149 del regolamento sono sottoposti al direttore dei lavori come suoi assistenti e ne possono esercitare alcuni compiti, come previsto minuziosamente da tale norma.

Gli ispettori di cantiere sono altri assistenti del direttore dei lavori, contemplati dall'art. 150 R, ed hanno la prerogativa di permanere costantemente sul cantiere a tempo pieno.

#### **5.2.5 - Il progettista**

Il progettista è contemplato dall'art. 90 del codice contratti. Questi compie la propria attività prima dell'assegnazione dei lavori e non ha così ingerenze nell'esecuzione dell'opera, se non viene appositamente chiamato per particolari esigenze, ad esempio per le varianti.

Tuttavia, siccome lo stesso soggetto che è progettista è sovente chiamato anche ad assumere la funzione di direttore lavori (art.130, comma 2, lettera b) C), si possono creare inconvenienti o patologie.

Non è raro che, nella veste di direttore lavori, la stessa persona che era stata progettista, tenda a sottovalutare e minimizzare l'insorgenza di problemi progettuali in fase esecutiva, allo scopo di tutelare o coprire eventuali carenze del compito precedentemente svolto; così -per esempio-bloccando o mitigando le varianti o disponendo cambiamenti non altrimenti non

consentiti nelle lavorazioni, nelle opere o nei materiali, all'esclusivo scopo di eludere proprie responsabilità nello svolgimento del precedente ruolo.

### **5.2.6 - Il collaudatore**

La disciplina del collaudo è demandata dal codice contratti al regolamento (art. 120 C).

Si tratta di un soggetto regolato dall'art. 216 del regolamento, dotato di peculiari caratteristiche, la cui attività interviene a lavori ultimati, ovvero in corso d'opera, nei casi obbligatori di cui all'art. 141, comma 7 del codice contratti e nei casi di cui all'art. 215, comma 4 del regolamento.

La sua funzione è di verificare e certificare che l'opera o il lavoro sono stati eseguiti a regola d'arte e secondo le prescrizioni tecniche prestabilite in contratto o in sede di varianti debitamente approvate (art. 215 comma 1 regolamento).

La sua figura è prevista dall'art. 216 del regolamento che ne delinea le capacità e competenze, nonché stabilisce i compiti e le attività. Può essere rappresentato da un soggetto singolo o da più soggetti riuniti in commissione, nominato in corso d'opera, nei detti casi previsti, o con la fine dei lavori.

E' un soggetto che dovrebbe garantire, attraverso esperienza e professionalità, un'indipendente capacità valutativa sull'andamento dei lavori, sulla contabilità dei medesimi e sulle riserve iscritte, mediante apposite relazioni, ritenute generalmente rilevanti nella pratica, al fine di dirimere le controversie.

## **5.3 - L'appaltatore**

### **5.3.1 - Il rappresentante**

All'impresa appaltatrice spetta la conduzione tecnica dell'esecuzione dei lavori, che si sostanzia in una serie complessa di attività di organizzazione dei mezzi per dare l'opera finita al committente: vi rientrano pertanto l'assunzione del personale di ogni livello, l'acquisto dei materiali, i trasporti, l'utilizzo di proprie attrezzature, mezzi d'opera, macchinari, impianti, ovvero il loro noleggio, l'organizzazione della sede, l'amministrazione, gli adempimenti fiscali ecc.

Queste attività, nell'ambito del singolo contratto di appalto, vengono normalmente svolte sotto la direzione di una persona fisica, che può anche essere il diretto interlocutore del committente e che prende tutte le decisioni

occorrenti all'esecuzione dei lavori: è normale che tale persona fisica sia dotato di poteri di rappresentanza dell'impresa appaltatrice vuoi verso i terzi che verso il committente, ma potrebbero anche essere due figure distinte, anche se nella pratica ciò succede raramente.

Sotto il profilo formale, riguardo ai rapporti con la stazione appaltante, il soggetto autorizzato ad interagire è lo stesso appaltatore, che può condurre in proprio i lavori, ovvero un soggetto dallo stesso nominato, espressamente e necessariamente munito di poteri di rappresentanza verso la stazione appaltante.

Il regolamento parla di "Esecutore" per la firma dei registri di contabilità, senza entrare in dettagli sul soggetto (art. 190 R).

### **5.3.2 - Il direttore tecnico**

L'art. 87 del regolamento tratta della direzione tecnica dell'impresa ai fini della qualificazione delle imprese.

La figura del direttore tecnico, le sue qualifiche e caratteristiche sono delineate in tale disposizione; se non è l'imprenditore stesso, dovrà esserne un dipendente od un collaboratore in possesso di contratto d'opera registrato, per evitare che venga aggirata la disposizione circa la impossibilità per il direttore tecnico di avere analogo incarico in altra impresa.

Dell'operato del direttore tecnico risponde l'appaltatore, sia verso il committente che verso i terzi, in base ai principi civilistici dell'art. 1218 e 2049 cod. civ..

In caso di lavori rilevanti o per particolari esigenze, sottoposto al direttore tecnico è il direttore di cantiere, con eventuali suoi assistenti: si tratta di soggetti delegati sempre dall'appaltatore, ma che hanno funzioni solo di carattere organizzativo interno all'impresa e che per tali ragioni non trovano apposita regolamentazione delle loro attività o funzioni.

## **6 - L'oggetto del contratto e il corrispettivo**

### **6.1 - L'oggetto**

La prestazione finale che l'appaltatore deve fornire, la sua obbligazione, consiste nell'esecuzione dell'opera che è l'oggetto dell'appalto; generalmente si tratta di un'opera nuova, ma può anche consistere in una serie di lavori sia su opere o manufatti già esistenti (manutenzioni, ristrutturazioni ecc.), sia *ex novo* (es. demolizioni, scavi).

Nel contratto è contenuta la definizione del suo oggetto, che è precisata

meglio nel progetto esecutivo ed in tutti gli allegati del contratto (capitolati tecnici e prescrizioni esecutive, ecc.).

Può anche formare oggetto dell'appalto l'attività di progettazione esecutiva, sia partendo dal definitivo, che dal preliminare, avendo l'appaltatore presentato il definitivo in offerta (art. 53.2 C): si parla allora di appalto integrato, previsto dagli artt. 168 e 169 del regolamento.

In tali casi l'esecuzione dei lavori può iniziare solamente dopo la approvazione del progetto esecutivo (art. 53, comma 5 codice contratti).

La rilevanza dell'oggetto dell'appalto consiste nel delimitare il campo delle prestazioni dovute al committente, consentendo di individuare quelle lavorazioni che, non rientrandovi, sono prestazioni in variante o extracontrattuali, per le quali l'appaltatore può avanzare pretese di maggiori compensi.

Il committente è tenuto, per parte sua, ad eseguire la obbligazione principale che consiste nel pagamento del prezzo pattuito.

## **6.2 - Le modalità di determinazione del corrispettivo**

Il corrispettivo a fronte della prestazione fornita dall'appaltatore è il prezzo del contratto che il committente è tenuto a pagare e che, nell'appalto pubblico, deve essere obbligatoriamente indicato nel contratto, secondo i principi generali di contabilità pubblica<sup>46</sup>.

Per stabilire il prezzo si parte dai prezzi unitari che vengono applicati al computo metrico estimativo, contenente le quantità delle lavorazioni.

Tale computazione avviene in fase di progetto definitivo (art. 32 R).

I prezzi unitari utilizzati sono quelli dedotti dai vigenti e aggiornati prezziari delle stazioni appaltanti e sono composti da tre diverse parti (art.32 R):

- prezzo elementare, costituito da materiali, mano d'opera, noli e trasporti;
- maggiorato di una percentuale dal 13 al 17% per spese generali;
- maggiorato di una percentuale del 10% per l'utile.

Il costo della mano d'opera è determinato periodicamente da tabelle del Ministero del Lavoro (art. 86, comma *3bis* C e art. 39, comma 3 R).

Le spese generali sono composte da diverse voci: spese di contratto, oneri finanziari (polizze ecc.), organizzazione e gestione di sede, gestione personale di cantiere e direzione tecnica, cantierizzazione e smobilizzo, trasporto materiali e mezzi, topografia, accesso al cantiere e sua gestione, locali d.l., passaggi e occupazioni temporanee, custodia e conservazione opere fino al collaudo, adeguamento sicurezza, altri oneri previsti in capitolato (art. 32, comma 4 R).

Il prezzo così formato viene posto a base di gara e, dopo il confronto con il

---

<sup>46</sup> Ex art. 12 RD n. 2440/1923. Nell'appalto privato può invece addirittura essere omesso e determinato dal giudice art. 1657 c.c.

mercato, diviene il prezzo di aggiudicazione e di contratto, al netto del ribasso di offerta.

I modi con cui fissare questo prezzo sono: a corpo (*forfait*) ovvero a misura (art. 53, comma 4 codice contratti): nel primo caso il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione; nel secondo caso il prezzo indicato in contratto è da intendersi come presunto, risultando quello effettivo dalla applicazione dei prezzi unitari alle quantità di opere eseguite e misurate. Nello stesso contratto si possono prevedere parti dell'opera pagate a corpo e parte a misura.

La differenza tra i due modi di stabilire il corrispettivo è nella collocazione del rischio sulle effettive misure finali dell'opera: nell'appalto a corpo il rischio è assunto dall'appaltatore, in quello a misura dal committente.

La quasi totalità dei contratti è pagata a corpo, essendo ammessa la modalità a misura solo per i lavori fino ad €. 500.000,00 odi manutenzione, restauro, scavi e fondazioni.

Lo scopo del contratto a corpo è quello di evitare le misurazioni finali dell'opera per determinarne il prezzo definitivo e quello di garantire al committente maggiori margini di certezza sulla spesa; ciò non toglie che il compenso pattuito costituisca il corrispettivo solamente dell'opera rappresentata nel progetto, restando possibile per l'appaltatore percepire anche in un contratto a corpo maggiori corrispettivi per oneri sostenuti in dipendenza da circostanze a lui non imputabili o per attività al di fuori delle previsioni contrattuali (le riserve).

Perciò, nel contratto a corpo il prezzo non può essere modificato sulla base delle verifiche delle quantità o qualità delle prestazioni ed il computo metrico estimativo vale solo per lo studio dell'intervento.

Si deve bene avere presente che il concorrente è obbligato nella sua offerta a controllare le voci e le quantità e tenere comunque conto delle voci o quantità che ritiene eccedenti o mancanti, mediante apposita dichiarazione espressa (art. 118, comma 2 R).

Come detto, è anche possibile che uno stesso appalto venga remunerato in parte a corpo ed in parte a misura; il problema è solo che le due parti siano definite con chiarezza (art. 53, comma 4 cit.).

Infine è anche possibile derogare al generale principio del codice civile, secondo il quale il prezzo dell'appalto può essere costituito solamente dal danaro (art. 1655 cod. civ.)<sup>47</sup>.

Infatti, è ammessa nei contratti pubblici la possibilità che il prezzo sia sostituito in tutto o in parte dall'acquisizione in capo all'appaltatore di un bene immobile dell'amministrazione (53 comma 6 C). Il passaggio di proprietà potrà avvenire solo dopo il collaudo delle opere e l'approvazione

---

<sup>47</sup> La prassi immobiliare di pagare con appartamenti parte del corrispettivo dell'appalto dà luogo a contratti misti la cui regolamentazione si rivela sovente fonte di contenzioso.

del relativo certificato (comma 7).

La possibilità di discutere sull'ammontare del corrispettivo fissato a corpo, come, ad esempio, invocando errori di calcolo o altro, appare attualmente alquanto più limitata che in passato, avendo codice e regolamento "blindato" la normativa a favore della stazione appaltante.

### **6.3 - Il prezzo nel tempo - Adeguamento prezzi (prezzo chiuso e compensazione)**

Il principio riguardo alla formulazione del prezzo è dato dal prezziario della stazione appaltante, che deve essere aggiornato annualmente, secondo l'art. 133 comma 8 C.

L'applicazione di questa disposizione dovrebbe in qualche modo garantire l'appaltatore sull'adozione di un prezzo aggiornato, al meno fino al momento dell'offerta.

Il corrispettivo prezzo dell'appalto di lavori stabilito in contratto è fisso ed invariabile per tutta la durata del contratto, come diceva l'art. 326 legge fondamentale del 1865 e dice oggi, in altri termini, l'art. 133, comma 2 C, disponendo che *"non si può procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'art. 1664 del codice civile"*.

Tale norma del codice civile per l'appalto privato consente, invece, un costante riequilibrio tra le prestazioni, per superare le difficoltà che il contratto potrebbe risentire in conseguenza di imprevedibili incrementi di costi (art. 1664, 1° comma, in relazione con l'art. 1467 cod. civ.).

Il codice contratti prevede l'adeguamento prezzi, ma solo per i contratti di fornitura e servizi ad esecuzione periodica o continuativa (art. 115 C).

Non è così negli appalti di lavori, come detto sopra.

Peraltro, in passato ed in particolari situazioni economiche pregresse del paese per la presenza di elevati tassi di inflazione, era stata emanata una legislazione che, in deroga all'invariabilità del prezzo delle opere pubbliche, prevedeva un meccanismo pressoché automatico di adeguamento del corrispettivo al decorrere del tempo: la revisione prezzi, regolata a partire dal d.l.c.p.s. 6 dicembre 1946 n. 1501 fino a giungere all'art. 33 della legge 28 febbraio 1986 n. 41.

Dopo l'entrata della lira nel sistema europeo, i problemi inflattivi nazionali si sono grandemente ridimensionati, talché il legislatore ha provveduto a capovolgere il contenuto e la portata dell'ultima delle norme citate in materia, che alla sua emanazione ammetteva il compenso per revisione prezzi (e il c.d. prezzo chiuso), con l'introduzione di modifiche che hanno, di fatto, abolito l'istituto (d.l. 11 luglio 1992 n. 333 e legge 23 dicembre 1992 n. 498).

Tuttavia la disposizione dell'art. 133, comma 2 C, viene mitigata in due modi: con la reintroduzione del prezzo chiuso (comma 3) e con la compensazione per l'aumento dei singoli materiali (comma 4).

La forma di prezzo chiuso (già prevista all'art. 26, comma 4 della legge quadro ed ora art. 133, comma 3 e *3bis* C), consente un incremento del corrispettivo così calcolato: il prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, viene aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2%, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione degli stessi. Tale percentuale è fissata con decreto dal Ministro dei Lavori Pubblici, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2%.

Del meccanismo è data applicazione attraverso il cronoprogramma, contrattualmente stabilito per questo specifico scopo dall'art. 42 del regolamento.

Il prezzo chiuso si applica dietro istanza dell'appaltatore da presentare in termini decadenziali (art.133, comma *3-bis* C) con le modalità di cui all'art. 172 R.

L'applicazione del prezzo chiuso sembra rara, in una situazione di mercato ove il tasso inflattivo è sotto stretto controllo sia a livello governativo nazionale che comunitario.

L'altro sistema che introduce un potenziale aumento (o decremento) del corrispettivo è quello della *compensazione*, che opera per incrementi (o decrementi) dei prezzi dei singoli materiali da costruzione (principalmente metalli e cemento) superiori al 10% del prezzo alla data dell'offerta, derivanti da circostanze eccezionali, sempre nei limiti delle disponibilità finanziarie di cui al comma 7 (art. 133 commi 4 e ss. C).

L'appaltatore presenta apposita istanza (art. 133, comma *6bis* C), cui segue un procedimento regolato dall'art. 171 del regolamento che comporta le seguenti fasi:

- il Ministro rileva l'esistenza dell'aumento
- applicazione dell'aliquota eccedente il 10% al prezzo del materiale aumentato, desunto dal contratto dalle analisi
- applicazione alle quantità eseguite.

L'esistenza dell'aumento viene accertata con un decreto che specifica le variazioni annuali dei prezzi delle materie prime

Con il D.L. n. 70/2011 (art. 4, comma 2, lett. o) è stata pesantemente ristretta la possibilità di accedere alla compensazione, in quanto vi si farà luogo solo per *“la metà della percentuale eccedente il 10% e nel limite delle risorse”* accantonate per imprevisti di cui all'art. 133, comma 7.

Ne segue che *“La compensazione è determinata applicando la metà della percentuale della variazione che eccede il 10 per cento del prezzo dei*

*singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nell'anno solare precedente al decreto” del Ministero delle Infrastrutture (comma 6), “nelle quantità accertate dal direttore dei lavori”.*

Rimane da dire di una residua astratta ipotesi di tutela dell'appaltatore, quella di chiedere al Giudice (o al Collegio Arbitrale) la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

L'ipotesi appare remota perchè, in presenza di aumenti dei prezzi, possa trovare ingresso una richiesta di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 cod. civ.; i presupposti, assai stringenti, che si dovrebbero verificare consisterebbero in un tasso inflattivo a due cifre, non prevedibile nè auspicabile.

Concludendo, in sintesi e per chiarezza terminologica:

- la *revisione prezzi* (materiali, mano d'opera, mezzi, noli e trasporti) è il termine che identifica un istituto ormai archeologico, uscito dal vocabolario dei lavori pubblici, ora sostituito, in parte, dalla compensazione;
- *l'adeguamento dei prezzi* è un termine utilizzato dal regolamento che comprende prezzo chiuso e compensazione (Parte II, Titolo VIII, Sezione V);
- il *prezzo chiuso* è un meccanismo di adeguamento automatico dell'intero prezzo, in caso di aumento del tasso di inflazione;
- la *compensazione* opera in aumento o diminuzione e per i soli materiali, in caso di variazioni superiori al 10% e per la sola metà della variazione intervenuta.

## **7 - La consegna dei lavori**

### **7.1 - In generale**

La consegna dei lavori si sostanzia nell'attività di messa a disposizione dell'appaltatore dei luoghi o dell'area sulla quale deve eseguirsi l'opera pubblica e svolge la funzione contrattuale di far decorrere dalla sua data il termine per l'ultimazione dei lavori.

La consegna dei lavori può quindi essere considerata sotto due profili, quello sostanziale e quello formale.

Il primo consiste nell'atto di collaborazione del committente che mette a disposizione dell'appaltatore l'area e quanto contrattualmente ed eventualmente previsto (ad es. cave, materiali ecc.) per consentire al medesimo di eseguire la propria prestazione e consegnare l'opera promessa. Effetto principale della consegna è che con l'immissione nel luogo ove si

eseguono le opere l'appaltatore ne diviene detentore.

Tale qualifica gli consente la tutela possessoria in caso di spoglio<sup>48</sup>, di cui all'art. 1168 cod. civ. verso chiunque, anche il committente; quest'ultimo ha, tuttavia, il potere di ottenere d'ufficio la restituzione dell'area a seguito della dichiarazione di risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltatore (139.1 C).

Il secondo, quello formale, ha la funzione di individuare il momento dal quale decorrono i tempi esecutivi previsti necessariamente nel contratto.

Nella prassi viene erroneamente considerato prevalente il lato formale, mentre attualmente la legislazione ha meglio dettagliato tutti gli aspetti necessari a che la disponibilità dei luoghi sia effettiva ed il progetto eseguibile.

Il nuovo codice contratti non entra nella materia della consegna lavori, trattandosi di situazioni che attengono la mera fase esecutiva, tutt'ora disciplinata dal regolamento.

Con la riforma delle norme in materia di appalto di lavori pubblici si sono cercate di eliminare alcune patologie che la insufficiente capacità gestionale, mostrata negli anni recenti dalle stazioni appaltanti, aveva reso possibile sotto il precedente ottocentesco regime regolamentare, il quale si fondava su un attento e scrupoloso comportamento dei funzionari e su una naturale lentezza nei mutamenti del territorio.

Infatti, i lunghi tempi intercorrenti tra la progettazione e l'approvazione dell'opera e ancora tra la gara e l'inizio dei lavori, uniti alla frammentazione delle autorità interessate al territorio, rendono possibile, nei recenti tempi di accelerata urbanizzazione, una modificazione dei luoghi che può porre gravi limitazioni all'eseguibilità dell'opera; si pensi -per esempio- alla posa di cavidotti o condotte in un'area dove, successivamente al progetto, va ad essere realizzata una strada, che in tal modo renderebbe necessaria la preventiva rimozione dei sottoservizi.

Senza nascondersi che una progettazione nel tempo sempre più approssimata e superficiale, non sempre teneva conto della effettiva situazione dei luoghi, oggi assai complessa per l'espandersi della urbanizzazione e la pressione demografica ed industriale.

La giurisprudenza contabile aveva elaborato un valido principio di cui è stata data ampia applicazione dai giudici di merito, specialmente arbitrali, nelle controversie conseguenti.

Si tratta dell'applicazione dell'art. 5 del regolamento approvato con r.d. n. 350 del 1895, per il quale, prima di dar corso ai lavori, si deve mettere il progetto a confronto con i luoghi ove esso deve essere eseguito, per verificarne la fattibilità.

Il rimedio ha consentito agli appaltatori di trovare risarcimento per quelle situazioni che impedivano un normale inizio delle attività, ovvero la loro

---

<sup>48</sup> Cass. 18/6/1992 n. 7520; Cass. 21/8/1996 n. 7700

regolare prosecuzione.

Oggi la situazione appare ampiamente ed analiticamente regolamentata nel dettaglio, talché sembra sussistano le condizioni per cui le patologie del passato trovino un possibile rimedio, con l'attenta applicazione della nuova disciplina regolamentare.

## **7.2 - Attività preliminari**

La consegna è preceduta da attività cautelative che si svolgono in fasi antecedenti al contratto.

*Prima della gara.* Una prima verifica è posta a carico del responsabile del procedimento, il quale, prima di avviare le procedure di affidamento in gara, deve ottenere l'attestazione del direttore dei lavori sull'accessibilità alle aree, l'assenza di impedimenti sopravvenuti dopo l'approvazione del progetto e la realizzabilità del medesimo sul terreno (art. 106.1 R). Anche l'attuazione degli espropri mediante occupazione d'urgenza devono possibilmente precedere la gara.

*In gara, in sede di offerta.* Una seconda cautela è stata posta nell'imporre all'offerente di dichiarare in sede di gara di aver visitato i luoghi, di conoscere le condizioni locali, la viabilità, le cave, le discariche e tutto quant'altro possa influire sulle condizioni contrattuali, sui prezzi e sull'esecuzione dei lavori, che devono esser ritenuti realizzabili (art. 106.2 R).

*Prima della firma del contratto.* La terza previsione è contenuta nell'art. 106.3 R e contempla una dichiarazione concordemente verbalizzata dell'appaltatore e del responsabile del procedimento, prima della stipulazione del contratto, nella quale si dia atto del permanere delle condizioni che consentono la immediata esecuzione dei lavori.

Come si vede, si è cercata la rassicurazione, in tre successivi momenti temporali del rapporto tra committente ed appaltatore, che il progetto esecutivo approvato e validato sia ancora attuale e subito eseguibile.

L'intento è quello di evitare, finché possibile, molteplici possibili controversie causate dall'approssimazione del progetto e dai rapidi mutamenti subiti dal territorio, uniti a tempistiche sovente lunghe, che comportavano l'insorgere di richieste di maggiori compensi da parte dell'appaltatore che si trovava, in tutto o parzialmente, impedito nella regolare intrapresa dei lavori.

## **7.3 - Le modalità**

La consegna viene avviata dal responsabile del procedimento il quale ne autorizza il direttore dei lavori, dopo che il contratto è divenuto efficace e

cioè approvato dall'organo competente o registrato dalla Corte dei Conti o, quando non sia prevista approvazione, entro 45 giorni dalla firma del contratto (art. 153.1 R).

Il direttore dei lavori procede con ordine di servizio convocando, per un giorno ed un luogo prestabiliti, l'appaltatore, il quale dovrà presentarsi munito del personale e dei mezzi materiali occorrenti alla precisa individuazione topografica del luogo ove l'opera andrà ad eseguirsi (art. 153.3 regolamento).

Le modalità della convocazione non sono prestabilite, ma ad evitare problemi probatori nel caso in cui l'appaltatore non si presenti, conviene che la medesima sia effettuata mediante comunicazione scritta di cui sia documentato il ricevimento da parte dell'appaltatore.

Le modalità concrete con le quali si svolge l'attività di consegna dei lavori sono delineate negli articoli 153.5 e 154.1 R; l'impresa effettua i tracciamenti ed individua il luogo preso in consegna, ponendo picchetti, capisaldi e sagome, che deve costantemente mantenere.

La rappresentazione dettagliata di tali attività avviene attraverso la stesura di un verbale redatto in contraddittorio con il direttore dei lavori, che deve contenere (artt. 153.6 e 154 R): le operazioni, principalmente topografiche, eseguite; aree, cave, locali e mezzi d'opera concessi all'appaltatore; la dichiarazione dell'appaltatore che l'area è libera e che non vi sono impedimenti all'esecuzione dei lavori (art. 154.1 lett. c R).

Il verbale è sottoscritto in doppia copia, di cui una viene inviata al responsabile del procedimento, che ne lascia copia autentica all'appaltatore (art.154.4 R).

#### **7.4 - I tipi di consegna: d'urgenza, parziale e frazionata**

La consegna *d'urgenza* è contemplata dal codice ed è quella che si effettua dopo l'aggiudicazione e prima della stipulazione del contratto, in casi d'urgenza; in passato si diceva "*sotto le riserve di legge*" (art. 11.9 C ed artt. 153 commi 1 e 4 e 154.3 R).

Si parla di consegna *parziale* allorchè viene consegnata solo una parte delle aree, se ciò sia precisato in capitolato speciale e lo richieda la natura e l'importanza dell'opera (art. 154.6 R); sottoipotesi è quella della consegna *parziale a causa di temporanea indisponibilità dell'area* (art. 154.7 R).

Ove lo giustifichino l'estensione delle aree o l'importanza dell'opera, la consegna può richiedere un tempo più lungo del normale ed in tal caso è consentito il *frazionamento* delle operazioni in più tempi o in più luoghi (art. 154.2 R); la consegna è considerata pur sempre totale, ma sarà rappresentata in più verbali, che comunque andranno considerati complessivamente.

## 7.5 - I termini

Il termine entro il quale la consegna deve intervenire è di 45 giorni, che decorrono da tre diverse date (art. 153.2 R):

- se il contratto non necessita di approvazione, dalla data di stipulazione,
- se il contratto deve essere approvato, dalla data dell'approvazione,
- se il contratto è sottoposto a registrazione alla Corte dei Conti, dalla data della registrazione del decreto di approvazione.

## 7.6 - La consegna d'urgenza

Come detto al § 7.3 è prevista una ipotesi particolare di *consegna d'urgenza*, anticipata rispetto alla stipulazione del contratto ma comunque successiva all'aggiudicazione definitiva, in presenza di effettive ragioni di urgenza (artt. 11.9 C, 153.1 e 153.4 R)

Si tratta di quella che nella precedente legislazione era chiamata la consegna "sotto le riserve di legge", successiva al "deliberamento" (di affidamento dei lavori) e precedente al contratto o alla sua esecutività<sup>49</sup>.

Non è possibile procedere alla consegna d'urgenza finchè: non sono decorsi 35 giorni dall'ultima comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ai concorrenti (condizione *stand still* art. 11.10 C); oppure, in caso di ricorso al TAR sull'aggiudicazione, il Giudice non abbia ancora provveduto cautelamente in sede di sospensiva (art. 11.10-ter C).

In questa ipotesi eccezionale, le cui regole sono sparse in diversi articoli del regolamento e mal collegate tra loro, l'appaltatore può eseguire solamente quelle prestazioni che devono risultare ben delimitate nel verbale di consegna, in relazione al programma lavori (art. 154.3 R), allo scopo di consentire al D.L. la loro contabilizzazione, in caso di mancata stipulazione del contratto (art. 153.4 R).

Dopo la consegna d'urgenza possono verificarsi tre ipotesi.

Nella prima ipotesi, il contratto viene stipulato e approvato in termini, e allora il direttore dei lavori revoca le limitazioni inizialmente poste e l'opera può procedere completamente e regolarmente, ma il termine continua a decorrere dall'iniziale consegna. (art. 154.3 R).

Nella seconda ipotesi, vi è ritardo, ma il contratto viene poi stipulato e approvato seppur con ritardo; l'appaltatore si trova così ad eseguire la propria prestazione in modo non efficace e ridotto rispetto alle previsioni di programma, essendo l'ambito delle sue possibilità operative limitato dal verbale di consegna; potrà allora richiedere un indennizzo per gli oneri subiti in conseguenza della ridotta produzione, maturando comunque il

---

<sup>49</sup> Art. 337 legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. F.

diritto alla fissazione di un termine suppletivo per l'ultimazione dei lavori. Non pare necessario indagare sulle responsabilità del ritardo, posto che la consegna dei lavori rientra tra i compiti di collaborazione cui è tenuto il committente, che è esonerato dal compimento di tali attività solamente nelle ipotesi contemplate dal diritto comune: di forza maggiore o impossibilità sopravvenuta.

Nella terza ipotesi, il ritardo permane e il contratto non viene stipulato nè approvato prima della diffida dell'appaltatore. Questo caso è assimilabile nel suo trattamento al ritardo *tout court* nella consegna, di cui al paragrafo 7.8.

### **7.7 - La consegna parziale**

E' ammessa la consegna parziale, che non va confusa con quella, *frazionata*, in più tempi o più luoghi (art. 154.2 R), prevista in caso di peculiarità dell'opera o dei mezzi da impiegarsi e consistente nel rilascio all'appaltatore di una porzione definita del terreno e che, quindi, comporta la possibilità di un inizio di tutti i lavori possibili, ma in forma ridotta.

L'art. 154.6 limita l'ambito di ammissibilità della consegna parziale, prescrivendo che tale possibilità debba essere prevista fin dall'inizio nel capitolato speciale e che quest'esigenza del Committente sia giustificata o dalla natura o da specificità o dall'importanza dell'opera; si tratterà quindi di opere complesse, di vaste dimensioni, estese sul territorio, ovvero di situazioni particolari che richiedano tempistiche frazionate per l'attività di consegna.

Si susseguiranno così dopo la prima consegna parziale, altre consegne; dall'ultima di queste, quando l'opera sarà intieramente consegnata decorre il termine contrattuale per l'ultimazione dei lavori.

La consegna parziale, ove non prevista contrattualmente, comporta responsabilità per il committente, il quale versa in una situazione di non perfetto adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali, nei confronti dell'impresa esecutrice, per gli oneri cui questa è sottoposta.

### **7.8 - Il ritardo nella consegna dei lavori**

Se il ritardo dipende dall'esecutore, che non si presenta benchè convocato regolarmente, a questi spetta una nuova data; se l'esecutore si presenta a questa nuova data il termine decorre comunque dalla prima convocazione (art. 153.7 R)

Se l'esecutore non si presenta neppure alla nuova data, il committente ha facoltà di risolvere il contratto e incamerare la cauzione (art. cit.).

Trattiamo ora del ritardo non dipendente dall'aggiudicatario o dall'appaltatore, ma di quello dipendente da *"fatto o colpa della stazione*

*appaltante*" (art. 154.8 R).

I ritardi sono di due tipi: vi è ritardo nella consegna perchè vi è ritardo nella stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, oppure vi è ritardo nella consegna dopo la stipulazione del contratto.

Nel primo caso si prevede che l'aggiudicatario possa svincolarsi, attivando la particolare procedura per sciogliersi da ogni vincolo contrattuale prevista dall'art. 11.9 C, notificando apposito atto di significazione alla stazione appaltante; in tal caso l'aggiudicatario non ha diritto a indennizzi di sorta ma al solo rimborso delle spese contrattuali documentate.

In questo caso rientra anche l'ipotesi in cui vi sia stata consegna d'urgenza ma ritardi la stipulazione del contratto, con la differenza che qui vi è diritto all'indennizzo, avendo l'aggiudicatario titolo per il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori e gli approvvigionamenti ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per le opere provvisorie (art. 11.9 C). Il titolo di tali rimborsi è nel principio dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 cod. civ., per il quale, ove manchi un titolo (in questo caso non c'è il contratto), la prestazione eseguita da una parte a favore di un'altra e che comporti per quest'ultima un aumento patrimoniale, deve essere indennizzata; si tratta di debito di valore, soggetto a rivalutazione ed interessi.

Nel secondo caso, in cui il contratto sia stipulato ma non intervenga nel termine dei 45 giorni dall'aggiudicazione la consegna dei lavori, l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto, notificando apposita istanza, con opportuna fissazione di un termine per adempiervi (ex art. 1217 cod. civ.). La scelta a questo punto passa al committente che ha due vie a disposizione.

Se l'istanza viene accolta, l'appaltatore ha diritto *"al rimborso di tutte le spese contrattuali nonché di quelle effettivamente sostenute e documentate ma in misura non superiore ai limiti indicati dall'art. 157"* (art. 153.8 R) e il contratto si scioglie, rimanendo l'appaltatore liberato da ogni obbligo.

Se l'istanza non viene accolta e si procede tardivamente alla stipulazione del contratto, l'appaltatore *"ha diritto ad un compenso per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo le cui modalità di calcolo sono stabilite dall'art. 157"* e quindi si fa luogo all'esecuzione dell'appalto.

Tuttavia, l'istanza di recesso non può essere respinta se il ritardo nella consegna dei lavori supera la metà del termine contrattuale o sei mesi complessivi (art. 153.9 R).

L'art. 157 R regola le conseguenze economiche dell'accoglimento dell'istanza al primo comma e quelle del respingimento dell'istanza al secondo comma.

Si faccia attenzione alle decadenze (art. 157 commi 4 e 5 R):

- in caso di accettazione, la richiesta delle spese sostenute, nei limiti percentuali prestabiliti nel primo comma è sottoposta a decadenza per il decorso del termine di sessanta giorni dall'accoglimento dell'istanza di

recesso;

- in caso di non accoglimento, la richiesta di pagamento degli importi spettanti per il secondo comma va formulata "*mediante riserva da iscrivere nel verbale di consegna dei lavori e da confermare debitamente quantificata nel registro di contabilità con le modalità di cui all'art. 190*", riguardante la normale quantificazione delle richieste di cui alle riserve.

Se il committente non risponde all'istanza, nel termine assegnatogli, si deve ritenere che non intende procedere alla consegna ed allora il contratto può ritenersi sciolto. Questa ipotesi, non è espressamente prevista dal regolamento, ma dovrebbe ritenersi implicitamente ammessa, in quanto già l'art. 153.9 R prevede che nel caso in cui il ritardo nella consegna superi la metà del termine per l'esecuzione dei lavori ovvero sei mesi, la committente non possa respingere l'istanza dell'appaltatore ed imporre il tardivo inizio dei lavori.

Infine, cosa accade se l'appaltatore non presenta l'istanza e accetta comunque una tardiva consegna dei lavori ?

In tale caso la sua eventuale riserva con richiesta di indennizzi perde di qualsiasi valore; questa conseguenza è ormai pacificamente stabilita dalla giurisprudenza, che, peraltro, appare criticabile imponendo al privato che voglia essere indennizzato da comportamenti illegittimi della committente, di ricorrere al rischioso ed estrema soluzione dell'istanza di scioglimento del contratto, piuttosto che improntare la soluzione del problema a rimedi che consentano la sopravvivenza del vincolo contrattuale.

## **7.9 - Le patologie della consegna lavori**

Oltre alle ipotesi viste sopra, nelle quali la consegna o interviene con ritardo o non interviene del tutto, vi sono le ipotesi in cui la consegna interviene, ma le sue modalità non consentono l'esecuzione dei lavori.

Innanzitutto il direttore lavori è responsabile della verifica della corrispondenza del verbale di consegna dei lavori all'effettivo stato dei luoghi (art. 155.1 R)<sup>50</sup>.

Può darsi che vengano constatate delle *differenze* tra progetto e le condizioni locali, anche dopo e nonostante tutti i controlli di cui si è detto in precedenza; in tal caso il d.l. non può procedere alla consegna e ne informa il RUP, indicando le cause ed i rimedi possibili (art. 155.2 R).

Il RUP, su benestare del committente, quando le opere ineseguibili siano di importo inferiore al quinto dell'ammontare netto di contratto e sempre che la loro mancata esecuzione non incida sulla funzionalità e fruibilità dell'opera,

---

<sup>50</sup> Laddove si ritenesse che tale verbale costituisca un "atto contabile" (anche se non elencato nei documenti di cui all'art. 181 R), allora l'accertamento compiuto dal d.l. è da considerarsi come atto pubblico a tutti gli effetti di legge (art. 180.2 R).

dispone che il d.l. proceda alla consegna *parziale*, invitando l'esecutore a presentare un programma di esecuzione (artt. 155.3 e 154.7 R).

Per le situazioni di difformità, l'esecutore dovrà comunque iscrivere riserva sul verbale di consegna al fine di far valere le proprie pretese, con i modi e gli effetti dell'art. 190 R relativo alle riserve (art. 155.4 R).

Se le difformità superano il limite per il quale è ammessa la consegna parziale, ovvero quando l'esecutore dissenta dalle verifiche del d.l. sulla conformità dei luoghi al progetto, questi potrà invocare una carenza di cooperazione del committente nel rendere eseguibile l'opera e rifiutare la consegna dei lavori, sempre iscrivendo riserva.

La tutela successiva sarà quella di domandare la risoluzione per inadempimento del contratto da parte del committente<sup>51</sup>.

V'è infine da dire che l'opera deve essere eseguibile non solo fisicamente (conformità dei luoghi), ma anche giuridicamente, e cioè sotto il profilo della presenza di tutte le autorizzazioni che la legge prevede, a partire dal rispetto delle norme urbanistiche, di tutela ambientale e paesaggistica.

In questo caso la tutela dell'esecutore è sempre quella sopra delineata per le difformità dei luoghi.

## **8 - Esecuzione dell'appalto**

### **8.1 - Diritti ed obbligazioni delle parti**

Dall'appalto, come da tutti i contratti, nascono diritti ed obblighi reciproci tra le parti.

Gli obblighi del committente sono essenzialmente di pagare il prezzo e di collaborare affinché per l'appaltatore sia possibile eseguire l'opera; il diritto è quello di ottenere l'opera perfettamente eseguita.

Per l'appaltatore l'obbligo è quello di eseguire l'opera secondo progetto ed a regola d'arte, assumendo tutti i rischi al riguardo, ed il diritto è quello di ottenerne il pagamento.

In particolare, sugli obblighi del committente, quello relativo ai pagamenti è trattato nel capitolo 9 sulla contabilità dei lavori.

Quanto all'obbligo di collaborazione, solo recentemente esplorato dalla giurisprudenza, si tratta dell'applicazione del principio generale dell'esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 cod.civ.) che, nell'appalto si concretizza nell'obbligo di fare in modo che l'appaltatore possa eseguire l'opera.

---

<sup>51</sup> Cass. 14 aprile 2004 n. 7069

In pratica il committente è tenuto a svolgere tutte quelle attività che rientrano nella sua sfera affinché dall'eventuale inerzia non derivino conseguenze pregiudizievoli per l'appaltatore; ciò a partire dalla consegna dei lavori<sup>52</sup>, con la previa rimozione degli ostacoli, e per tutta la durata dell'appalto, con la tempestiva adozione delle varianti necessarie al compimento dell'opera<sup>53</sup> o quant'altro occorrente.

Dall'appaltatore è invece sovente trascurato l'obbligo di esecuzione dell'opera a regola d'arte, in quanto l'impresa vi si sottrae nascondendosi dietro il fatto che il progetto è fornito dall'amministrazione<sup>54</sup> e quindi la responsabilità per futuri inconvenienti che si manifestassero nell'opera non rientra tra quelle dell'appaltatore.

Non è così, perchè l'appaltatore, in quanto esperto della materia, ha l'obbligo di controllare il progetto che sta eseguendo e segnalare quelle che, secondo normale diligenza, appaiono come eventuali carenze se non errori.

Questa responsabilità sussiste non solo verso il committente ma si estende anche a favore di qualunque terzo per i vizi e difetti dell'immobile che si evidenzino nel decennio dall'ultimazione, limitatamente ai casi previsti in applicazione dell'art. 1669 cod. civ..

Si deve sottolineare che la giurisprudenza sta seguendo un percorso che può qualificarsi in qualche modo come punitivo per l'appaltatore, considerato che è in aumento la casistica di riconoscimento di responsabilità per gravi difetti, che comportino carenze funzionali nell'utilizzo dell'immobile.

## 8.2 - Disposizioni e Ordini di servizio

Nella parte del regolamento relativa all'esecuzione dei lavori vengono ribadite le funzioni del R.U.P., quale soggetto che impartisce al D.L. le istruzioni occorrenti a garantire il buon andamento dei lavori, stabilendo la periodicità dei rapporti del D.L. sulle attività di cantiere e sull'andamento dei lavori.

Questi provvedimenti costituiscono le disposizioni di servizio del R.U.P. (art. 152.1 R), il quale in sostanza orienta il comportamento del D.L., essendo a quest'ultimo demandato il compito di dare disposizioni all'appaltatore, sugli aspetti tecnico economici della gestione dell'appalto (art.152.2 R).

Il D.L., mediante ordine di servizio, impartisce all'esecutore tutte le

---

<sup>52</sup> Cass. 14 aprile 2004 n. 7069

<sup>53</sup> Cass. n. 20052/2006

<sup>54</sup> Ovviamente la responsabilità dell'appaltatore è piena per l'appalto integrato, dove rientra nell'obbligo contrattuale la redazione della progettazione esecutiva.

disposizioni e istruzioni utili per l'esecuzione dei lavori (art. 152.3 R).

L'ordine di servizio è emesso in due copie e deve sempre riportare la firma del R.U.P., almeno come visto; viene restituito controfirmato dall'appaltatore per "avvenuta conoscenza".

Questa conoscenza non comporta automaticamente l'accettazione del contenuto dell'ordine e, infatti, l'appaltatore potrebbe dissentire iscrivendo riserva, ma non sull'ordine medesimo, bensì sul registro di contabilità non appena gli verrà successivamente sottoposto per la firma.

L'apposizione della riserva sull'ordine di servizio non è quindi obbligatoria ma sembra comunque facoltativa, possibile e, sovente, opportuna, affinché la stazione appaltante conosca da subito i motivi del dissenso dell'appaltatore.

In ogni caso, questi è tenuto ad eseguire l'ordine di servizio, uniformandosi alle disposizioni impartite.

Si tratta del potere del committente di lavori pubblici di ingerenza nell'esecuzione dei lavori, allo scopo di ottenere il risultato voluto e cioè l'opera avente le caratteristiche previste in progetto e contratto.

Se, tuttavia, queste disposizioni sono ritenute dall'appaltatore contrarie alle regole dell'arte e possono essere causa di una non perfetta esecuzione dell'opera, questi deve richiedere la conferma dell'ordine, esprimendo il suo dissenso tecnico, allo scopo di essere esonerato dalle responsabilità che comunque gli competono come esecutore qualificato. Qualora la stazione appaltante insista e confermi la disposizione sulla quale vi è stato espresso dissenso, l'appaltatore è esonerato da responsabilità ed opera come *nudus minister*.

Responsabilità che, comunque, permangono in capo all'appaltatore ove l'opera rovini o danneggi terzi, ovvero si verificano fattispecie di rilevanza penale<sup>55</sup>; in tali casi l'appaltatore è sempre ritenuto corresponsabile e per esimersi da responsabilità non può che rifiutarsi di eseguire l'opera (per esempio per errore di progetto).

### **8.3 - Sinistri alle persone e danni**

In caso di sinistri che comportino danni alle persone o alle cose, il D.L. compila una relazione, indicando le possibili responsabilità, che invia al R.U.P. e nel frattempo adotta le disposizioni utili a minimizzare i danni (art. 165 R).

All'appaltatore sono poste a carico tutte le misure per evitare incidenti e questi risponde per quelli che il suo comportamento o le sue omissioni hanno causato (per "*mancata, tardiva o inadeguata assunzione dei necessari provvedimenti*"), con il ripristino delle opere ed i risarcimenti tutti.

---

<sup>55</sup> Lesioni o omicidio colposi, delitti o contravvenzioni contro l'incolumità pubblica.

L'appaltatore non è esonerato dal rispondere pienamente per le conseguenze di queste responsabilità anche in presenza delle polizze assicurative di responsabilità civile, dovute contrattualmente per i danni alle opere e per i danni a terzi di cui all'art. 129.1 C ed art. 125 R; qui non si tratta di assicurazione obbligatoria per i veicoli, per la quale l'assicuratore si sotituisce al danneggiante nel risarcire il danneggiato.

Ciò significa che se, ad esempio, la compagnia assicuratrice non rispondesse (per es. per mancato pagamento del premio) ovvero il danno rientrasse in eventuali franchige, comunque l'appaltatore dovrà risarcire direttamente i danni causati.

#### **8.4 - Forza maggiore**

Nei contratti, l'evento di forza maggiore esonera entrambe le parti da responsabilità (art.1176 comma 2 e 1218 cod. civ.)

Diversamente, nell'appalto, tale responsabilità è addossata dall'art. 1673 cod. civ. all'appaltatore, in ragione del fatto che questi ha il pieno controllo dell'opera e dei lavori eseguiti fino a che non consegna l'opera al committente.

Ancora diversamente, nelle opere pubbliche è il committente che si fa carico di eventuali danni occorsi all'opera durante la sua esecuzione (art. 166 R), allo scopo di ridurre il rischio dell'appaltatore, che potrebbe comportare alterazioni eccessive all'equilibrio contrattuale.

I casi di forza maggiore sono quelli che non dipendono né dalle parti del contratto né da terzi, i quali a loro volta ne dovrebbero rispondere: si tratta di eventi naturali (esondazioni, alluvioni, mareggiate, terremoti, fulmini, frane ecc.) ovvero fatti umani ai quali non è possibile resistere o non sono evitabili (tumulti, guerre, attentati, atti di vandalismo ecc.).

In caso di eventi di forza maggiore l'appaltatore ne deve fare denuncia entro cinque giorni al D.L., il quale ne redige processo verbale, descrivendo l'evento, lo stato delle cose, le cause ed i danni e le responsabilità.

In caso di concorso di colpa dell'appaltatore, a questi non spetta alcun indennizzo (art.166.5 R); in tutti gli altri casi questi può pretendere compensi per danni alle opere ed alle provviste (art. 166.1 R), eventualmente iscrivendo riserva qualora non fossero riconosciuti dal D.L..

#### **8.5 - Accettazione materiali**

Ogni materiale o componente può essere messo in opera solo dopo l'accettazione del direttore dei lavori (art. 167.1 R) e questa, da provvisoria, diviene definitiva dopo la posa (art. 167.2 R). Infatti tra i compiti del D.L. rientra quello del controllo dei materiali, specie in ordine agli accertamenti

qualitativi disposti dalla normativa sulle strutture (art. 148.3 R), ed il D.L. può sempre rifiutare i materiali deperiti giacenti in cantiere.

L'accettazione non esonera l'appaltatore dagli esiti del collaudo e quindi da eventuali ordini di ripristino o rifacimento (art. 167.4 R).

Il D.L. può consentire materiali di minor pregio, ma, in tal caso, il prezzo viene diminuito (art. 167.6 R).

Il D.L. ed i collaudatori possono chiedere prove dei materiali a spese dell'appaltatore.

## 8.6 - Subappalto

Il subappalto è ormai, in pratica, lo strumento principale attraverso il quale l'impresa appaltatrice procede nell'esecuzione dei lavori di dimensioni non minime (sia pubblici che privati).

La possibilità di accedervi è, tuttavia, di principio vietata nei rapporti tra privati (art. 1656 cod. civ. ), mentre nei lavori pubblici si prevede solamente che l'appaltatore sia tenuto ad eseguirli in proprio<sup>56</sup> (art. 118.1 C).

Peraltro il secondo comma di detto articolo prevede poi -con evidente contraddizione- che *“tutte le prestazioni nonché lavorazioni a qualsiasi categoria appartengano sono subappaltabili o affidabili a cottimo”* (quest'ultimo definito all'art. 170.6 R).

L'ammissibilità del subappalto è quindi consentita a determinate ed assai rigorose condizioni, a partire dall'autorizzazione, stabilite dagli artt. 118 C e 170 R, ai quali si rinvia, unitamente agli indirizzi applicativi concreti che si possono trarre dalle deliberazioni dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici<sup>57</sup>.

Infatti la casistica e le problematiche che conseguono all'applicazione di dette disposizioni sono di molto estense e questa non può essere la sede di loro opportuna trattazione.

Si sottolinea solamente che la materia è da riguardare con estrema attenzione dall'operatore in quanto ad essa è correlata la normativa antimafia, la cui vigenza è richiamata dallo stesso codice (art. 247 C) e la cui violazione ha gravi conseguenze amministrative (perdita qualificazione e contratto) e di carattere penale<sup>58</sup>.

Altro tema rilevante in materia di subappalto è quella della responsabilità e/o solidarietà dell'appaltante (subappaltante) verso gli obblighi dell'appaltatore (subappaltatore) verso i dipendenti di quest'ultimo.

L'art. 1676 cod. civ. stabilisce che i lavoratori hanno azione verso il

---

<sup>56</sup> Il divieto era già vigente a partire dalla legge fondamentale del 1865 (art. 339).

<sup>57</sup> Determinazione 6/2003 AVCP e Cons. Stato n. 5906/2007.

<sup>58</sup> Vedasi il recentissimo Codice Antimafia di cui al DLgs n. 159/2011

committente per le loro spettanze, ma fino al limite delle somme che questo deve all'appaltatore.

Norme speciali, modificate in innumerevoli occasioni, hanno regolato diversamente la materia: si tratta della "legge Biagi" e del "decreto Bersani 2006".

L'art. 29 della prima norma citata (Dlgs 10 settembre 2003 n. 276) è stata recentemente modificata dal D.L. "Semplificazione"<sup>59</sup>, e stabilisce, secondo determinate modalità, la responsabilità del committente in solido con l'appaltatore nei confronti del lavoratore a corrispondere *"i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto"*; sono escluse le sanzioni.

L'obbligo cessa due anni dopo la conclusione dell'appalto.

L'art. 35, comma 28 del D.L. n. 223/2012, convertito con legge n. 248/2006, modificato dal D.L. "Semplificazioni tributarie"<sup>60</sup>, prevede che *"il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, al versamento all'erario delle ritenute sui redditi di lavoro dipendente e dell'imposta sul valore aggiunto scaturiente dalle fatture inerenti alle prestazioni effettuate nell'ambito dell'appalto, ove non dimostri di aver messo in atto tutte le cautele possibili per evitare l'inadempimento"*.

Come si vede, quindi, l'obbligo del committente si estende a tutto quanto dovuto dall'appaltatore ai dipendenti (retribuzioni, contributi, TFR) ed al fisco (ritenute IRPEF ed IVA), ma con le limitazioni previste nelle citate disposizioni.

## **9 - La contabilità dei lavori**

### **9.1 - In generale**

Elementi essenziali dell'appalto sono: l'esecuzione dell'opera da parte dell'appaltatore e l'obbligazione di pagamento del corrispettivo, in danaro, da parte del committente (art. 1655 cod. civ.); come già visto (§6), è ammesso per le opere pubbliche il pagamento, in tutto o in parte, anche a mezzo cessione di immobili, dopo il collaudo delle opere eseguite (art. 53 comma 6 e ss. C)

---

<sup>59</sup> art. 21 DL n. 5/2012 convertito con legge n. 35/2012, vedi precedente § 1.6

<sup>60</sup> art. 2, comma 5bis DL n. 16/2012 convertito legge n. 44/2012

Nel contratto di appalto vige il principio della postnumerazione del corrispettivo, il che situa temporalmente il momento in cui insorge l'obbligazione del committente di pagare il prezzo a dopo il completamento e l'accettazione dell'opera (art. 1665 cod. civ.); il principio è pattiziamente derogabile e, infatti, nella quasi generalità dei casi è derogato, mediante la corresponsione di anticipazioni o acconti.

Come si è detto (cap. 6), il modo di determinare l'entità del corrispettivo è a corpo o a misura: nel contratto a corpo l'appaltatore assume il rischio delle quantità delle singole categorie di lavoro, nel senso che è tenuto ad eseguire l'opera risultante dal progetto, avendo accettato un importo complessivo fisso ed invariabile.

Nel contratto a misura, il prezzo è determinato applicando alle misure dell'opera eseguita i prezzi unitari di elenco; in questo modo, eventuali errori di stima da parte dell'appaltatore, sono ininfluenti, dato che tutto quanto è stato eseguito viene pagato ed il rischio è così a carico del committente.

Qualunque sia il modo di determinare il corrispettivo, sono comprese in esso le spese di contratto (scritturazione, copie, bolli ecc.), l'imposta di registro, oggi a tassa fissa per l'applicazione del regime I.V.A. (art. 139 R).

## **9.2 - Gli acconti e l'anticipazione**

Derogando al citato principio della postnumerazione del corrispettivo, la legge di contabilità di Stato ha consentito che nei contratti si potesse stipulare l'obbligo di pagamenti in conto, purché a fronte dell'effettiva esecuzione dell'opera (art. 12, 4° comma, r.d. n. 2440/1923).

La corresponsione degli acconti è correlata al particolare e complesso sistema della contabilizzazione dei lavori, che verrà trattata nel successivo § 9.4.

Differente dall'acconto sul corrispettivo in corso d'opera è l'ipotesi della anticipazione di una parte percentuale di questo, che consiste nel versamento di una somma all'appaltatore ancor prima che l'esecuzione dei lavori abbia corso.

Attualmente non è più ammessa dal regolamento (art. 140 R), che richiama la legge che l'aveva abolita (art. 5 d.l. 28 marzo 1997 n. 79); in passato l'anticipazione è stata temporaneamente consentita, in deroga alle norme di contabilità di Stato ed in misura percentuale variabile, a motivo di particolari e contingenti situazioni economiche del paese.

Ora, l'anticipazione è possibile solo in contratti cofinanziati dell'Unione Europea o per accordo tra Stati ed in tal caso si applicano i commi successivi dell'art. 140 R.

L'art. 141 R prevede il pagamento di acconti *"a misura dell'avanzamento dei lavori regolarmente eseguiti"* e, secondo quanto previsto in contratto, al raggiungimento di un termine prestabilito (a cadenza temporale) ovvero di

un determinato importo, a prescindere dal tempo.

Gli acconti sono pagati su certificato emesso dal R.U.P. e seguendo le disposizioni di contabilità lavori dettate dagli artt. 180 e seguenti del regolamento; la tenuta della contabilità è regolata dagli articoli 211 e ss.

I termini dei dei pagamenti e gli interessi per i ritardi sono regolati dal codice (art. 133 C).

### **9.3 - I documenti contabili**

La contabilità dei lavori è il complesso sistema documentale scritto di accertamento dell'avanzamento dei lavori il cui scopo è quello di rilevare e di consentire alla stazione appaltante di controllare costantemente e tempestivamente l'andamento della spesa (art. 180 R).

I documenti nei quali si articola la contabilità lavori sono elencati all'art. 181 R e ciascuno di essi ha apposita regolamentazione:

- il giornale dei lavori (art. 182 R),
- i libretti di misura (artt. 183 R, 184 R, 185 R)
- le liste settimanali (artt. 187 R 191 R)
- il registro di contabilità (artt. 188 R, 189 R)
- il sommario del registro di contabilità (art. 193 R)
- gli stati di avanzamento dei lavori (art. 194 R)
- i certificati per il pagamento delle rate di acconto (art. 195 R)
- il conto finale e la relativa relazione (art. 200 R).

A questi si aggiungono, relativamente ad un istituto considerato un negozio a sè stante, gli atti di collaudo (verbali di visita e relazione) ed il certificato di collaudo o di regolare esecuzione (artt. 199 R e 237 R). Infatti, il certificato di collaudo è sede solamente di eventuali riserve che riguardano il suo contenuto (art. 233 R).

E' importante constatare che gli atti contabili redatti dal D.L. sono atti pubblici a tutti gli effetti di legge e hanno ad oggetto l'accertamento e la registrazione di tutti i fatti producenti spesa (art. 180, comma 2 R); questo significa che gli atti fanno piena prova, tra l'altro, dei fatti che il D.L. attesta come avvenuti, fino a querela di falso (art. 2700 cod. civ.), e che l'eventuale accertamento del falso è sanzionato penalmente (art. 476 cod. pen.).

Il direttore dei lavori firma: il libretto delle misure, il registro di contabilità, gli stati di avanzamento e il conto finale con la relazione (art. 181.2) e verifica periodicamente il giornale dei lavori, sempre firmandolo in caso vi apponga osservazioni o disposizioni (art. 182.4 R)<sup>61</sup>.

Gli assistenti del direttore dei lavori firmano: il giornale dei lavori (art. 182 R) e le liste settimanali (art. 187 R).

---

<sup>61</sup> Queste annotazioni sono rilevanti ai fini della prova delle richieste per le riserve dell'appaltatore.

L'appaltatore firma: il libretto delle misure, le liste settimanali, il registro di contabilità, il conto finale (art. 181.3 R) e il certificato di collaudo.

Il responsabile del procedimento firma: i certificati di pagamento e la relazione sul conto finale (art. 181.4 R) e vidima preventivamente il registro di contabilità, con l'appaltatore (art. 188 R).

Ciascun soggetto incaricato è responsabile circa le iscrizioni di sua competenza (art. 214 R).

Particolari forme di tenuta sono previste per i vari documenti e, per i più importanti, quale è il registro di contabilità sono stabilite la preventiva vidimazione del responsabile del procedimento e dell'appaltatore, con la bollatura, e la tenuta sotto la responsabilità del direttore dei lavori (art. 188 R); infatti il registro è fondamentale per la proposizione delle riserve e per la loro conferma (ove iscritte altrove; p.e. sul verbale di consegna lavori), la cui tempestività è requisito della loro ammissibilità, a pena di decadenza (artt. 189 R, 190 R)<sup>62</sup>.

La contabilità dei lavori può essere informatizzata (art. 180.7 R e art. 211 R).

Per il contenuto e modalità di tenuta dei singoli documenti si rinvia alle particolareggiate disposizioni per ciascuno richiamate (art. 211 e ss. R), mentre un esame più approfondito meritano quei documenti che attengono all'*iter* per il pagamento del corrispettivo.

#### **9.4 - Gli acconti - Lo stato di avanzamento lavori**

Il pagamento degli acconti avviene a seguito di una procedura contabile che inizia con la misurazione delle opere, seguita dalla loro trascrizione sul libretto delle misure, quindi sul registro di contabilità; seguono l'emissione del s.a.l., del certificato di pagamento e del mandato di spesa.

Il contratto (o il capitolato speciale) prevede la cadenza del pagamento degli acconti (art.141 R), che può esser individuata o con riferimento temporale ("*termine*") a determinate periodicità (mensile, bimestrale ecc.), ovvero al raggiungimento di un importo di lavori eseguiti ("*rata*"), indipendentemente dal tempo.

Sui libretti di misura (art. 183 R) si iscrivono "*immediatamente e sul luogo stesso dell'operazione di accertamento*" le lavorazioni e le somministrazioni (artt. 180 e 212 R), in contraddittorio con l'appaltatore (artt. 185.2 e 213 R): l'operazione è compito del D.L. e, per i lavori compensati a corpo, si procede registrando la quota percentuale dell'aliquota relativa alla voce disaggregata della categoria dei lavori, secondo quanto stabilito in contratto (art. 184 e 185 R).

---

<sup>62</sup> La mancata preventiva vidimazione del registro esclude decadenze a carico dell'appaltatore relativamente alle riserve: Cass. 14 marzo 2000 n. 3525.

Le trascrizioni dei libretti, unitamente alle lavorazioni su fattura ed alle somministrazioni (art. 186 R), nonché alle liste settimanali delle somministrazioni (artt. 187 e 192 R) vengono infine riportate sul registro di contabilità, sempre tenuto dal direttore lavori (artt. 188 e 189 R)

Maturata la rata di pagamento al raggiungimento del fatto che determina la cadenza prefissata (termine o importo, art. 141 R), viene redatto dal direttore lavori, nel termine indicato sul contratto, lo stato di avanzamento lavori che si basa sulle notazioni contenute nel registro di contabilità, ovvero anche sul sommario (art. 193 R), che riepiloga le aliquote di incidenza delle singole categorie di lavoro rispetto all'importo complessivo a corpo (art. 194 R).

Entro il termine fissato in contratto o al massimo entro 45 giorni dalla maturazione del s.a.l. (art. 194 R), sulla base dei dati in esso contenuti, il responsabile del procedimento firmerà il certificato di pagamento (art. 195 R), cui seguirà il relativo mandato.

Il pagamento del certificato deve avvenire nei successivi trenta giorni (art. 143.1 R).

I predetti termini sono massimi, nel senso che i capitolati speciali possono prevederne di più brevi, ma non di più lunghi, per l'espressa previsione dell'art. 133, comma 1 C ed art. 143.3 R.

In caso di ritardo nelle scadenze degli adempimenti sopra delineati, è previsto il pagamento degli interessi, in via generale, dall'art. 133 C e dall'art. 144 R, a condizione che il committente abbia acquisito il D.U.R.C. di regolarità contributiva dell'appaltatore (rt. 143.4 ed art. 6 commi 3, 4, 5 R).

Due sono i possibili ritardi, quello nella emissione del certificato e quello nel pagamento del certificato; nel silenzio sul ritardo nella emissione dello stato di avanzamento, è ragionevole ritenere (anche ex art. 194, comma 1 R) che il ritardo nella sua emissione vada considerato come ritardo nella emissione del certificato di pagamento, sommando i tempi. Infatti la ritardata contabilizzazione dei lavori che impedisca la redazione dello stato di avanzamento consiste comunque, nella sostanza, nella ritardata emissione di detto s.a.l. rispetto ai momenti fissati nel contratto per farsi luogo al pagamento di acconti.

In entrambi i casi di ritardo nell'emissione del certificato o del suo pagamento sono dovuti per i primi 60 giorni gli interessi al tasso legale (art. 1224 cod. civ.) e scaduto tale termine, gli interessi moratori ai tassi stabiliti dai Ministeri delle Infrastrutture e dell'Economia (art. 133.1 C ed art. 144.4 R).

Gli interessi scaduti devono essere computati e corrisposti in occasione del pagamento immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo, senza necessità di domande o riserve (art. 142.4).

Il soggetto a favore del quale vengono effettuati i pagamenti è indicato in una o più persone fisiche da parte dell'appaltatore nel contratto (art. 138.1 R).

Nel caso di raggruppamenti temporanei di imprese, le questioni relative al soggetto destinatario dei pagamenti ad a quelli legittimati alla fatturazione sono state da tempo risolte dalla giurisprudenza e dal Fisco, anche se la prassi è a volte diversa, quando ad esempio si provvede al pagamento ed alla fatturazione in capo alla sola capogruppo, in violazione delle norme sull'I.V.A..

Considerato che la mandataria capogruppo ha la rappresentanza esclusiva delle imprese mandanti prevista dalla legge (art. 37, comma 16 C), è stato stabilito dalla giurisprudenza che il pagamento dell'intero corrispettivo è effettuato alla capogruppo mandataria, titolata a ciò dal mandato (art. 37.16 R), mentre la fatturazione compete *pro quota* alla mandataria ed alle mandanti in stretta relazione con l'esecuzione dei lavori, dovendo le imprese riunite eseguire i lavori nelle percentuali corrispondenti alla quota di partecipazione al raggruppamento<sup>63</sup> (art. 37.13 C).

## 9.5 - Il ritardo nei pagamenti

A fronte del ritardo nel pagamento degli acconti, l'appaltatore, fermo il diritto di percepire gli interessi per ritardo, ha anche due specifici strumenti di tutela: la possibilità di interrompere giustificatamente la propria prestazione e quella di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del committente.

Si tratta di strumenti contrattuali a favore del creditore di una prestazione previsti dalle norme del diritto privato: la prima ipotesi è quella della eccezione di inadempimento, prevista dall'art. 1460 cod. civ., mentre la seconda è quella degli articoli 1453, 1454 del cod. civ. della risoluzione per inadempimento, previa diffida ad adempiere.

L'art. 133, comma 1 del codice richiama entrambi gli strumenti civilistici a disposizione del soggetto adempiente, consentendo, confusamente, di ricorrerne all'utilizzo sia in caso di superamento dei termini fissati per l'emissione ed il pagamento del certificato, sia nel caso in cui risulti non pagato un quarto dell'importo contrattuale.

Occorre invece distinguere chiaramente, perché i presupposti delle due fattispecie sono ben diversi, come le conseguenze.

Con l'eccezione di inadempimento l'appaltatore si pone al riparo dal subire danni per il fatto di rimanere eccessivamente esposto con i propri crediti e quindi si tutela sospendendo la propria prestazione fino a che il committente non adempia o non offra di adempiere; in questo caso il presupposto è che il temporaneo rifiuto della prestazione sia supportato da buona fede, il che significa che sussista la rilevanza nell'ammontare degli acconti non pagati.

---

<sup>63</sup> Corte Conti sez. contr. Stato 30 maggio 1990 n. 32; Cass. 13 maggio 1999 n. 4746 e, sotto il profilo fiscale, Ris. Min. 460437/87.

La conseguenza è che mediante l'esercizio della eccezione di inadempimento il contratto si interrompe solamente nella sua esecuzione, ma non si estingue.

Nel caso della risoluzione, l'elemento di cui è necessaria la presenza è quello della gravità dell'inadempimento (art. 1455 cod. civ.), perché la sua conseguenza è ben più pesante del fermo dell'esecuzione del contratto, consistendo nella sua estinzione con effetti retroattivi (art. 1458 cod. civ.).

Ed allora così si spiega il fatto che il codice contempra per la risoluzione l'ipotesi di ritardi nei pagamenti pari al quarto dell'importo contrattuale, costituendo questa una valutazione a priori della gravità dell'inadempimento, tale da giustificare la richiesta di risoluzione (art. 131.1 C).

## 9.6 - La cessione del credito

Vi è la possibilità, entro determinati limiti, che il destinatario del pagamento non sia l'appaltatore, bensì un terzo, cessionario del credito.

Normalmente si ricorre alla cessione in caso di difficoltà o tensioni finanziari in capo all'appaltatore, il quale trova un istituto finanziatore in grado di fornirgli provvista, ma che allo scopo ottiene una forma di garanzia, ovvero incassa i crediti dell'appaltatore che ritardano, al suo posto. L'istituto privatistico della cessione dei crediti (art. 1260 cod. civ.) nell'appalto dei lavori pubblici ha speciali limitazioni applicative, dovute alla necessità di tutelare l'interesse pubblico al compimento dell'opera, in quanto l'operazione, limitando i mezzi economici dell'appaltatore, potrebbe nuocere alla buona e tempestiva esecuzione dei lavori<sup>64</sup>.

Attualmente la cessione del credito derivante da appalti di lavori pubblici è regolata dall'art. 117 del codice contratti pubblici, in modo simile a quello della legge Merloni (art. 26, comma 5 ed art. 115 regolamento DPR 554/1999, applicabile ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del codice).

Sono contemplate e regolate solo le cessioni dei crediti contrattuali "*da corrispettivo d'appalto*" (art. 117.3 C) e cioè aventi natura di prezzo e non di tutti i crediti, come ad esempio quelli derivanti da pretese non direttamente rientranti nel corrispettivo, quali le riserve (com'era in passato secondo l'art. 339 della legge n. 2248/1865, all. F, ormai abrogato).

La cessione può essere effettuata a favore non di qualsiasi terzo, ma esclusivamente di banche e istituti autorizzati, conformemente alla disposizioni legislative sul *factoring* di cui alla legge 21 febbraio 1991 n. 52,

---

<sup>64</sup> ; Cass. 18 novembre 1994 n. 9879; 5 ottobre 2000 n. 2089.

la cui applicazione viene estesa ai contratti pubblici dall'art. 117.1 C.

Si prescrive (comma 2 art. cit.) che la cessione avvenga in forma solenne (art. 1350 cod. civ.) , per atto pubblico o scrittura privata autenticata e che copia ne sia notificata all'amministrazione, mediante ufficiale giudiziario, per ottenere certezza della data di comunicazione.

A questo punto, se non si trattasse di contratto pubblico, secondo il diritto comune la cessione del credito sarebbe perfezionata (art. 1260 cod. civ.), non così nei confronti dell'amministrazione, alla quale è lasciato un termine di 45 giorni dalla notificazione per rifiutare la cessione, a sua volta mediante notificazione del rifiuto, sempre entro tale termine, al cedente ed al cessionario (comma 3 art. cit. ). Si tratta di un caso di formazione del silenzio assenso.

Peraltro è ammesso che per contratto tra amministrazione e privato si possa convenire preventivamente la cedibilità del credito; in tal caso non opererà più il meccanismo sopra esaminato (comma 4 art. cit).

Resta altresì stabilita la opponibilità al cessionario del credito da parte del committente delle eccezioni contrattuali opponibili da questo all'appaltatore cedente (comma 5 art. cit.); in sostanza, la natura e l'origine del credito non cambiano per il fatto che questo è ceduto a terzi.

Qualora, invece, i lavori per i quali si intenda effettuare la cessione di credito siano stati ultimati e collaudati, i crediti derivanti dal contratto non rilevano più al fine di garantire all'amministrazione il compimento dell'opera e quindi non si giustificano più le cautele poste dalle norme speciali intorno all'istituto<sup>65</sup>; ne consegue che possono essere ceduti liberamente i crediti derivanti da maggiori compensi quali quelli delle riserve.

Le manovre finanziarie hanno istituito per gli anni dal 2009 al 2011 degli obiettivi di limitazione della spesa pubblica, a valere come principi costituzionali fondamentali<sup>66</sup>.

La conseguenza pratica della complessa normativa chiamata "*patto di stabilità*" è quella dell'enorme ritardo nei pagamenti, da parte di Regioni, enti locali ed ASL, dei corrispettivi contrattuali.

Lo Stato, con il patto di stabilità, da una parte, ha stretto i cordoni delle erogazioni agli enti e dall'altra ha istituzionalizzato e regolato una forma di cessione del credito, lasciando però il costo dell'operazione al creditore-appaltatore (interessi e commissioni).

Si tratta dell'art. 9, comma 3-*bis* del DL 29 novembre 2008 n. 185, convertito con legge 28 gennaio 2009 n. 2 e del D.M. Ministero Economia e Finanze 19 maggio 2009 n. 39462, che ne disciplina l'applicazione.

---

<sup>65</sup> Corte di Cassazione con le decisioni 11 gennaio 2006 n. 268; 3 ottobre 2000 n. 13075.

<sup>66</sup> artt. 77.bis e 77-ter D.L. 25 giugno 2008 n. 112 convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133; artt. 117, comma 3 ed art. 119, comma 2 Cost.

Le amministrazioni predette possono certificare, entro venti giorni da apposita istanza dell'appaltatore, l'esistenza di un credito certo, liquido ed esigibile, anche ai fini di una cessione pro soluto<sup>67</sup> ad intermediari autorizzati.

La cessione ha effetto nei confronti del committente debitore ceduto a far tempo dalla emissione della certificazione.

Il D.M. citato si occupa delle modalità e del procedimento per la cessione e fornisce i moduli occorrenti negli allegati.

Il comma 6 dell'art. 1 del D.M. prevede comunque che la cessione avvenga nel rispetto delle forme previste dall'art. 117 C, di cui si è sopra trattato.

## **10 - Le varianti**

### **10.1 - Progetto e varianti**

La riforma della legislazione in materia di lavori pubblici a partire dalla legge quadro del 1994 si è preoccupata di pervenire ad una definizione approfondita dell'opera oggetto dell'appalto, mediante una complessa articolazione delle disposizioni relative alla progettazione, al suo contenuto, alla verifica, anche nel tempo, della sua adeguatezza (ora artt. 14 e ss. R).

Il primo baluardo per il controllo della spesa pubblica è quindi una progettazione completa e corretta, che viene attualmente data per scontata, almeno legislativamente, in presenza di una serie di norme particolareggiate, stringenti e specifiche sul progetto, la sua verifica e validazione.

Quindi, dovendosi ritenere che l'opera debba essere ben progettata, è stato ipotizzato un assai limitato ambito di ammissibilità delle variazioni all'oggetto del contratto, definendone in modo vincolante i presupposti<sup>68</sup>.

E' di tutta evidenza che se l'opera è progettata diligentemente e con completezza, tutti i rischi di variazione vengono ad essere limitati alle sole vere sopravvenienze (anche normative) o difficoltà naturali imprevedibili; mentre viene a mancare l'esigenza di colmare, con le varianti, lacune, contraddizioni o incertezze progettuali.

La correlazione tra bontà del progetto ed esigenza di introdurre una variante è affermata nel principio secondo il quale la variante non deve essere ricollegabile ad alcuna forma di negligenza o imperizia nella

---

<sup>67</sup> La tipologia della cessione pro soluto consiste nell'addossare al finanziatore cessionario ed acquirente del credito tutti i rischi di ritardo ed insolvenza del debitore ceduto (committente), in quanto il creditore (appaltatore) non risponde della solvenza del debitore(art.1267 cod. civ.)

<sup>68</sup> Galli: La disciplina delle varianti nei lavori pubblici, AGOP, 2004, 1506; Bormioli, in Riv. Trim. Appalti n. 3/2001

predisposizione o verifica del progetto da parte dell'ente appaltante, il quale è tenuto, prima dell'indizione della gara, a controllarne la validità in tutti i suoi aspetti tecnici, e ad impiegare la dovuta diligenza nell'eliminare il rischio di impedimenti alla realizzazione dell'opera così come progettata (art. 59 R)<sup>69</sup>.

Nell'appalto privato sono previste tre ipotesi di varianti: quelle concordate tra le parti (art. 1659 cod. civ.), quelle necessarie (art. 1660 cod. civ.), e quelle ordinate dal committente (art. 1661 cod. civ.).

Nell'appalto di lavori pubblici, la normativa ha un'ottica diversa e parte dal divieto assoluto per l'appaltatore di apportare varianti all'opera oggetto dell'appalto, sanzionato fin dal 1865 nella legge fondamentale (art. 342) ed attualmente dall'art. 161 R.

Il divieto si inquadra nelle norme di contabilità di Stato che impongono in caso di variazioni quantitative nei contratti l'osservanza delle stesse norme della stipulazione (R.D. n. 2440/1923 e R.D. n. 827/1924).

In correlazione con l'appalto privato, si può quindi affermare che nell'appalto di lavori pubblici possa darsi luogo ad una variante solamente a seguito di disposizioni del committente (similmente all'art. 1661 cod. civ.) e nei casi tassativamente previsti (art. 132 C), con l'impossibilità conseguente per l'appaltatore di apportare varianti all'opera senza autorizzazione del committente (art. 1659 cod. civ.).

Il divieto per l'appaltatore di apportare varianti all'opera, come sopra già contemplato dalla norma, è ribadito e rafforzato anche da altre significative previsioni, tra le quali:

- l'obbligo di rimessione in pristino a carico dell'appaltatore che abbia realizzato varianti non autorizzate (art. 161.2 R);
- la responsabilità per danni del D.L., che non si attenga alle disposizioni sulle varianti (art. 162.11 R).

## 10.2 - La variante

La variante<sup>70</sup> consiste in una modificazione del progetto, dell'opera appaltata o delle modalità di sua esecuzione, sempre che non si alteri la natura dei lavori appaltati.

Quando a variare sono le prestazioni dell'appaltatore e cioè l'oggetto del contratto si parla di *varianti in corso d'opera*.

Preliminarmente è quindi bene distinguere in ragione del momento in cui il progetto subisce una variante: se precedente o successivo alla stipulazione del contratto d'appalto.

---

<sup>69</sup> Così Cass. 22 luglio 2004 n. 13643

<sup>70</sup> Giannattasio *L'appalto*, 1977, Milano, Giuffrè, 171 ss.

Prima della stipulazione del contratto: il progetto dell'opera può subire variazioni, durante l'evoluzione delle fasi del suo procedimento di formazione e sviluppo, tra progetto preliminare, progetto definitivo e progetto esecutivo.

In particolare nel passaggio tra definitivo ad esecutivo la possibilità di variazioni viene limitata dalla previsione che il progetto esecutivo è redatto nel pieno rispetto del progetto definitivo e delle prescrizioni occorrenti per ottenere il titolo abilitativo urbanistico (art. 33, comma 1 R)<sup>71</sup>.

E varianti al progetto posto a base di gara possono anche derivare dalle diverse modalità di affidamento dell'appalto, quali: l'offerta di un progetto definitivo sulla base del preliminare della stazione appaltante; ovvero l'offerta su di un progetto definitivo della stazione appaltante, con obbligo di progettazione esecutiva come oggetto di contratto (art. 56 comma 1 C).

Anche nelle gare il cui criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa si può prevedere la possibilità per l'offerente di presentare varianti al progetto esecutivo posto a base di gara (art. 76 C).

Tuttavia, normalmente il problema delle varianti si pone in fase di esecuzione dell'opera (in corso d'opera), allorchè insorgano imprevisti di vario genere, ovvero si evidenzino errori progettuali<sup>72</sup>. In tali casi può rivelarsi indispensabile modificare parti dell'opera oggetto del contratto, ovvero le sue modalità di esecuzione, come per l'ipotesi di mutamenti dei materiali<sup>73</sup> o dei modi operativi.

In queste ultime situazioni può parlarsi di variante, anche se l'opera oggetto di contratto non muta nelle sue caratteristiche, quando il progetto preveda esplicitamente determinate modalità esecutive o l'approvvigionamento di specifici materiali.

In tutte le ipotesi si ha variazione del progetto e quindi del contratto, con necessità di porre in essere lo specifico procedimento di adozione della variante, considerato che il progetto esecutivo che è necessariamente oggetto del contratto *“definisce compiutamente ed in ogni particolare architettonico, strutturale, ed impiantistico l'intervento da realizzare”* (art. 33, comma 1 R).

Il codice contratti prevede in generale varianti in corso di esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture (art. 114 C), rinviando per i limiti di ammissibilità a specifiche disposizioni che, per quanto riguarda appalti di lavori, sono contenute all'art. 132 C.

La variante può essere portata in esecuzione dall'appaltatore solo nel rispetto

---

<sup>71</sup> Particolari disposizioni sono dettate per l'appalto integrato, dove l'appaltatore esegue anche la progettazione esecutiva oltre che l'opera art. 140, comma 4 regolamento

<sup>72</sup> Bormioli, Varianti in corso d'opera Riv. Trim. Appalti, 2001, 545

<sup>73</sup> Per esempio per nuove normative di sicurezza che impongono determinate omologazioni dei materiali

di tre precise condizioni dettate dall'art. 161 R:

- in presenza e nel rispetto delle condizioni di ammissibilità di cui all'art. 132 del codice contratti (già art. 25 della legge quadro)<sup>74</sup>.
- se disposta per iscritto dal direttore dei lavori (art. 161.4, mediante ordine di servizio, art. 152 R);
- se approvata preventivamente dal committente (art. 161.5).

La prima condizione, riguardante l'ammissibilità della variazione, è di esclusiva pertinenza dell'amministrazione committente, mentre l'appaltatore è vincolato a sottostare solo alla presenza delle ultime due.

Il responsabile del procedimento accerta la presenza del presupposto di ammissibilità e predispone una relazione, a seguito di approfondita istruttoria e motivato esame dei fatti. Successivamente l'organo deliberante dell'amministrazione, sentiti anche il progettista ed il direttore dei lavori<sup>75</sup>, approva la perizia di variante. Non necessita invece tale genere di approvazione per i casi in cui non vi sia aumento di spesa rispetto a quella prevista nel quadro economico o per quelli delle varianti limitate al 5% dell'importo dell'opera (seconda parte del comma 3 dell'art. 132 C), la cui approvazione è lasciata al responsabile del procedimento (art. 161, comma 10 R). Qualsiasi variazione dell'opera come risultante dal progetto esecutivo approvato o cambiamento delle modalità esecutive, se contrattualmente stabilite come vincolanti, che sia eseguita senza rispettare le due ultime condizioni sopra indicate, non legittima l'appaltatore ad alcun pagamento ed, anzi, comporta a suo carico l'obbligo di rimessione in pristino dell'opera, nella situazione originaria conforme al progetto, con il risarcimento dei danni e secondo le disposizioni del direttore dei lavori (art. 161, comma 2 R e anche 228 R).

Quindi l'appaltatore non può variare in alcun modo il progetto esecutivo se non è in possesso di un ordine scritto del direttore dei lavori che riporti riferisca della approvazione da parte dell'organo deliberante del committente; infatti l'appaltatore è tenuto a conoscere quali sono i limiti ed i procedimenti per l'introduzione delle varianti e quindi è obbligato a verificarne, quanto meno, la formale esistenza, in assenza della quale può opporsi all'esecuzione di varianti disposte oralmente dal direttore dei lavori, ovvero per iscritto ma senza l'approvazione dell'appaltante.

Tanto è vero che il direttore dei lavori che ordini senza approvazione o lasci eseguire all'appaltatore lavori in variante è responsabile per i danni provocati al committente (art. 161, comma 11 R).

Vedremo in seguito quali possibilità vi sono per l'appaltatore di vedersi riconosciuti compensi per varianti eseguite senza la preventiva approvazione della stazione appaltante.

---

<sup>74</sup> Vedi anche:art. 134.3 R

<sup>75</sup> Art. 132, comma 1 C

### 10.3 - Le ipotesi ammesse delle varianti

I soggetti appaltatori di opere pubbliche sono tenuti al rispetto dell'art. 132 del codice contratti per l'accertamento dell'esistenza di almeno uno dei presupposti di ammissibilità delle varianti.

Risulterebbero esclusi i soggetti operanti nei settori speciali (già c.d. esclusi), in virtù dell'art. 31 del codice contratti che li esonera dal rispetto delle regole dettate nella parte II del codice (nella quale rientra l'art. 132) e del mancato richiamo dell'art. 206 all'art. 132.

Rimane anche fermo il regime speciale per i contratti relativi ai beni culturali, per i quali valgono le meno restrittive regole dell'art. 205 del codice, in ragione della specifica natura di tali lavori.

Veniamo ora alle condizioni di ammissibilità delle varianti, che sono elencate nell'art. 132 del codice contratti in modo tassativo<sup>76</sup>, senza quindi possibilità di estensione delle ipotesi ivi contemplate ad altre situazioni<sup>77</sup>.

Si deve evidenziare che si tratta sempre di situazioni sopravvenute dopo la stipulazione del contratto e dovute a cause classificabili come impreviste o imprevedibili. Unica eccezione è l'errore di progetto.

I casi tassativamente previsti ("*esclusivamente*") sono i seguenti, suddivisi puntualmente secondo le cause che determinano l'introduzione della variante, nell'elencazione dell'art. 132 C, specificate nelle modalità dall'art. 161 R.

A) Per la sopravvenienza di disposizioni legislative o regolamentari, quali quelle che impongono nuove normative tecniche (esempio antincendio o sui materiali ecc.) o di sicurezza o di carattere edilizio. La variante è allora necessaria per adeguare il progetto alle nuove disposizioni, assicurandone l'osservanza.

B) Contiene in realtà due diverse ipotesi.

La prima riguarda la sopravvenienza di cause impreviste e imprevedibili (art. 161 R), valutate secondo criteri di normale diligenza e ragionevolezza, di carattere umano o naturale, accertate in apposita relazione del responsabile del procedimento (ad esempio, casi di forza maggiore permanenti, sconvolgimenti di mercato)

La seconda riguarda l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti, senza aumenti di costo e sempre che non alterino l'impostazione progettuale iniziale. Questa ipotesi è collegata a quella del comma 3 ultima

---

<sup>76</sup> Com'era per la legge quadro: Cons. Stato, V, 13 novembre 2002 n. 6281

<sup>77</sup> Vedasi delibere Autorità vigilanza n. 1/2001 e n. 30/2000

parte dell'art. 132 C, che vedremo oltre.

C) Anche questa comprende due sottoipotesi: quella della presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera e quella di rinvenimenti non prevedibili nella fase progettuale. La prima ipotesi riguarda sopravvenienze di eventi (in genere naturali) o anche di comportamenti di qualsiasi natura che costringano a variare il progetto, per esempio per l'intervento di soggetti terzi. Pare si tratti di una formulazione di carattere generale tesa a giustificare diverse situazioni di difficile inquadramento<sup>78</sup>.

Nella seconda parte si comprendono più specificatamente i soli rinvenimenti di impedimenti all'esecuzione del progetto tra i quali, ovviamente i reperti archeologici, ma anche dimenticati o non rilevabili, della più disparata origine umana. La precisazione non è di poco conto, perchè una giurisprudenza restrittiva non ammetteva tra i c.d. imprevisti geologici dell'art. 1664, comma 2 cod. civ. le preesistenze dovute all'uomo (ad esempio caverne, vecchi manufatti, murature, sottoservizi abbandonati ecc.).

D) Nei casi previsti dall'art. 1664, 2° comma cod. civ..

Si tratta delle "*cause geologiche, idriche e simili*" denominate comunemente "imprevisto geologico" e sempre attinenti a situazioni di carattere naturale e non causate dall'uomo.

La norma del codice civile non giustifica tuttavia l'adozione di varianti per le difficoltà esecutive che l'appaltatore incontra in tali situazioni, ma solamente ammette il riconoscimento di un equo compenso per le sole situazioni caratterizzate dalla notevole onerosità sopravvenuta.

Invece, il presentarsi di un imprevisto geologico nell'opera pubblica, rende ammissibile una variazione del progetto per farvi fronte, con il riconoscimento quindi delle diverse o maggiori opere che si debbano eseguire.

Appare dubbio se la situazione sopravvenuta per rendere ammissibile la variante debba anche essere caratterizzata da un potenziale notevole incremento delle onerosità delle prestazioni, posto che, se la variante viene adottata, il corrispettivo sarà necessariamente a prezzi di contratto<sup>79</sup> e non limitato all'equo compenso come nella previsione civilistica, che presuppone la non variazione del progetto.

E) Per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione.

L'ipotesi è la più ampiamente regolata, in quanto richiamata anche dai successivi commi: 2, 4, 5 e 6, ma è priva della connotazione causale della imprevedibilità, propria della variante intesa in senso stretto.

---

<sup>78</sup> Autorità di vigilanza cit. nota precedente

<sup>79</sup> Art. 134, comma 4, art. 136 regolamento, art. 10, comma 2 capitolato generale

Di rilevante si deve notare che questa variante è limitata nel suo ammontare al quinto dell'importo originario del contratto, anche se l'appaltatore si rendesse disponibile al suo superamento alle stesse condizioni del contratto originario; inoltre, comporta la risoluzione del contratto, senza la sua normale efficacia retroattiva ex art. 1458 cod. civ., con indizione di nuova gara.

Esistono poi altre due ipotesi che non sono elencate tra quelle del primo comma dell'art. 132, ma collocate insieme nel 3° comma.

La prima non è propriamente una variante e come tale non viene espressamente considerata dalla norma, in quanto manca la sopravvenienza; si tratta degli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio del progetto, senza aumento dell'importo del contratto e che siano contenuti nel 5% delle categorie di lavoro dell'appalto o nel 10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro (primo periodo del comma 3).

La seconda è invece una variante, in quanto ribadisce la necessaria motivazione in base ad obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto, ed è riferita all'ipotesi del miglioramento dell'opera e della sua funzionalità nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, in diminuzione o in aumento, ma in tale ultimo caso nei limiti del 5% dell'importo dell'originario contratto e sempre che vi sia copertura della spesa (secondo periodo del comma 3).

Questa variante migliorativa trova una ulteriore particolareggiata contenuta all'art. 135 C; si tratta delle varianti in diminuzione proposte dall'appaltatore, che tuttavia ne beneficia per la sola metà degli importi risparmiati.

Si evidenzia che l'art. 4, comma 2 lett. n) del D.L. "Sviluppo" n. 70/2011 ha apportato una aggiunta al termine del 3° comma e quindi in relazione solo a questa ipotesi di variante migliorativa: fermo restando il tetto del 5% dell'importo originario del contratto, è apportato l'ulteriore limite che l'utilizzo a tal fine delle somme derivanti dal ribasso d'asta è ammesso solo fino al 50% e non per l'intero, come in precedenza<sup>80</sup>.

#### **10.4 - I limiti di ammissibilità: qualitativo e quantitativo**

L'introduzione della variante al verificarsi di una delle fattispecie trattate nel precedente paragrafo ha dei limiti di ammissibilità che sono di due tipi: qualitativi e quantitativi.

Il limite qualitativo riguarda la immutabilità della natura dell'opera: non può

---

<sup>80</sup> Il D.L. n. 201/2011 ha sostanzialmente confermato la disposizione, precisandone l'applicabilità con l'entrata in vigore del D.L. 70/2011.

essere mutata la natura dei lavori compresi nell'appalto<sup>81</sup> (art. 161.4 e 161.16 R).

Quelli quantitativi sono previsti per le ultime due ipotesi sopra già trattate (disposte dal direttore lavori e per miglioramento) e che la legge, addirittura, non considera come varianti vere e proprie (“*Non sono considerate varianti ....*” art. 132.3 C).

Per quelle che possono considerarsi quali vere varianti (art.132.1 C) non pare sussistere un limite quantitativo, salvo l’obbligo di risolvere il contratto per le varianti da vizio progettuale (art. cit. lett. e).

In generale, l'esercizio del diritto e potere del committente di apportare variazioni all'opera, con il corrispondente obbligo dell'appaltatore di eseguirle, è sottoposto a tre condizioni concomitanti:

- che ricorra una delle ipotesi previste dalla legge quadro (art. 132.1 C);
- che sia rispettato il limite qualitativo precisato all'art. 161.4 e 161.16 R, costituito dalla necessità di rispettare la sostanziale immutabilità della natura dell'opera;
- che sia rispettato il limite quantitativo, quando è previsto.

In particolare, tornando al limite quantitativo delle varianti derivanti da errori od omissioni progettuali (art. 132.1 lett. d) C), è indicato un tetto pari al quinto dell'importo contrattuale, oltre il quale il contratto originario deve essere risolto, ovviamente senza oneri a carico dell'impresa. Anzi, sarebbe più appropriato dire che in tale ipotesi, il committente è obbligato a recedere, pagando all'appaltatore le opere eseguite, i materiali utili ed il mancato guadagno (pari al 10%) sui quattro quinti dell'importo del contratto.

Non vi sono, invece, limiti quantitativi per le varianti disposte ai sensi del 1° comma dell'art.132.1 C, ma solamente un meccanismo attraverso il quale deve formarsi il consenso dell'appaltatore, qualora l'importo della variante superi il quinto di quello di contratto. In altre parole, il superamento, in questi casi, del limite del quinto fa cadere il diritto del committente di imporre la variante all'appaltatore, al quale viene attribuita la facoltà di accettare o meno tale superamento.

Questo meccanismo è contemplato dagli art. 161, commi 12 e ss. e 163 R: il responsabile del procedimento comunica il superamento di tale limite del quinto all'appaltatore; questi deve entro 10 giorni dichiarare se accetta di proseguire i lavori oltre tale limite ed a quali condizioni; la stazione appaltante (non basta il responsabile del procedimento, ma occorre l’organo deliberante) nei successivi quarantacinque giorni deve comunicare le proprie determinazioni all'appaltatore. L'esigenza di certezza e speditezza del procedimento ha introdotto una duplice forma di silenzio-assenso: se l'appaltatore non risponde nei dieci giorni alla richiesta iniziale del responsabile del procedimento, si ha per acquisito il suo consenso alla

---

<sup>81</sup> Corte Giust. Eu. 19 giugno 2008 in C-454/06

prosecuzione dei lavori alle iniziali condizioni contrattuali (compresi i prezzi); se invece è il committente a non rispondere in termini alle nuove eventuali richieste dell'appaltatore, si hanno per accettate le condizioni di quest'ultimo.

Sempre sotto il profilo economico si devono segnalare alcune importanti disposizioni dell'articolo in esame.

Innanzitutto per la determinazione dell'ammontare del quinto, ad eccezione dell'ipotesi dell'errore od omissione progettuale, vengono computati nell'importo contrattuale oltre a quello originario, gli aumenti dovuti ad atti di sottomissione per varianti già intervenute e quelli derivanti da accordi bonari, esclusi però quelli di natura risarcitoria; sono da escludere dal calcolo anche gli aumenti per opere di fondazioni (art. 161.14 R).

Altro punto che riguarda il profilo economico, ma non gli aspetti quantitativi bensì quelli qualitativi delle varianti, attiene alla possibilità per l'appaltatore di ottenere un equo compenso nel caso in cui la variazione gli crei notevole pregiudizio, perché vengono alterate le quantità dei vari gruppi di lavorazioni comprese nell'intervento ritenute omogenee secondo le indicazioni del capitolato speciale (art. 161.16 R).

Infine, l'art. 162 R riguarda il trattamento economico delle c.d. varianti migliorative, previste dall'art. 132.3 C.

### **10.5 - Le modalità - Il procedimento di approvazione**

Il soggetto cui compete di approvare la variante è per principio l'organo deliberante della stazione appaltante, qualora vi sia la necessità di ulteriore spesa rispetto a quella prevista nel quadro economico del progetto approvato (art. 161.9 R).

Per le sole due ipotesi dell'art. 132.3 C, fattispecie queste che, come detto, in realtà non sono considerate varianti in senso proprio dallo stesso legislatore, bensì "intervento" ("*Non sono considerati varianti ...*"), le competenze sono ripartite tra il direttore dei lavori (art. cit. prima parte), che in questo caso non deve menzionare l'intervenuta approvazione (art. 161.5 R), ed il responsabile del procedimento (art. 132.3 C seconda parte 161.10 R); quest'ultimo può anche approvare le varianti che non comportino aumenti di spesa, sempre che non alterino la sostanza del progetto (art.161.10 R, ultima parte).

Le modalità che tali soggetti devono rispettare sono le seguenti: innanzitutto, per l'introduzione della variante devono essere sentiti il progettista ed il direttore dei lavori (art.132.1 C), essendo poi quest'ultimo che ne promuove l'introduzione, redigendo l'apposita perizia suppletiva e di variante, contenente l'indicazione dei motivi, mediante un'apposita relazione da inviare alla stazione appaltante (art. 161.3 R).

Poi, il responsabile del procedimento deve accertare la effettiva esistenza delle cause che consentono l'introduzione della variante, con le condizioni ed i presupposti ai sensi dell'art. 132 C; il medesimo soggetto redige quindi una apposita relazione dopo approfondita istruttoria e motivato esame dei fatti (art. 161.7 R).

La variante può contemplare lavorazioni o materiali privi di un prezzo unitario contrattuale; in tal caso, gli artt. 161.6 e 163 R prevedono che sia formulato in contraddittorio, tra direttore dei lavori e appaltatore, un nuovo prezzo.

Il nuovo prezzo è valutato, diversamente dal passato sistema, desumendolo dal prezzario di progetto definitivo (art. 32.1 R), ragguagliandolo a quello di lavorazioni consimili contrattuali, ovvero, quando sia impossibile l'assimilazione, ricavandoli da nuove regolari analisi (art. 163 R).

Se non vi è aumento di spesa basta l'accordo con il direttore dei lavori e l'approvazione del R.U.P.; altrimenti occorre l'approvazione della stazione appaltante, su proposta del R.U.P., prima che il nuovo prezzo sia ammesso in contabilità (art. 163.3 R).

Se l'accordo non viene raggiunto, il prezzo viene imposto dal committente e l'appaltatore è obbligato ad apporre riserva, altrimenti il prezzo ingiunto (c.d. *d'imperio*) si ha per accettato (art. 163.5 R).

Infine, ottenuti i pareri e le autorizzazioni richieste, la variante passa all'approvazione indispensabile dell'organo decisionale del committente (art. 161.9 R).

Il committente ha la facoltà di ridurre l'oggetto dell'appalto, senza che ricorrano le ipotesi di ammissibilità delle varianti dell'art. 132 C, apportando diminuzione nei limiti del quinto dell'importo di contratto e senza che l'appaltatore possa chiedere indennizzi (art. 162.1 R), sempre che tale volontà sia tempestivamente comunicata nel corso di esecuzione dei lavori. Si tratta quindi di un recesso parziale, ma privo di indennizzo.

Variazioni in diminuzione possono altresì essere proposte dall'appaltatore, che, se accettate dal committente, beneficia della metà delle economie ottenute (art. 162.3 R): si deve trattare di migliorie negli aspetti funzionali, negli elementi tecnologici o nei componenti del progetto che non comportano riduzione delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite in progetto che mantengano inalterato il tempo di esecuzione dei lavori (art. 162.3 R).

## **10.6 - Le varianti non approvate**

Cosa accade se l'opera che viene portata a termine non è conforme o non rispecchia il progetto di contratto e le varianti ad esso formalmente introdotte ed approvate ?

Il momento ultimo di questa verifica, se in corso d'opera non interviene il

direttore lavori, è dato dalle operazioni di collaudo (art. 141 C e 215 e ss. R). In corso d'opera, salva diversa valutazione del responsabile del procedimento, il direttore dei lavori può disporre la rimessione in pristino, a spese dell'appaltatore, dei lavori e delle opere nella situazione originaria (art. 161.2 R); ciò implicherebbe che il R.U.P. potrebbe, ritenendo utili le opere, non imporne la demolizione, rimanendo fermo il divieto previsto nella norma di compensi, rimborsi o indennizzi per i lavori medesimi.

Perchè la variazione non autorizzata possa esser pagata debbono ricorrere le seguenti ipotesi: che la variazione sia indispensabile all'esecuzione dell'opera, sia stata riconosciuta meritevole di collaudazione e che l'importo totale dell'opera, comprese quelle della variante, rientri nei limiti di spesa approvato (art. 228 R)<sup>82</sup>.

Pertanto, se l'appaltatore esegue in corso d'opera varianti non autorizzate, lo fa ad esclusivo proprio rischio e pericolo, potendo confidare e sperare solamente, per ottenere il relativo corrispettivo, o in una tardiva approvazione (sempre in corso d'opera),<sup>83</sup> ovvero nel ricorrere delle tre ipotesi sopra descritte, dopo il collaudo.

### **10.7 - I lavori complementari**

Quando durante l'esecuzione dei lavori ricorre l'ipotesi di eseguire lavori resisi necessari a seguito di una circostanza imprevista, si può ricorrere alla stipulazione di un ulteriore contratto a favore dello stesso esecutore.

Si tratta di una ipotesi di contratto stipulato a seguito di trattativa privata e contemplato dall'art. 57.5 C, al quale può pervenirsi in presenza delle seguenti condizioni:

- che i lavori complementari non possono essere separati sotto il profilo tecnico o economico dal contratto iniziale senza recare gravi inconvenienti al committente ovvero, anche se sono separabili, sono strettamente necessari (art. 57.5, lett. a.1);
- che il valore complessivo stimato del contratto per tali lavori complementari non superi il 50% dell'importo del contratto iniziale.

Simile normativa è da tempo prevista nelle direttive comunitarie ed è stata già presente nella risalente legislazione<sup>84</sup>, ma la legge "Merloni" non aveva poi più consentito tale caso di trattativa privata (artt. 19.1 e 24 legge n. 109/1994).

---

<sup>82</sup> Cass. 17 maggio 2006 n. 11501

<sup>83</sup> Si tratta delle approvazioni "in sanatoria", spesso vietate da disposizioni interni ad alcuni committenti.

<sup>84</sup> Art. 5 Dlgs n. 584/1977

## **11 - Tempi, termini, sospensioni, riprese, proroghe, penale**

### **11.1 - Il termine di esecuzione**

Il termine entro il quale debbono ultimarsi i lavori non è considerato elemento essenziale dell'appalto di lavori pubblici, sempre che non sia diversamente pattuito nel contratto, per specifiche ragioni del committente.

Questo comporta che il rispetto del termine normalmente non è ritenuto di interesse essenziale per il committente e, pertanto, il suo eventuale superamento non rende inutile la prestazione per il committente che la deve ricevere (anche ex art. 159.13 R). Il mancato rispetto del termine non può comportare, quindi, la risoluzione del contratto ex art. 1457 cod. civ.

Il codice contratti non detta dirette disposizioni sui tempi del contratto, se non prevedendo che si debbano applicare penali in caso di ritardo, secondo quanto disciplinato dal regolamento (art. 133.9 C).

Quest'ultimo tratta dei tempi in relazione alla necessità di presenza di un cronoprogramma nel progetto esecutivo (Art. 33.1, lett. h) R).

Il termine di ultimazione deve essere stabilito dal responsabile del procedimento nel contratto (art. 145.2 R) ed è elemento la cui indicazione è obbligatoria anche per le norme di contabilità pubblica (art. 12 r.d. n. 2440/1923); il calcolo della sua decorrenza si effettua a partire dalla consegna dei lavori (§ 7); se parziale dall'ultima (art. 154.6 R).

Se l'appaltatore non è in grado di ultimare i lavori, per cause a lui non imputabili, entro il termine di contratto dovrà fare richiesta di proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza e su di essa deciderà il R.U.P., sentito il D.L., entro trenta giorni dal ricevimento; la concessione della proroga non pregiudica i diritti dell'appaltatore per l'eventuale imputabilità della maggior durata dei lavori (art. 159 commi 8 e ss. R).

Risulta buona norma di comportamento presentare la richiesta di proroga, anche se la protrazione dei termini avviene per responsabilità attribuibili al committente, le quali, in tal caso, è bene siano specificare nell'apposito atto.

Non appena avviene l'ultimazione dei lavori, l'appaltatore la comunica per iscritto al direttore dei lavori, per le necessarie constatazioni in contraddittorio (art. 159.12 R); verrà quindi redatto un verbale di ultimazione (art. 199 R).

Se insorgessero eventuali contestazioni tra direttore lavori ed impresa riguardo l'effettiva ultimazione dei lavori, si applicherà l'art. 164 R, che attribuisce al responsabile del procedimento di dirimere la controversia insorta con una decisione da comunicarsi all'appaltatore, il quale ha l'obbligo di uniformarvisi, salvo il diritto di esprimere riserva.

Le penali sono applicate dal R.U.P. sul conto finale e dietro indicazione del

D.L. (art. 145.6 R).

Tuttavia è possibile la disapplicazione delle penali, totale o parziale, dietro apposita e motivata istanza dell'appaltatore, sulla quale decide la stazione appaltante, su proposta del R.U.P., che avrà sentito il D.L. (art. 145.6 e 7 R). Se vi è ritardo e, calcolata la penale giornaliera, questa supera il 10% dell'importo netto di contratto, il responsabile del procedimento può promuovere la procedura di risoluzione del contratto in danno dell'appaltatore (art. 145.4 R).

### **11.2 - La sospensione dei lavori**

L'esecuzione dei lavori deve progredire conformemente all'andamento del programma esecutivo contrattualmente previsto (cronoprogramma art. 40 R) e di quello predisposto dall'impresa (art. 43.10 R).

Tuttavia, essendo l'appalto un contratto ad esecuzione prolungata, possono verificarsi degli eventi che hanno conseguenze sul normale e previsto svolgimento.

Si tratta delle sospensioni dei lavori (totali o parziali), disposte dal committente, ovvero che si verificano in fatto, anche se in forma di rallentamenti su alcune lavorazioni.

L'appaltatore di sua volontà non può porre in essere alcuna sospensione lavori, ma è tenuto all'esecuzione con continuità dei lavori secondo il predetto programma; qualora l'appaltatore, autonomamente, attuasse una sospensione è tenuto a recuperare i tempi contrattuali, per porsi al riparo dal rischio di inadempienza, qualora il fenomeno fosse rilevante in relazione alla possibilità di rispettare il termine finale di ultimazione (art. 159.11 R). Infatti l'art. 159.13 R precisa che se la causa della sospensione è attribuibile all'appaltatore, la sua durata non comporta lo spostamento del termine finale.

La sospensione lavori è attualmente regolata da tre articoli del regolamento (artt. 158 - 160 R), mentre in precedenza le disposizioni si trovavano nel regolamento e nel capitolato generale<sup>85</sup>.

Tuttavia le norme sono confuse e frammentate, prive di logiche consecuzioni e con ripetuti richiami interni.

La sospensione dei lavori può essere legittima o illegittima (art. 160 R), a seconda della causa per la quale la sospensione è stata disposta; tutte le cause diverse da quelle previste come ammissibili nel regolamento sono illegittime e ad esse consegue un predeterminato e limitato risarcimento all'appaltatore.

Già questa distinzione è stupefacente, in quanto la parte più forte del contratto (il committente pubblico) prevede anticipatamente e per legge di

---

<sup>85</sup> Artt. 113 e 114 Dpr n. 554/1999 ed art. 24 DM n. 145/2000

poter commettere illegittimità nell'eseguire il contratto e stabilisce limitazioni patrimoniali alle conseguenze del suo scorretto modo di operare. La disposizione, già presente nel precedente ordinamento derivante dalla legge n. 109/1994, desta gravi perplessità circa il rispetto del principio costituzionale del buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione (art. 97 cost.).

Le cause della sospensione legittima sono suddivise in differenti categorie (art. 158, commi 1 e 2 R):

- la prima è disposta dal direttore dei lavori e dipende dal sopravvenire di circostanze speciali che impediscano l'utile svolgimento dei lavori a regola d'arte;

- la seconda è facoltativamente disposta dal responsabile del procedimento per ragioni di pubblico interesse o necessità, compresa l'interruzione dei pubblici finanziamenti disposta per legge o per sopravvenute esigenze di equilibrio dei conti pubblici.

Il primo tipo di sospensione, ordinata dal direttore dei lavori, interviene nei casi di avverse condizioni climatiche, di forza maggiore, e di circostanze speciali, tra le quali rientra quella della necessità di predisporre varianti in corso d'opera per i casi dell'art. 132 comma 1, lettere a), b), c) e d) del codice, questi ultimi due ove dipendano da fatti non prevedibili al momento della conclusione del contratto (art. 159, commi 1 e 2 R); si tratta non già di varianti dovute ad errori od omissioni progettuali (art. 132.1, lett. e), bensì a situazioni sopravvenute, che con l'ordinaria diligenza non erano prevedibili al momento dell'approvazione del progetto.

Per il secondo tipo di sospensione, quella ordinata dal responsabile del procedimento, non vengono meglio identificate le cause riconducibili al pubblico interesse o alle necessità che possono determinarla, talché queste possono essere individuate negli indirizzi della giurisprudenza che sotto il precedente capitolato generale si era occupata del problema (art.30, 2° comma, cap. gen. del 1962).

La sospensione legittimamente disposta, viene rappresentata in un verbale redatto tra direttore lavori e appaltatore (art. 158.3 R), che ne riferisce le cause e descrive la consistenza delle opere, dei mezzi e del personale presente in cantiere; periodicamente, durante il periodo di sospensione, il direttore lavori ripete gli accertamenti a intervalli non superiori ai novanta giorni e detta, se del caso, disposizioni volte a ridurre gli impegni dell'appaltatore (art. 158.5 R). Questi accorgimenti sono volti a limitare l'entità di eventuali indennizzi dovuti all'appaltatore nelle ipotesi che verranno innanzi esposte.

Allorché le cause che determinarono la sospensione siano venute a cessare deve esser disposta la ripresa dei lavori, di cui si darà conto in apposito verbale da redigere a cura del direttore dei lavori e da trasmettere al responsabile del procedimento; nel verbale sarà indicato il nuovo termine di ultimazione, in quanto il periodo di sospensione ne blocca il decorso.

Altro effetto della sospensione legittimamente determinata è quello di non consentire alcun indennizzo all'appaltatore per il forzato fermo del suo apparato produttivo (art. 159.5 R).

La durata della sospensione pone diversi problemi, in quanto una sospensione legittimamente motivata può, durante il suo decorso, divenire illegittima, qualora i lavori non riprendano non appena cessate le ammissibili cause che la determinarono.

Infatti il regolamento prevede che la sospensione duri per il tempo strettamente necessario a far cessare le cause che hanno imposto l'interruzione dell'esecuzione dei lavori (art. 159.1 R); se la sospensione è dovuta alla necessità di approvare varianti dovute a fatti non prevedibili al momento della stipulazione del contratto, allora la durata è commisurata al tempo adeguato alla complessità ed importanza delle modifiche da introdurre (art. 159.2 R).

Il regolamento all'art. 158.9 si preoccupa di precisare che se la sospensione, per qualsiasi causa determinata purché legittima, ha durata superiore al quarto del tempo contrattuale, il responsabile del procedimento dà avviso all'Autorità. Soggetto questo di non immediata identificazione, omesso nelle definizioni dell'art. 3 R, ma che compare all'art. 6 C e cioè l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici; più ragionevole sarebbe stata una segnalazione al committente, così posto in grado di assumere le opportune decisioni riguardo al protrarsi del fermo dei lavori.

In caso di ingiustificata protrazione della sospensione i rimedi sono due, gradati nella loro rilevanza ed effetti: la diffida o la richiesta di scioglimento del contratto.

Laddove sia cessata la causa che determinò la sospensione e non venga disposta la ripresa dei lavori da parte del R.U.P. (art. 159.4 R), l'appaltatore può diffidare, con apposito atto scritto, il responsabile del procedimento affinché dia le apposite istruzioni al D.L. per la ripresa dei lavori; questa diffida è condizione necessaria per poter apporre valida riserva per gli oneri subiti dalla illegittima maggior durata della sospensione sul verbale di ripresa dei lavori (art. 159.3 R).

In ogni caso, quando la o le sospensioni (se più d'una) superino per durata un periodo superiore ad un quarto della durata complessiva dei lavori o comunque sei mesi complessivi, senza che sia disposta la ripresa dei lavori, l'appaltatore può richiedere lo scioglimento del contratto senza indennità. Solo se il committente si oppone, l'appaltatore ha diritto all'indennizzo per gli oneri subiti per la parte di maggior durata dei lavori (art. 159.4 R).

Vi è poi da distinguere tra la sospensione totale dei lavori e quella parziale, relativa solamente ad alcune categorie o a parti definite dell'opera.

In passato la sospensione parziale non era prevista né, quindi, espressamente regolata, dando luogo a innumerevoli situazioni contenziose.

Oggi la fattispecie è contemplata dal nuovo regolamento all'art. 159.7 R; secondo il quale la sospensione parziale può intervenire solo per cause

imprevedibili (speciali) e di forza maggiore (e cioè le ipotesi dell'art. 158.7), per le parti di lavoro eseguibili e ad essa si applicano le disposizioni della sospensione generale, di cui già si è trattato.

L'unica diversità di trattamento è relativa al prolungamento del termine contrattuale che non è pari alla intera durata della sospensione parziale, ma è ridotto in quanto rapportato all'ammontare dei lavori non eseguiti, perché sospesi, da calcolarsi secondo il cronoprogramma del progetto esecutivo (art. 159.7).

La sospensione illegittima diventa, curiosamente, "legittimata" nella sua esistenza da una disposizione del regolamento (art. 160), che si limita a definirla *a contrario* come una sospensione, totale o parziale, determinata da cause diverse da quelle che sono previste dall'art. 159 R per quelle legittime, sopra trattate.

Appare ovvio che in caso di sospensione, anche solo percepita come illegittima, l'appaltatore debba apporre la dovuta riserva, sul verbale di inizio della stessa (art. 158.8). La riserva andrà confermata sul verbale di ripresa, con le corrette quantificazioni, salvo per le sospensioni che da legittime siano divenute illegittime, per le quali basta la firma alla ripresa.

Di rilevante vi è l'aver determinato normativamente il modo di stabilire l'indennizzo in tal caso spettante all'impresa, poiché se la sospensione fosse legittima, nulla ad esso spetterebbe, se non nel caso di suo illegittimo protrarsi, previa diffida, o di espressione della volontà dell'amministrazione di proseguire nell'esecuzione dei lavori, in caso di richiesta di scioglimento del contratto. Lo strumento legale, cui ricorre il regolamento per predeterminare e limitare l'entità dell'indennizzo spettante all'appaltatore nel caso di illegittima sospensione dei lavori, è quello della clausola penale di cui all'art. 1382 cod. civ., la cui pattuizione ha proprio l'effetto di limitare l'entità del risarcimento del danno dovuto dalla parte inadempiente ad una predeterminata prestazione promessa.

Questa prestazione consiste, in questo caso, nel pagamento di un risarcimento che è determinato alla stregua dei criteri già in passato adottati dalla costante e più rigorosa giurisprudenza onoraria per i casi di fermo illegittimo dei lavori. Le voci riconosciute consistono nelle spese generali (metà della percentuale di formazione del prezzo, che va dal 13 al 17%), nella ritardata percezione dell'utile, nel mancato ammortamento dei cespiti immobilizzati in cantiere, nelle retribuzioni inutilmente corrisposte (art. 160.2 R); altri indennizzi sono ammissibili solo se documentati e strettamente connessi alla sospensione dei lavori (art. 160.3)

Qualora l'appaltatore dissenta sia sui motivi della sospensione, sia sulla durata, sia su altri aspetti attinenti alla interruzione dei lavori, ivi compreso l'indennizzo determinato come sopra per le sospensioni illegittime, dovrà esprimere le proprie contestazioni mediante iscrizione di riserva sui verbali di sospensione e di ripresa, ai sensi dell'art. 158.8 R; tali riserve andranno ripetute sul registro di contabilità, altrimenti vi è decadenza (art. 191.2 R)

### **11.3 - Il termine suppletivo e la proroga**

Durante l'esecuzione dei lavori la sua tempestività è costantemente monitorata dal committente, dovendo il direttore dei lavori comunicare al responsabile del procedimento i ritardi nell'andamento dei lavori rispetto al programma di esecuzione; se questo ritardo può determinare l'applicazione del massimo della penale, il responsabile del procedimento deve promuovere la procedura di risoluzione del contratto per inadempimento (art. 145.4 R).

Il termine di ultimazione dei lavori stabilito contrattualmente può variare durante il loro corso di esecuzione in conseguenza della approvazione di varianti (art. 132 C), di sospensioni legittime (art. 159.6 R), ovvero a seguito della determinazione del giudice, che ritenga l'appaltatore titolato, per qualsiasi ragione, ad un maggior termine; in tutti questi casi si suole parlare di termine suppletivo, che è un maggior termine per l'esecuzione dei lavori che spetta, per varie ragioni, di diritto all'appaltatore.

Diversa da tale ultima ipotesi è quella della concessione di proroghe, anche se, nella prassi, i termini vengono spesso confusi; in quest'ultimo caso si tratta di una discrezionale decisione del committente che accorda una maggior durata ai lavori, mentre nel caso di termine suppletivo si tratta di un vero e proprio diritto dell'appaltatore alla pattuizione di un termine diverso da quello inizialmente previsto.

Per la concessione della proroga è necessario che l'appaltatore rivolga istanza motivata esponendo le cause a lui non imputabili del ritardo al responsabile del procedimento, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale ed, in ogni caso, almeno più di trenta giorni prima (art. 159, commi da 8 a 10 R).

Il responsabile del procedimento darà la sua risposta entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta, sentito il direttore dei lavori (art. 159.10 R).

Come già detto, l'istanza di proroga viene nella prassi presentata per una più sicura tutela dell'appaltatore, anche per motivi che in realtà giustificerebbero un termine suppletivo, come sopra delineato, cioè quando ricorrono responsabilità del committente nella maggior durata dei lavori; questo non pregiudica la successiva corretta qualificazione delle ragioni dello spostamento del termine qualora la maggior durata sia imputabile a fatto della stazione appaltante (art. 159.9 R).

### **11.4 - La penale per ritardo**

La penale consiste in una clausola contrattuale mediante la quale le parti pattuiscono a carico di una di esse il pagamento di una determinata somma in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, a valere quale

forma di risarcimento del danno, predeterminata e forfettaria, non necessitante di apposita prova (art. 1362 cod. civ.).

In caso di mancato rispetto del termine di alcune lavorazioni contemplate nel programma esecutivo, sono ammesse le penali per i termini intermedi, se previste nel capitolato speciale (art. 145 R).

Inoltre, se il termine di ultimazione finale viene superato dall'appaltatore, il responsabile del procedimento, che era già competente a stabilirne l'entità nel progetto e nel contratto (art. 145.3 R), è anche competente per procedere alla sua applicazione, anche sulla base delle indicazioni fornite dal direttore dei lavori (art. 145.6 R).

L'importo della penale può variare in una misura giornaliera che va dallo 0,3 all'1 per mille dell'ammontare contrattuale, netto dal ribasso; l'ammontare complessivo non può superare il 10 per cento del valore del contratto.

La penale costituisce la forfettizzazione anticipata del danno che il creditore potrebbe subire per l'inadempimento del debitore e quindi è dovuta indipendentemente dalla prova dell'effettiva esistenza e dell'ammontare del danno.

L'appaltatore deve opporsi all'applicazione della penale qualora ritenga che il ritardo non sia a lui imputabile o non condivida le modalità di calcolo, mediante apposita riserva sull'atto nella quale gli viene comminata, che normalmente dovrebbe essere il conto finale, ma potrebbe anche essere, illegittimamente, il registro di contabilità (art. 145.8 R).

In attesa della conclusione dell'*iter* per la decisione sulla riserva, l'appaltatore può comunque chiedere la riduzione o disapplicazione integrale della penale secondo l'art. 145, commi 7 e 8 R. Si tratta di una forma di applicazione del principio di diritto comune che lascia al giudice di ridurre in via equitativa l'ammontare della penale, ex art. 1384 cod. civ..

Viene quindi lasciata al committente la facoltà di valutare sia il profilo delle responsabilità nella maggior durata dei lavori, sia quello dell'entità della penale, eventualmente sproporzionata rispetto alla effettiva entità del danno subito; l'esercizio di tale potere discrezionale, che si attua attraverso un'istruttoria nella quale la stazione appaltante decide sulla proposta del responsabile del procedimento, sentiti il direttore dei lavori ed i collaudatori (art. 145 commi 7 e 8 R) è, comunque, censurabile da parte del giudice.

### **11.5 - L'anticipata ultimazione**

Oltre al caso del ritardo o dello spostamento del termine finale, può anche verificarsi l'ipotesi di una anticipata conclusione dei lavori.

Di norma all'impresa non spetta in tal caso alcun compenso, in quanto l'appaltatore è libero di organizzare come ritiene opportuno l'esecuzione dei lavori, tanto da liberare anticipatamente la propria struttura impegnata in un contratto e trarre così maggior profitto nell'impiego in un nuovo appalto.

Peraltro, è possibile che il committente abbia interesse ad un'eventuale anticipato completamento dei lavori; in tal caso nel contratto si può prevedere un premio di acceleramento che verrà corrisposto per ogni giorno di anticipo dell'ultimazione rispetto al termine contrattuale; la misura del premio è stabilita nel capitolato speciale o nel contratto con gli stessi criteri della penale per ritardo (art. 145.9 R). La natura del premio è peraltro diversa da quella della penale.

Il premio non è una sanzione costituente risarcimento del danno da inadempimento, bensì, secondo la corte di Cassazione "*costituisce il prezzo per l'esecuzione accelerata dell'opera pubblica, vale a dire il prezzo per la sua realizzazione secondo una determinata modalità esecutiva*"<sup>86</sup>. Prezzo che deve essere rapportato alla prestazione dell'impresa per completare anticipatamente l'opera e che pertanto non può trovare nella sua applicazione (tanti giorni moltiplicati per un dato premio giornaliero) la limitazione del tetto del 10% previsto per la penale, essendo corrisposto per remunerare lo sforzo dell'impresa nell'eseguire la propria prestazione in termini minori rispetto a quelli contrattuali.

Affatto diversa fattispecie rispetto al premio è quella della pattuizione, nel corso dei lavori, di un termine di ultimazione diverso e più ristretto di quello inizialmente previsto, per sopravvenute esigenze di urgenza del committente nel disporre dell'opera anticipatamente, per esempio per soddisfare un'imprevista emergenza di pubblico interesse. Si tratta, in tal caso, dell'assunzione di un nuovo obbligo per l'appaltatore di rispettare il nuovo termine e non già della facoltà di accelerare l'esecuzione dei lavori per conseguire il premio; ove il nuovo termine, compreso rispetto a quello previsto inizialmente, non sia rispettato, l'appaltatore è infatti tenuto alla penale per ritardo.

#### **11.6 - Il risarcimento danni per il ritardo causato dal committente**

Nel caso di slittamento del termine contrattuale che dia diritto ad un termine suppletivo, e cioè qualora non sia dovuto a responsabilità dell'appaltatore, le ragioni del maggior tempo impiegato possono riferirsi a due gruppi di cause: fatti naturali o di forza maggiore, non dipendenti da alcuna delle parti, oppure, responsabilità per comportamenti od omissioni del committente.

Nel primo caso, non essendo imputabile l'evento di forza maggiore ad alcuna delle parti, ciascuna di esse sopporta i danni eventualmente derivanti dal prolungamento del tempo (art. 1218 cod. civ.); non ha quindi fondamento la convinzione di molti appaltatori di ritenere che le conseguenze onerose di qualsiasi slittamento dei tempi contrattuali siano

---

<sup>86</sup> Cass. 26 giugno 2001 n. 8705

addebitabili al committente.

A quest'ultimo sono addebitabili tali maggiori spese e costi solo se sono individuabili responsabilità a carico del medesimo (argomentando ex art. 159.8 R)

La mancata collaborazione per rimuovere impedimenti all'esecuzione dell'opera, i ritardi nel fornire progetti o nell'assumere decisioni, l'introduzione di varianti caotica e intempestiva ed altre simili situazioni, comportano la responsabilità risarcitoria da parte del committente per il maggior impegno dell'apparato produttivo dell'appaltatore e per i danni subiti, in caso di slittamento del termine contrattuale (oneri diretti ed indiretti).

Tuttavia, perchè le ragioni dell'appaltatore possano essere più agevolmente accolte sia in sede di procedimento di composizione amichevole che in sede contenziosa vera e propria, è importante che l'appaltatore con attenzione ed assiduità contesti, durante l'esecuzione dei lavori, tutti i non corretti comportamenti del committente, mediante comunicazioni scritte chiare e dettagliate, nelle quali si specifichino gli adempimenti richiesti al committente (ex art. 1217 cod. civ.).

La riserva, poi, per esser tempestivamente iscritta, andrà esplicitata non appena l'impresa percepirà, con la normale diligenza, uno scostamento tra il reale andamento dei lavori e quello previsto nel cronoprogramma.

## **12 - Le contestazioni e le riserve**

### **12.1 - In generale**

Prima di poter procedere per far valere le proprie pretese, specialmente economiche, mediante il contenzioso vero e proprio, in senso di sottoposizione del contrasto tra appaltatore e stazione appaltante alla autorità giurisdizionale (giudice ordinario o arbitrato), l'appaltatore deve preventivamente porre in essere delle rilevanti cautele nel corso dell'esecuzione dell'appalto, soprattutto iscrivendo riserva sugli atti contabili. Siamo in una fase che non è contenziosa, in quanto la precede, ma che ha già in sè la definizione della successiva fase, tanto è vero che *"le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse"* (art. 240-bis C).

## 12.2 - Le contestazioni tra committente ed appaltatore

Un particolare tipo di contenzioso tra committente e appaltatore è regolato appositamente e, in linea di principio, esula dall'ambito delle riserve.

Il dissenso tra direttore dei lavori ed appaltatore riguardo l'esecuzione dei lavori può consistere in divergenze e controversie tecniche sul modo di condurre i lavori o sulla loro consistenza; nel regolamento è previsto appositamente un sistema per la soluzione formale di queste situazioni conflittuali.

Non si tratta di questioni oggetto proprio delle riserve, attraverso le quali l'appaltatore tutela invece i suoi interessi economici e che vedremo oltre, ma del procedimento di esame delle situazioni di contrasto tra direttore lavori ed appaltatore previsto dall'art. 164 R, che non è di obbligatoria applicazione, che risulta in pratica scarsamente utilizzato e che ha lo scopo di disinnescare un eventuale potenziale contenzioso.

Si tratta infatti di portare ad un livello più alto il dissidio tra direttore lavori ed appaltatore, che non trovi un concreto e normale componimento nella dialettica contrattuale.

Se durante l'esecuzione dei lavori, tra l'appaltatore ed il direttore dei lavori, insorgono contestazioni circa gli aspetti tecnici che possono influenzarne l'andamento<sup>87</sup>, ciascuno dei due può prendere l'iniziativa e chiamare il responsabile unico del procedimento a dirimere la controversia insorta<sup>88</sup>.

La procedura è la seguente: si parte dalla constatazione dei fatti che danno luogo al contrasto mediante l'accertamento delle circostanze e loro rappresentazione attraverso un verbale firmato dalle parti, da sottoporre al responsabile del procedimento. Se l'appaltatore non è presente, assistono due testimoni ed il direttore dei lavori trasmette il verbale all'appaltatore, il quale ha otto giorni, da quando lo riceve, per le sue osservazioni, mancando o tardando le quali il verbale si intende definitivamente accettato (comma 2).

Il verbale firmato dall'appaltatore, oppure dai testimoni (per la sua assenza), con le sue eventuali osservazioni, viene trasmesso al responsabile del procedimento (comma 3).

Il responsabile del procedimento deve convocare presso di sé le parti entro quindici giorni da quando avrà ricevuto la comunicazione del suo insorgere, la esaminerà in contraddittorio tra le parti e senza formalità<sup>89</sup>.

Dopo di che deciderà e comunicherà la sua determinazione all'appaltatore, che ha l'obbligo di attuarla, ferma e salva la possibilità di esprimere riserva

---

<sup>87</sup> Per esempio, per disposizioni sulle sequenze temporali dei lavori, sui materiali, sull'interpretazione del progetto ecc.

<sup>88</sup> Si tratta di una norma che era già prevista fin dal regolamento del 1895, art. 23 RD n. 350

<sup>89</sup> Potrebbe rivelarsi successivamente utile una verbalizzazione, ma non è obbligatoria.

(comma 1).

Il tutto, contestazioni e decisioni mediante ordine di servizio, viene annotato sul giornale dei lavori (comma 4).

In sostanza l'utilità di questo procedimento è quella di portare subito a conoscenza del responsabile del procedimento l'insorgere di una fattispecie di possibile contenzioso, coinvolgendolo nella fase esecutiva dei lavori per cercare di attirare l'attenzione decisionale dell'amministrazione.

Può essere anche utile per preparare in qualche modo il terreno ad una successiva riserva, rendendo edotto al più presto il R.U.P. dell'esistenza di un dissidio tra appaltatore e direttore lavori, in modo tale da non sorprendere entrambe con la improvvisa proposizione di una riserva.

### 12.3 - Le riserve

La riserva è l'unico mezzo<sup>90</sup>, sottoposto a regole formali (modi) a pena di decadenza (tempi), attraverso il quale l'appaltatore può far valere propri diritti ad eventuali maggiori compensi nei confronti del committente.

Questo strumento, vincolato nei tempi e nelle forme, consente all'appaltatore di lavori pubblici di evitare la decadenza della possibilità di far valere nei confronti del committente le proprie richieste, derivanti dall'esecuzione dell'appalto, di compensi aggiuntivi rispetto al prezzo contrattuale<sup>91</sup>. L'appaltatore può lamentare che durante l'esecuzione dei lavori non vengano rispettate le regole sostanziali dell'esecuzione dell'appalto, come sono state sopra esaminate nella prima parte, con conseguente lesione della sua posizione contrattuale.

Questo dissidio o contenzioso circa l'esecuzione dell'appalto, secondo le regole prestabilite, può concretizzarsi in alcune tipologie di carattere generale riconducibili a:

- questioni contabili: le allibrazioni nel registro di contabilità non sono corrette e difettano per le quantità, non corrispondenti alla realtà misurabile, ovvero per la qualità, e cioè per i prezzi utilizzati;
- comportamenti od omissioni della stazione appaltante, la quale non applichi correttamente le regole dell'appalto o le strumentalizzi, contrariamente ai principi della buona fede. La casistica è ampia, ad esempio: divergenze e questioni insorte alla consegna dei lavori; ritardi negli espropri; mancata adozione di decisioni sull'andamento dei lavori o su varianti necessarie; illegittime sospensioni dei lavori; ingerenze inappropriate nell'esecuzione; mancate istruzioni su carenze progettuali; ecc.. Si tratta, in altre parole, di situazioni onerose e dannose verificatesi in

---

<sup>90</sup> Vedremo poi se e quali siano le eccezioni, ma è bene che questo concetto rimanga ben fermo.

<sup>91</sup> Cass. 6 dicembre 2001 n. 17335; Cass. 1 dicembre 1999 n. 13399

capo all'appaltatore in conseguenza di fatti o responsabilità dell'amministrazione, riconducibili al principio dell'obbligo dell'esatto adempimento del contratto che incombe ad entrambe le parti (art. 1218 c.c.); - situazioni derivanti da fatti di forza maggiore, quali ad esempio l'imprevisto geologico, laddove non abbia dato luogo a varianti.

In altre parole, quando il corrispettivo dell'appalto, per fatti intervenuti nel corso dell'appalto, non risulti più sufficiente a causa delle condizioni onerose che derivino da tali situazioni e l'appaltatore intenda avanzare pretese propri diritti deve, a pena di decadenza, iscrivere riserva, affinché quanto allibrato in contabilità a suo credito non diventi definitivamente accertato e non più contestabile.

Nella pratica si usa il termine "riserva" intendendo la richiesta, la domanda che ne forma l'oggetto; si confonde così lo strumento di proposizione della richiesta economica con il contenuto della stessa, dato che la riserva è solamente ed esclusivamente il veicolo attraverso il quale la pretesa può trovare soddisfazione e consiste nella materiale trascrizione in contabilità della pretesa<sup>92</sup>.

La riserva, che risale alle disposizioni regolamentari del 1895<sup>93</sup>, ha un sistema rigido ed inderogabile di funzionamento disciplinato dagli articoli 190, 191 e 201 del regolamento, ai quali è indispensabile attenersi scrupolosamente, non essendo ammesse deroghe applicative:

a) nel **luogo** di iscrizione e cioè *"sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio dell'esecutore. In ogni caso, a pena di decadenza, le riserve sono iscritte anche nel registro di contabilità all'atto della firma immediatamente successiva al verificarsi o al cessare del fatto pregiudizievole"* (art. 191, comma 2 R).

Oltre al registro di contabilità (art. 188 R), sono normalmente ritenuti atti idonei a ricevere le riserve: il verbale di consegna lavori (art. 155, comma 4 R), i verbali di sospensione e ripresa lavori (art. 158, comma 8 R), i libretti delle misure (art. 183 R), le liste settimanali (art. 187 R), il certificato di ultimazione lavori (art. 199 R), il conto finale (art. 200), il collaudo per le operazioni ivi risultanti (art. 233).

Facoltativa, ma preferibilmente da farsi, è l'iscrizione sugli ordini di servizio (art. 153 R).

Attenzione, non sembra che la riserva possa sempre essere solamente apposta<sup>94</sup> per poi essere esplicitata nei quindici giorni successivi, come previsto dall'art. 190, ma solamente con riferimento all'iscrizione sul registro

---

<sup>92</sup> La terminologia del regolamento è varia: "riserva" art. 155; "contestazioni" art. 158; "domande" art. 189; "richieste" art. 233.

<sup>93</sup> Artt. 54 e 89 RD n. 350/1895

<sup>94</sup> Con l'inserimento della dicitura, a fianco della firma dell'appaltatore: "con riserva"

di contabilità, perchè i commi 3 e 4 dell'art. 191 prevedono la formulazione specifica della riserva sia per le ragioni che per le somme richieste, e quindi con immediata esplicazione; il che appare una illogica diversità di trattamento per le stesse situazioni.

b) nel **tempo**, essendo i diritti che l'appaltatore vuol far valere sottoposti a termine di decadenza, l'appaltatore deve firmare con riserva "*sul registro di contabilità nel giorno in cui gli viene presentato*" (Art. 190 comma 1 R) ed esplicitarla, nelle ragioni e nei titoli, nonchè quantificarla nei quindici giorni successivi (art. 190, comma 3), oppure, per gli altri atti dell'appalto, come detto, immediatamente (art. 191);

c) nella **forma**, la forma è scritta e l'iscrizione è sui documenti di contabilità; la riserva inviata per posta, anche raccomandata è da considerarsi come inesistente. L'appaltatore, allorchè appone la sua firma sul documento contabile, la accompagna dalla dicitura "con riserva" e di seguito la esplicita, descrivendo le ragioni per le quali chiede maggiori compensi ed il loro ammontare, accompagnato da una calcolazione che ne evidenzia le componenti e come si perviene alla somma totale;

d) **in ogni caso** le riserve vanno confermate sul conto finale (art. 200 R), altrimenti anche se a suo tempo tempestive, decadono (art. 201 comma 3 R). Il termine entro cui effettuare l'iscrizione è quello fissato dal RUP nell'invitare l'appaltatore alla firma (massimo trenta giorni).

La domanda contenuta nella riserva può trarre origine da diversi titoli o ragioni, che trovano la loro radice nei principi generali civilistici delle obbligazioni e dei contratti -in particolare dell'appalto- e nelle disposizioni speciali che regolano l'esecuzione dell'appalto di lavori pubblici.

Si tratta delle situazioni critiche che si presentano nell'esecuzione dei lavori trattate nella prima parte, quali, ad esempio: lavori eseguiti e non allibrati o male allibrati, conseguenze onerose o dannose delle attività che si svolgono durante l'esecuzione dei lavori, oppure nelle fasi finali e fino al collaudo ed hanno natura di pretese di carattere contrattuale, nel senso che attengono al rapporto sostanziale tra l'appaltatore privato e l'amministrazione.

E' utile sapere che i diritti fatti valere con le riserve sono sempre nella assoluta disponibilità dell'appaltatore che può sempre decidere su di essi come ritiene opportuno<sup>95</sup> e quindi anche rinunciarvi in qualsiasi momento<sup>96</sup>.

Qualora intenda invece coltivarle, allo scopo di ottenere quanto richiesto, il percorso da seguire, nella parte iniziale, è ancora di tipo contrattuale, stragiudiziale, e cioè riguarda il rapporto privatistico tra appaltatore e committente pubblico, ma successivamente, ove il riconoscimento richiesto non trovi una accettabile misura di soddisfacimento, si trasferisce al campo

---

<sup>95</sup> Senza possibilità di successiva modifica della quantificazione economica (art. 191.4 R ed art. 240 bis C)

<sup>96</sup> Anche quando sia stata già adita l'autorità giurisdizionale.

contenzioso, che si svolge attraverso l'esercizio della tutela giurisdizionale avanti il giudice ordinario o il collegio arbitrale.

#### **12.4 - Necessità, funzione, tempestività della riserva – Messa in mora**

La giurisprudenza ha individuato delle situazioni nelle quali non è necessario proporre la riserva, affinché l'appaltatore possa tutelare i propri diritti; si tratta della domanda di risoluzione per inadempimento dell'amministrazione, delle richieste di interessi<sup>97</sup> o rivalutazione monetaria dei fatti illeciti.

La riserva ha la funzione di rendere tempestivamente edotta la stazione appaltante circa l'andamento della spesa dell'appalto, al fine di consentirle di porre in essere i rimedi opportuni, quali ad esempio il recesso (art. 134 C).

Ampiamente discussa è la materia della tempestività della riserva e cioè il problema di individuare quale sia il momento nel quale l'appaltatore è costretto ad iscriverla, per non decadere dai propri diritti.

La norma parla di momento *“successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio dell'appaltatore”* (art. 191, comma 2 R).

Per l'insorgenza non vi sono problemi particolari; se si verifica una venuta d'acqua durante uno scavo in galleria, l'evento è pressochè istantaneo e quindi la riserva per le onerosità che ne conseguono va iscritta sul primo documento contabile.

Invece, circa l'individuazione del momento in cui il fatto che ha determinato il pregiudizio viene a cessare ha dato luogo a problemi interpretativi, risolti dalla giurisprudenza nel senso che si deve, in base alla normale diligenza, individuare quando l'appaltatore può rendersi conto che la situazione è divenuta tale da generare conseguenze pregiudizievoli.

Infine v'è da dire circa la possibilità che la iscrizione della riserva possa valere come atto di messa in mora, il quale è indispensabile ai fini dell'ottenimento degli interessi e della rivalutazione monetaria sulla somma da liquidarsi per la richiesta di cui alla riserva (art. 1219 cod. civ. ).

La risposta è negativa e pertanto, al fine dell'ottenimento di interessi e rivalutazione monetaria, occorre un atto specifico di intimazione alla stazione appaltante; in pratica, si suggerisce quindi, dopo l'iscrizione ed esplicazione della riserva, di trasmettere una raccomandata a. r. alla stazione appaltante, avvertendola delle riserve iscritte (eventualmente riportandole) e chiedendo il pagamento immediato delle somme richieste.

---

<sup>97</sup> Art. 142.4 R esclude l'onere della riserva per gli interessi da ritardato pagamento

## 12.5 - Nuove limitazioni alle riserve

Il D.L. n. 70/2011 ha modificato l'art. 240 bis del codice e introdotto due nuovi limiti ai possibili contenuti delle riserve: uno quantitativo ed uno qualitativo<sup>98</sup>.

Il primo limite è inserito nel primo comma, dopo il divieto di proporre domande (si dovrebbe ritenere) giudiziali per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse, e consiste nel porre un tetto all'ammontare delle richieste contenute nelle riserve: *"L'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale"* (comma 1):

Il secondo limite è qualitativo, prevedendosi che *"Non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che, ai sensi dell'art. 112 e del regolamento, sono stati oggetto di verifica"* (comma 1-bis).

Queste due disposizioni alterano gravemente il sistema giuridico dell'appalto di lavori pubblici e l'equilibrio contrattuale, imponendo limiti alle possibilità di esercizio del diritto dell'appaltatore ad ottenere ristori o risarcimenti dal committente, che si trovi in difetto nell'adempimento delle proprie obbligazioni.

La ragione delle disposizioni, stando agli scarni lavori parlamentari e trattandosi di intervento d'urgenza (decreto legge), sarebbe quella di riduzione della spesa, ma il risultato è quello di imporre alle parti un risultato economico al contratto, gravando illegittimamente sulla posizione di uno solo (l'appaltatore) dei numerosi soggetti coinvolti nella realizzazione dell'opera pubblica e cancellando i principi giuridici in tema di responsabilità personale.

L'introduzione delle limitazioni appare affrettata e niente affatto meditata, solo già osservando che l'art. 240 bis constava di un solo comma ed il successivo comma andava numerato come "2°", mentre reca la numerazione "1-bis".

Queste disposizioni limitative dei diritti dell'appaltatore sono, quanto meno, anomale e certamente la dottrina e la giurisprudenza avranno modo di ricondurne la portata a giustizia; la loro applicazione è sui contratti i cui bandi sono pubblicati dopo l'entrata in vigore del d.l. (art. 4, comma 12).

Ad un primo esame, innanzi tutto, appaiono profili di incostituzionalità in relazione agli artt. 3 (irragionevolezza), 24 (tutela giurisdizionale) e 97 (buon andamento e imparzialità dell'amministrazione).

---

<sup>98</sup> Il D.L. 13 maggio 2011 n. 70 (art. 4, comma 2, lett. hh) è entrato in vigore il giorno successivo; l'art. 4 comma 12 precisa che la disposizione si applica ai contratti il cui bando o avviso è pubblicato successivamente all'entrata in vigore del D.L.

Inoltre è evidente il contrasto con il diritto comune<sup>99</sup> in quanto è violato il principio civilistico dell'art. 1229, secondo il quale sono nulli i patti contrattuali che escludono o limitano preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave; pertanto le disposizioni in esame andrebbero interpretate restrittivamente.

In particolare, per quanto riguarda il comma 1-bis, la disposizione altera e contraddice l'intero sistema del codice e della riforma a partire dalla legge Merloni sulla progettazione, verifica e validazione dei progetti.

Di fatto si spostano ed addossano sul solo appaltatore le responsabilità che erano dei progettisti (art. 111 C) e del verificatore (art. 112, comma 4bis C ed artt. 56 e 57 R), soggetto addirittura obbligato ad assicurarsi per i propri errori professionali.

Lo stesso dicasi per la validazione da parte del R.U.P. (art. 55 R) e l'approvazione del progetto da parte della stazione appaltante (art. 59 R), che di fatto vengono vanificate quanto al loro significato ed effetto.

Non potendosi esprimere riserva per vizi del progetto verificato, vengono poste a carico dell'appaltatore delle responsabilità che sono indubbiamente altrui (amministrazione, progettista, verificatore) ed i danni che conseguono da eventuali errori od omissioni nel procedimento di approvazione del progetto.

Questa disposizione è altresì in contraddizione con la giurisprudenza formatasi riguardo alle disposizioni sulla progettazione, che vengono definite norme imperative, la cui violazione ricade sulla stazione appaltante; infatti tali regole sono ormai dettagliate ed analiticamente minuziose ed impongono a progettisti e verificatore l'attentissimo sviluppo ed esame del progetto, per consentire la sua normale esecuzione.

Tuttavia, a fronte di queste gravissime limitazioni, rimangono delle difese utili per l'appaltatore, dovendosi primariamente considerare che la riserva non costituisce l'unico mezzo di tutela contrattuale.

Infatti si andrà creando per l'appaltatore un duplice percorso per le proprie richieste: da una parte quello limitato alle riserve, con il tentativo di accordo bonario e dall'altra quello della risoluzione del contratto.

Non si dimentichi che l'accesso alla tutela giurisdizionale è libera (art. 24 cost. ed art. 2907 cod. civ.) e pertanto l'appaltatore potrà valersi della domanda di risoluzione del contratto per inadempimento (art. 1453 cod. civ.), laddove le riserve derivanti da responsabilità del committente superino nel loro ammontare il venti per cento dell'importo contrattuale.

Tale soglia potrà esser presa in considerazione per qualificare anche l'entità della gravità dell'inadempimento del committente (art. 1455 cod. civ.).

Più delicata e da approfondire è la tutela per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467 cod. civ. e ss.) per le situazioni che non siano riconducibili a responsabilità del committente.

---

<sup>99</sup> La deroga al cod. civ. è ammessa dall'art. 2.4 C

Per le due domande le conseguenze sono diverse: nella risoluzione di contratto, questo viene a cadere per la pronuncia del giudice e con effetti retroattivi (art. 1458 cod. civ.); nell'eccessiva onerosità sopravvenuta vi è la possibilità di proseguire il contratto, in caso di consensuale ed equo riequilibrio.

In conclusione, queste nuove disposizioni provocheranno in futuro un incremento del contenzioso giudiziale, a scapito del procedimento di bonaria composizione fin'ora coltivato ed agevolato dal legislatore, che si rivela così anche improvvisto.

## **12.6 - Il precontenzioso**

Come detto, la apposizione della riserva è indispensabile ed inderogabile.

Iscritta la riserva ci sono due modi, ancora non formalmente contenziosi, per definire le pretese dell'appaltatore, prima di darsi corso alla lite vera e propria.

Si tratta della transazione (art. 240 C) e dell'accordo bonario (art. 241 C); quest'ultimo comporta una procedura che si potrebbe dire "semicontenziosa" e, se si conclude positivamente, equivale ad una transazione (comma 18).

Ed allora, nella terza parte, la riserva verrà trattata nella fase successiva alla sua iscrizione e cioè relativamente alla sua cosiddetta "coltivazione".

Il legislatore sembra favorire queste due forme di esaurimento del precontenzioso, a scopo deflazionistico del contenzioso giudiziale, prevedendo in fase di programmazione dei lavori lo stanziamento di appositi fondi a tal fine, pari al 3% delle spese previste per l'intervento, maggiorabile con i ribassi di gara a richiesta del RUP (art. 12 R).

## **13 - Il collaudo**

### **13.1 - Le operazioni di collaudo**

Il collaudo dei lavori pubblici è previsto dall'art. 141 C e consiste nella verifica ed accettazione finale dell'opera da parte del committente, sotto due profili, come diffusamente esposto nell'art. 215 R:

- il profilo tecnico, dell'accertamento della corrispondenza dell'opera al contratto, con le sue variazioni, al progetto e alle regole dell'arte;
- il profilo della spesa, per l'accertamento della corrispondenza tra i risultati contabili finali e le risultanze di fatto (dimensioni, forma, quantità, materiali ecc.).

Normalmente viene eseguito ad opera ultimata, ma per consentire una più penetrante verifica della buona esecuzione dei lavori, è previsto il collaudo in corso d'opera, obbligatorio nei casi dell'art. 141, comma 7 C, che consistono: nelle opere per le quali il direttore lavori non è dipendente dell'amministrazione; nel caso di opere particolarmente complesse, nei lavori in concessione; nei casi previsti dal regolamento (art. 215, comma 4 R).

Con il collaudo vengono anche prese in esame le riserve dell'impresa (art. 225 u. co. R), per le quali non si sia esperito o non sia andato a buon fine il procedimento di amichevole composizione (art. 240 commi 6 e 14 C).

Il collaudo è effettuato da parte di uno fino a tre soggetti, previsti dall'art. 141, comma 4 e 5 C, appositamente designati e dotati di specifiche competenze (art. 216 R); per questo, dopo la conclusione delle operazioni di collaudo effettuate da questi soggetti "terzi" rispetto all'amministrazione, quest'ultima è libera di deliberare (approvando o meno) sul risultato delle medesime.

In sintesi, le fasi del collaudo, assegnate al collaudatore (o alla commissione) appositamente nominato, sono sostanzialmente tre, che si concludono con tre diversi documenti: ad esse segue la decisione, da parte del committente, sul collaudo medesimo (approvazione o rinnovo, artt. 141.3 C e art. 234 R).

Si tratta, per le tre fasi:

- della verifica, che viene effettuata mediante accertamenti sull'opera che si svolgono in contraddittorio con l'impresa e si concretizzano in una o più verbali di visita (artt. 221- 224 R);
- la relazione del collaudatore, nella quale si riassumono gli accertamenti e si fornisce il quadro tecnico economico di esecuzione dell'opera, con le considerazioni dell'appaltatore circa la bontà dell'esecuzione e la regolarità amministrativa e contabile della spesa (art. 225 R);
- il certificato di collaudo, che riassume i dati delle operazioni precedenti e contiene il quadro economico finale, con l'indicazione dei crediti residui dell'appaltatore ed il giudizio sull'accettabilità dell'opera (art. 229 R).

Il collaudo finale è obbligatorio, e lo è anche quello in corso d'opera nei casi specificati dall'art. 141.7 C.

Forma minore del collaudo è il certificato di regolare esecuzione, per i lavori al di sotto dei 500.000 euro, emesso dal direttore dei lavori (art. 141, comma 3 C ed art. 237 R).

Il collaudatore è nominato (art. 216 R) al più tardi entro trenta giorni dall'ultimazione dei lavori e deve essere un ingegnere o un architetto iscritto all'albo da almeno cinque anni; può essere un dipendente dell'amministrazione o un esterno, se non risultano soggetti idonei all'interno. Per esigenze dovute alla particolare tipologia dell'opera può esser nominata una pluralità di collaudatori ed allora si avrà una commissione di collaudo.

Il collaudo che si esegue a fine lavori è considerato provvisorio e diventa definitivo decorsi due anni dalla sua data di emissione o da quando doveva emettersi (art. 141, comma 3 C ed art. 229.3 R).

Questioni possono insorgere in relazione al ritardo del collaudo, sia per quanto riguarda l'inizio che il completamento delle operazioni di competenza dei collaudatori.

Quello che più conta per l'appaltatore è il termine di compimento delle operazioni di collaudo che è di sei mesi, normalmente, e di un anno per le opere più complesse (art. 141.1 C), a decorrere dalla data di ultimazione dei lavori.

Se il termine decorre inutilmente per responsabilità del committente, l'appaltatore può chiedere di essere risarcito dei danni patiti (ad esempio per prolungata manutenzione e mancato saldo) e deve iscrivere apposita richiesta con riserva, quando gli verrà sottoposto il certificato per la firma (art. 233.1 R). Del ritardo deve darsi comunicazione all'appaltatore e al responsabile del procedimento da parte dell'organo di collaudo (art. 219 R).

La maggior durata delle operazioni di collaudo può però anche dipendere dalla mancata ottemperanza dell'appaltatore alle disposizioni del collaudatore per la rimozione dei vizi e difetti riscontrati nell'opera (art. 227.2 R). In tal caso il collaudatore dispone l'esecuzione d'ufficio in danno dell'appaltatore (art. 224.3 R).

Inoltre, entro venti giorni dal ricevimento, l'appaltatore dovrà proporre le riserve ritenute opportune sul certificato di collaudo e che possono riguardare la contestazione di eventuali detrazioni, la critica a conteggi e calcoli e cioè tutto quanto viene esposto nei documenti che gli vengono sottoposti e che non viene da lui condiviso, con l'esposizione dettagliata delle relative pretese economiche (art. 233 R).

L'emissione del certificato di collaudo comporta lo svincolo della cauzione ed il pagamento del saldo, entro i successivi novanta giorni (art. 141, comma 9 C ed art. 235 R).

In ogni caso, decorso il termine, di sei o dodici mesi per il compimento delle operazioni di collaudo, le fidejussioni si estinguono di diritto, l'appaltatore non deve più pagare commissioni bancarie o premi assicurativi (art. 235.3 R).

### **13.2 - La conclusione e l'approvazione del collaudo**

Una volta emesso, il certificato di collaudo è firmato dall'appaltatore e dal collaudatore e viene da quest'ultimo trasmesso al committente, insieme con la relazione riservata sulle riserve (art. 225 R), nella persona del responsabile del procedimento, che lo sottopone per le decisioni conseguenti all'organo deliberante (art. 234 R).

Entro i sessanta giorni successivi il committente delibera sul collaudo e sulle

riserve e notifica la delibera all'appaltatore (art. 234.2 R).

Il collaudo ha carattere provvisorio per due anni (se non è stabilito un diverso termine in contratto), decorsi i quali diventa definitivo automaticamente; dopo due anni e sessanta giorni si ha anche per approvato, se l'approvazione non interviene prima (art. 229.3 R). Durante i due anni l'appaltatore è tenuto in garanzia per i vizi e le difformità dell'opera.

Il collaudo può avere esito positivo o negativo (l'opera non è collaudabile o è collaudabile con particolari prescrizioni, art. 225.1 R) e può essere approvato o meno dal committente; in quest'ultimo caso l'amministrazione può prendere le delibere ritenute opportune o ripetere il collaudo (art. 234.3 R).

Il certificato di collaudo è rilevante ai fini dell'esame delle riserve da parte del committente; è previsto (art. 240, commi 6 e 14 C) che il responsabile del procedimento, al ricevimento del certificato di collaudo, proceda alla formulazione della proposta di accordo bonario:

- per i lavori sopra i dieci milioni di euro, procede con la costituzione della commissione di cui all'art. 240, comma 5, la quale ha novanta giorni per emettere la proposta di accordo bonario sulle riserve;
- per i lavori sotto tale importo la costituzione della commissione è facoltativa per il R.U.P. (art. 240.14 C), che altrimenti emette in proprio la proposta.

Decorrono poi trenta giorni dal ricevimento della proposta per la pronuncia di entrambe le parti, committente ed appaltatore.

In caso di pronuncia negativa del committente o qualora sia ritenuta non soddisfacente, l'appaltatore può adire il contenzioso, arbitrale od ordinario.

### **13.3 - Il collaudo e le responsabilità dell'appaltatore (garanzie)**

A differenza delle regole dell'appalto privato (art. 1667 cod. civ.), l'appaltatore risponde, per due anni dalla fine dei lavori e senza obbligo da parte del committente di tempestiva denuncia nei 60 giorni dalla scoperta<sup>100</sup>, dei vizi anche se non sono stati rilevati in sede di collaudo e cioè anche se erano riconoscibili; non c'è quindi distinzione ai fini della garanzia tra vizi occulti o vizi rilevabili in sede di verifica (art. 229.3 R).

Il collaudo provvisorio comporta quindi solamente effetti economici, quali la restituzione della cauzione definitiva (art. 113.5 C ed art. 235 R) e nel pagamento della rata di saldo, dietro garanzia fideiussoria (art. 141.9 C).

Oltre a detta garanzia per i vizi e difetti, che si manifestino entro il biennio dalla ultimazione dei lavori, resta anche ferma la garanzia decennale per rovina e gravi difetti dell'art. 1669 cod. civ.

Nel tempo la giurisprudenza ha notevolmente ampliato la portata della

---

<sup>100</sup> Tuttavia è necessaria una denuncia del R.U.P. entro il biennio.

norma, prima interpretata restrittivamente per i soli casi di difetti o vizi che comunque possano avere influenza sulla statica e la struttura dell'immobile (pericolo di rovina).

Attualmente il grave difetto previsto dall'art. 1669 cod. civ. ha portata assai ampia e comprende i difetti che compromettono la normale fruibilità dell'opera.

La presenza di una polizza indennitaria decennale, prevista dagli artt. 129.2 C e 126 R, non esonera l'appaltatore dalla responsabilità in esame, ma costituisce una garanzia in più a favore del committente.

## **14 - Altri modi di estinzione del contratto**

Può accadere che il contratto d'appalto non giunga alla sua naturale conclusione ed estinzione con il completamento dell'opera, il collaudo e la sua consegna al committente.

Esistono situazioni che non portano alla naturale conclusione, bensì all'estinzione del contratto per altre ragioni, che non sono l'esaurimento delle rispettive prestazioni.

### **14.1 - Il recesso**

Il recesso unilaterale dal contratto ad opera del committente nell'appalto è un istituto del diritto privato (art. 1671 cod. civ.), applicato anche nei contratti di lavori pubblici, con alcune peculiarità (art. 134 C).

Il diritto del committente è esercitabile insindacabilmente e liberamente (*ad nutum*) in qualsiasi momento.

Unica conseguenza onerosa per il committente di questa eccezionale facoltà, non prevista negli altri tipi di contratti, è necessariamente quella di tenere indenne l'appaltatore delle conseguenze della propria decisione.

Questo indennizzo è ben determinato nel suo ammontare da parte della norma, che prevede il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti, nonché di un indennizzo pari al decimo delle opere non eseguite (art. 134, comma 1 C).

Tuttavia l'importo delle opere non eseguite non viene considerato per l'intero, bensì diversamente: si prendono i quattro quinti del prezzo netto da ribasso di gara e da questo si detrae l'ammontare netto dei lavori eseguiti; sulla differenza si calcola il 10% di utile, costituente l'indennizzo (comma 2).

Questo in ragione del fatto che l'amministrazione ha pur sempre il diritto di variare in meno le opere per un quinto del prezzo di contratto (art. 162,

comma 1 R).

Per l'appaltatore non è prevista alcuna facoltà di libero recesso, ma vi sono delle situazioni, di diversa natura, che consentono all'appaltatore la possibilità di liberarsi dal vincolo contrattuale, con effetti analoghi alla risoluzione.

Si tratta di una sorta di tutela della posizione dell'appaltatore davanti a specifici inadempimenti del committente, che si concretizza in tre casi:

- mancata stipulazione del contratto entro il termine stabilito (art. 11.9 C);
- mancata consegna dei lavori entro il termine stabilito (art. 153.8 R);
- protrazione della sospensione dei lavori oltre i termini stabiliti, che sono un quarto del tempo contrattuale o comunque sei mesi complessivi (art. 159.4 R).

Solo nel primo dei tre casi, alla dichiarazione dell'appaltatore di volersi liberare del vincolo contrattuale, il committente nulla può opporre, mentre negli altri due, ove il committente si opponga, il contratto rimane in essere, ma all'appaltatore spetta un indennizzo, ovviamente da far valere mediante riserva.

#### **14.2 - La risoluzione per inadempimento**

Più traumatica è la cessazione del contratto come conseguenza della risoluzione per inadempimento, altro istituto di diritto privato (art. 1453 e ss. cod. civ.) applicabile ai contratti pubblici.

Il codice regola espressamente l'azione della c.d. rescissione in danno da parte del committente (artt. 135 e ss. codice).

Dal lato dell'appaltatore l'azione è svolta, in mancanza di apposita regolamentazione, secondo le norme del codice civile (artt. 1453 e ss.), con azione davanti agli arbitri o al giudice ordinario, in caso di gravi inadempimenti del committente, tra le quali il codice contempla espressamente il ritardo nei pagamenti (art. 133 codice), ma che possono essere anche di altra natura.

Se il committente non esegue perfettamente la prestazione dovuta, all'appaltatore (adempiente) è data facoltà di chiedere la risoluzione del contratto: requisito fondamentale, si sottolinea, è che l'inadempimento del committente non sia di scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte (art. 1455 cod. civ.).

Rilevante è sottolineare che la pronuncia del giudice di risolvere il contratto ha effetti costitutivi, talchè l'appaltatore che sospenda nel frattempo i lavori, in attesa dell'esito del giudizio, lo fa a proprio rischio.

Ben differente è la posizione del committente che gode di una posizione autoritativa riguardo la risoluzione del contratto e che ha origine dalla

legislazione fondamentale del 1865<sup>101</sup>.

Attualmente il codice regola diverse ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'appaltatore, che concretizzano uno strumento specifico di autotutela a disposizione del committente, che non ha bisogno di passare al vaglio del giudice, ma che ha e mantiene efficacia immediata, attuandosi attraverso una deliberazione di risoluzione del contratto assunta dall'organo decisionale, su parere del responsabile del procedimento, a seguito di apposite diversificate procedure, a seconda delle motivazioni.

Le situazioni che possono portare alla risoluzione sono le seguenti:

a) Grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori (art. 136.1 C). Il direttore dei lavori segnala, con dettagliata relazione, i comportamenti censurabili al responsabile del procedimento, questi invita il direttore dei lavori a contestare gli addebiti all'appaltatore, il quale ha un termine per controdeduzioni da inviare al responsabile del procedimento. Se le controdeduzioni non pervengono o sono valutate negativamente, su proposta del responsabile del procedimento, la stazione appaltante dispone la risoluzione del contratto.

b) Ritardo nell'esecuzione dei lavori per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni di programma (art. 136.4 C). Il direttore dei lavori che intima direttamente all'appaltatore un termine entro cui vanno compiuti i lavori in ritardo, scaduto il quale rileva in contraddittorio gli effetti della disposizione impartita; il processo verbale, in caso di permanere dell'inadempimento passa alla stazione appaltante che, sempre su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto.

La disposizione va coordinata con quella dell'art. 145.4 R secondo la quale il R.U.P. promuove l'avvio del procedimento di risoluzione nel caso in cui il ritardo maturato comporti l'applicazione del massimo della penale contrattuale (10% importo netto contratto).

c) Reati accertati in capo all'appaltatore (art. 135 C) Le fattispecie contemplate sono: applicazione di una misura di prevenzione (art. 3 legge 27 dicembre 1956 n. 1423 "antimafia"); sentenza di condanna passata in giudicato per frodi verso la stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti interessati ai lavori, nonché per violazione delle norme sulla sicurezza. Al responsabile del procedimento è data la facoltà di valutare l'opportunità di procedere alla risoluzione del contratto, in relazione allo stato dei lavori ed alle finalità dell'intervento.

d) Decadenza dell'attestazione SOA (art. 135, 1-bis C e art. 91 R); nel caso di false dichiarazioni o documenti mendaci l'Autorità di Vigilanza appone iscrizione sul casellario delle imprese. Le stazioni appaltanti periodicamente controllano il Casellario e nel caso di presenza di tale iscrizione, provvedono alla risoluzione del contratto.

---

<sup>101</sup> Artt. 340 e 341 legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. F

e) Nel caso l'appaltatore presenti due DURC consecutivi negativi (art. 6.8 R), la stazione appaltante può procedere alla risoluzione ex art. 135.1 C.

f) Inadempimento dell'appaltatore nei contratti a cottimo, nei quali la risoluzione è semplificata ed è dichiarata dal responsabile del procedimento, previa ingiunzione del direttore dei lavori (art. 137 C).

Deliberata la risoluzione del contratto, la sua attuazione concreta è eguale per tutti i casi che l'hanno causata: il responsabile del procedimento comunica la risoluzione all'appaltatore e redige lo stato di consistenza delle opere e del cantiere che viene preso in consegna dal direttore dei lavori (art. 138 C).

L'appaltatore risponde per i danni, costituiti dal maggior costo del riappalto ad altra impresa. L'opera eseguita gli viene tuttavia pagata ai prezzi di contratto, detratti tali danni, con ciò dandosi una applicazione di speciale natura contrattuale al diverso principio della retroattività degli effetti della risoluzione per inadempimento (art. 1458 cod. civ.).

Rilevante è altresì il potere di autotutela concesso espressamente alla stazione appaltante, qualora l'appaltatore non liberi il cantiere a consentire la ripresa dei lavori (art. 139 C).

In caso di inadempimento dell'appaltatore è ammessa l'esecuzione d'ufficio in danno (e cioè con detrazione contabile), ma nei limiti di € 200.000,00 (art. 146 R).

Il committente può anche escutere la cauzione definitiva, ma nel limite dei danni derivanti dall'inadempimento (art. 113.5 C), generalmente costituiti dai maggiori costi del riappalto ad altra impresa (artt. 135.2 e 138.3 C); sempre che il committente non preferisca far completare le opere dal secondo classificato in poi, ove ciò sia previsto nel bando (art. 140 C).

L'appaltatore, qualora ritenga ingiustificato il provvedimento di risoluzione del contratto potrà tutelarsi davanti al giudice ordinario o arbitrale, trattandosi di lesione di un suo diritto soggettivo, come ritenuto da costante giurisprudenza al riguardo<sup>102</sup>, anche posteriore alle ultime disposizioni sulla giurisdizione amministrativa (D.lgs 31 marzo 1998 n. 80 e legge 21 luglio 2000 n. 205<sup>103</sup>).

Se anche il giudice ordinario non potrà disapplicare la risoluzione o rescissione in danno, nel senso che il contratto rimarrà risolto, purtuttavia potrà conoscere nel merito la questione e statuire sulle conseguenti responsabilità, anche in termini di risarcimento del danno conseguente ad eventuale illegittimo esercizio del potere da parte della stazione appaltante.

---

<sup>102</sup> Cass. 4 novembre 2005 n. 21407; SSUU 5 aprile 2005 n. 6992; SSUU 23 dicembre 2003 n. 19787; SSUU 18 aprile 2002 n. 5640

<sup>103</sup> Vedasi ora il codice del processo amministrativo D.Lgs 2 luglio 2010 n. 104

### 14.3 - Il fallimento

La morte dell'imprenditore individuale comporta l'estinzione dell'appalto di lavori pubblici, in quanto lo stesso è di carattere personale (*intuitus personae*<sup>104</sup>), a differenza dell'appalto privato.

Per il caso di fallimento dell'impresa appaltatrice, la legge fallimentare prevede che il contratto si sciogla, a meno che il curatore non intenda subentrare nel rapporto, autorizzato dal comitato dei creditori e dal giudice delegato, dandone comunicazione all'altra parte. Per altro, se la considerazione della persona dell'appaltatore è stata determinante per la stipulazione del contratto, allora la prosecuzione non è consentita (art. 81 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, nel nuovo testo di cui all'art. 68 del D.lgs 9 gennaio 2006 n. 5).

Proprio quest'ultima disposizione fa sì che per l'appalto di opere pubbliche il fallimento dell'appaltatore comporti l'estinzione del contratto.

L'appaltatore, con il fallimento, perde le qualifiche che gli hanno consentito di ottenere l'affidamento del contratto e pertanto non ha più la particolare qualità giuridica ed i requisiti che gli erano necessari per assumere la veste di contraente nell'appalto pubblico (art. 38 C, 78 R).

Il codice, tuttavia, prevede una sorta di ammortizzatore per consentire la prosecuzione del lavoro e non doversi far ricorso a nuove procedure di gara. Infatti, l'art. 140 consente al committente, se ciò era previsto nel bando, di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla gara a partire dal secondo in graduatoria, allo scopo di affidare la prosecuzione dei lavori al prezzo di offerta. La possibilità di ricorrere in alternativa alla trattativa privata prevista al comma 3 è stata abolita<sup>105</sup>.

Il D.L. 201/2011 (art. 44) ha esteso la regola dell'art. 140 C alle consimili situazioni di liquidazione coatta amministrativa e concordato preventivo.

### 14.4 - La nullità e l'annullamento

Le norme di diritto privato sulla nullità (art. 1418 cod. civ.) e sull'annullabilità (art. 1425 cod. civ.) consentono al giudice di decidere sulla validità del contratto, che in caso di accoglimento della domanda potrebbe esser dichiarato inefficace, venendo a cessare.

Per i contratti pubblici la materia è complicata dalla ampia discussione in dottrina e giurisprudenza sugli effetti della pronuncia del giudice amministrativo sul contratto stipulato a seguito di una aggiudicazione annullata definitivamente; semplificando al massimo si può dire che la

---

<sup>104</sup> C. Stato, IV, 13 maggio 1995 n. 761, in Cons. Stato, 1995, I, 717

<sup>105</sup> D.lgs n. 152/2008

caducazione del contratto era ritenuta una conseguenza automatica secondo le pronunce del Consiglio di Stato, mentre diverso avviso con pluralità di sfumature viene espresso da parte della dottrina e dalla Corte di Cassazione. Attualmente, il codice contratti pubblici (art. 245-bis) rinvia al codice del processo amministrativo, il quale agli art. 121 e seguenti detta le disposizioni relative alla inefficacia del contratto per violazione delle disposizioni sulle gare (aggiudicazione illegittima): la giurisdizione è del giudice amministrativo (art. 133.1, lett. e), n. 1).

Comunque gli effetti retroattivi di una pronuncia di inefficacia del contratto per annullamento o nullità non dovrebbero preoccupare l'appaltatore, che è tutelato dalle disposizioni di diritto privato sull'indebito oggettivo (art. 2033 cod. civ.) e sull'arricchimento senza causa (art. 2041 cod. civ.), che ammettono la remunerazione di prestazioni eseguite senza titolo, detratto l'utile previsto<sup>106</sup>.

#### **14.5 - La risoluzione consensuale**

Il contratto di appalto, alla stregua di tutti gli altri contratti, può sciogliersi per comune volontà delle parti, in quanto le stesse sono libere di determinarne la fine, liberandosi da ogni reciproco obbligo; infatti questa possibilità è insita nella definizione stessa di contratto contenuta nel codice civile e cioè quella di accordo volto a costituire, regolare o estinguere un rapporto patrimoniale (art. 1321 cod. civ.).

Ricorrendo tale comune volontà, modi, tempi e contenuti degli effetti dello scioglimento sono di volta in volta liberamente determinati, eventualmente utilizzando l'apposito strumento, contemplato dal codice, della transazione (art. 239).

#### **14.6 - La revoca del contratto**

Una recente modifica della legge sul procedimento amministrativo ha introdotto la possibilità di revoca, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse o nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico, di provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole o instantanea, anche se incidono su rapporti negoziali (art. 21- *quinquies* legge 7/8/1990 n. 241)<sup>107</sup>.

In altre parole, nel caso degli appalti pubblici, la stazione appaltante può revocare la delibera a contrarre e l'aggiudicazione definitiva, se nel ricorrere

---

<sup>106</sup> Cass. S.U. 11/9/2008 n. 23385

<sup>107</sup> Come introdotto da legge n. 15/2005

di una delle tre ragioni previste nella norma, riesce a dare fondata motivazione del mutamento della situazione.

Allora il privato contraente risente del provvedimento amministrativo di revoca, e la sua posizione di diritto soggettivo di portare a conclusione il contratto viene meno. Potrà l'appaltatore ottenere solamente un indennizzo per quanto eseguito, ma non il lucro cessante; quest'ultimo spetta quindi solo in caso di recesso del committente (vedi sopra).

Questo istituto è di delicata applicazione in quanto interferisce con il principio dell'affidamento, nel senso che l'appaltatore ha posto la propria fiducia nel fatto che, una volta stipulato il contratto di appalto, questo possa essere portato a conclusione<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Caringella *Affidamento e autotutela: la strana coppia* in sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

## **PARTE SECONDA**

(di Adalberto Tettamanti)

[www.adalbertotettamanti.it](http://www.adalbertotettamanti.it)

Elementi di competenza tecnica di base per l'esecutore

Il capitolo si propone di fornire alcuni elementi di base necessari per operare e assumere decisioni per le varianti e le modifiche dei programmi negli appalti pubblici.

Si tratta di principi che abbracciano discipline tecniche, economiche e giuridiche, la cui comprensione risulta utile all'esecutore per la corretta gestione del contratto\*.

## **15 - Il Progetto: requisiti tecnici, requisiti economici**

### **15.1 - Considerazioni generali - Problemi del progetto di maggior frequenza per l'impresa di costruzione**

La fase di costruzione di un'opera presuppone che il progetto esecutivo sia dotato degli elementi necessari per la cantierabilità immediata ovvero per consentirne programmazione ed esecuzione senza necessità di acquisire, in corso d'opera, ulteriori prescrizioni.

E' principio fondamentale, anche per il caso in cui il progetto sia fornito dall'appaltatore (appalto integrato o appalto concorso), che, prima dell'inizio dei lavori (art.112 del Codice), il progetto dell'opera sia sviluppato sino ad un livello atto ad individuare tutte le componenti, le caratteristiche tecniche, le dimensioni, le quantità e la durata.

Il problema della classificazione dei livelli di approfondimento del progetto nell'ambito della regolamentazione delle opere pubbliche, è stato affrontato dapprima nel 1994 dalla legge Merloni.

La riforma della legislazione in materia di lavori pubblici, completata con l'attuale Regolamento, si è preoccupata di pervenire ad una definizione approfondita dell'opera oggetto dell'appalto, mediante una complessa articolazione delle disposizioni relative alla progettazione, al suo contenuto e alla verifica della sua adeguatezza.

Se l'opera è progettata con completezza, i casi di varianti dovrebbero essere limitati a quelli causati da sopravvenienze (anche normative) o da difficoltà naturali non prevedibili (comma 1, art. 132 del Codice).

\* Nel testo, il D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163 "Codice dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", verrà indicato brevemente con il termine "Codice".

Il D.P.R. 5 ottobre 2010, n.207, "Regolamento di esecuzione e attuazione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, recante «Codice dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE» verrà indicato brevemente con il termine "Regolamento".

La possibilità per il Committente di introdurre varianti migliorative è stata limitata al 5% (10% per interventi di restauro o manutenzione) previa verifica della sussistenza di esigenze obiettivamente derivanti da circostanze sopravvenute e non prevedibili al momento della stipula del contratto (comma 3, art. 132 del Codice).

### **15.2 - Il requisito qualitativo richiesto per i tre livelli di approfondimento**

L'art. 93 del Codice individua le caratteristiche richieste per ciascuno dei tre livelli di progettazione dell'opera che sinteticamente si possono così riassumere:

- PROGETTO PRELIMINARE: costituisce la fase di ideazione atta a definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire. La fattibilità tecnica ed amministrativa è accertata attraverso indagini di prima approssimazione.
- PROGETTO DEFINITIVO: costituisce la fase atta ad individuare compiutamente i lavori da realizzare; contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle autorizzazioni ed approvazioni (si tratta del livello previsto per il permesso a costruire). Gli elaborati grafici e descrittivi sono sviluppati ad un livello di definizione tale che, nella successiva fase della progettazione esecutiva, non si verifichino apprezzabili differenze tecniche e di costo. Si basa su dati ricavati anche attraverso indagini specialistiche e riferisce in merito alla idoneità delle reti esterne e dei servizi che debbono soddisfare le esigenze connesse all'esercizio dell'intervento da realizzare, ed in merito alla verifica delle interferenze; contiene le motivazioni che hanno indotto il progettista ad apportare variazioni alle indicazioni contenute nel progetto preliminare.
- PROGETTO ESECUTIVO: costituisce la fase di ingegnerizzazione del progetto definitivo; determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare ed il relativo costo. Il progetto esecutivo è il risultato al quale si perviene al termine del percorso procedimentale costituito dal susseguirsi di affinamenti e controlli che portano all'elaborato finale. E' redatto sulla base degli studi e delle indagini compiuti nelle fasi precedenti e degli eventuali ulteriori studi ed indagini di dettaglio e verifica delle ipotesi progettuali. Principio generale è la piena coincidenza del progetto esecutivo con i contenuti del progetto definitivo; ne consegue che le varianti riguardano normalmente il livello definitivo di cui

costituiscono modifica.

I documenti, le caratteristiche ed i requisiti qualitativi e prestazionali del progetto sono specificati nel Titolo II, Sezioni I, II e III del Regolamento agli artt. da n.17 a n.43.

L'art. 33 del Regolamento definisce i documenti componenti il progetto esecutivo prevedendo che:

“Il progetto esecutivo costituisce la ingegnerizzazione di tutte le lavorazioni e, pertanto, definisce compiutamente ed in ogni particolare architettonico, strutturale, ed impiantistico l'intervento da realizzare. Restano esclusi soltanto i piani operativi di cantiere, i piani di approvvigionamenti, nonché i calcoli e i grafici relativi alle opere provvisorie. Il progetto è redatto nel pieno rispetto del progetto definitivo nonché delle prescrizioni dettate nei titoli abilitativi o in sede o di accertamento di conformità urbanistica, o di conferenza di servizi o di pronuncia di compatibilità ambientale ove previsti.

Il progetto esecutivo è composto dai seguenti documenti salva diversa motivata determinazione del responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 15 comma 3 anche con riferimento alla loro articolazione:

- a) relazione generale;
- b) relazioni specialistiche;
- c) elaborati grafici comprensivi anche di quelli delle strutture, degli impianti e di ripristino e miglioramento ambientale;
- d) calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti;
- e) piani di manutenzione dell'opera e delle sue parti;
- f) piani di sicurezza e di coordinamento di cui all'art.100 del Dlgs 9 aprile 2008,n° 81e quadro di incidenza della mano d'opera;
- g) computo metrico estimativo definitivo e quadro economico;
- h) cronoprogramma;
- i) elenco dei prezzi unitari e eventuali analisi;
- l) schema di contratto e capitolato speciale di appalto;
- m) piano particellare di espropri

### **15.3 - Il cronoprogramma (art.40 del Regolamento)**

Il cronoprogramma di progetto è costituito dal diagramma di Gantt (o simili) che rappresenta graficamente la sequenza logica delle lavorazioni, dei tempi e dei costi.

### **15.4 - I prezzi unitari del progetto (art.41 del Regolamento)**

I prezzi unitari debbono essere individuati già nella fase definitiva di progetto (art.41 Regolamento).

L'art. 32 del Regolamento, prescrive che i prezzi unitari debbono essere dedotti da prezziari della stazione appaltante o da altri listini ufficiali vigenti nell'area interessata.

Il medesimo articolo, facendo espresso riferimento a quanto previsto all'art. 133 comma 8 del Codice (che impone l'aggiornamento annuale dei prezziari e ne dispone la validità sino al 31 dicembre di ogni anno con possibilità di utilizzo sino al successivo semestre), pone il principio della adeguatezza del corrispettivo fissato in progetto al tempo della sua redazione.

Per le voci di prezzo non rilevate in prezzario, se ne prevede la determinazione mediante analisi.

Le analisi (art. 32, comma 2 del Regolamento) debbono prevedere il costo stimato per le quantità di materiali, mano d'opera, noli e trasporti necessari per ciascuna lavorazione con aggiunta di una percentuale per spese generali variabile tra il 13% ed il 17% (a seconda dell'importanza e della natura e durata dell'opera) oltre ad una ulteriore percentuale sul costo unitario così ricavato del 10% per utile dell'esecutore.

Il comma 4 dell'art.32 definisce il contenuto e qualifica delle spese generali in quelle seguenti:

Spese di contratto ed accessorie e imposta di registro.
Oneri finanziari generali e particolari, ivi comprese la cauzione definitiva o la garanzia globale di esecuzione, ove prevista, e le polizze assicurative.
Quota delle spese di organizzazione e gestione tecnico-amministrativa di sede dell'esecutore.
Gestione amministrativa del personale di cantiere e direzione tecnica di cantiere.
Spese per l'impianto, la manutenzione, l'illuminazione e il ripiegamento finale dei cantieri, ivi inclusi i costi per la utilizzazione di aree diverse da quelle poste a disposizione dal committente; sono escluse le spese relative alla sicurezza nei cantieri stessi.
Spese per trasporto di qualsiasi materiale o mezzo d'opera.
Spese per attrezzi e opere provvisorie e per quanto altro occorre alla esecuzione piena e perfetta dei lavori.
Spese per rilievi, tracciati, verifiche, esplorazioni, capisaldi e simili che possono occorrere, anche su motivata richiesta del direttore dei lavori o del responsabile del procedimento o dell'organo di collaudo, dal giorno in cui comincia la consegna fino al compimento del collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione.
Spese per le vie di accesso al cantiere, l'installazione e l'esercizio delle attrezzature e dei mezzi d'opera di cantiere.
Spese per idonei locali e per la necessaria attrezzatura da mettere a disposizione per l'ufficio di direzione lavori.
Spese per passaggio, per occupazioni temporanee e per risarcimento di danni per abbattimento di piante, per depositi od estrazioni di materiali.

Spese per la custodia e la buona conservazione delle opere fino al collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione.
Spese di adeguamento del cantiere in osservanza del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, di cui è indicata la quota di incidenza sul totale delle spese generali, ai fini dell'articolo 86, comma 3-bis, del codice.
Altri oneri generali e particolari previsti dal capitolato speciale di appalto.

### **15.5 - Il computo metrico del progetto (art. 42 del Regolamento)**

Il computo metrico del progetto esecutivo deve individuare l'esatta quantità di ciascuna delle categorie di lavorazioni che costituiscono l'opera e costituisce il completamento di quello già previsto per il livello definitivo aggiornato alla luce degli sviluppi dei calcoli all'esecutivo di strutture ed impianti.

La aggregazione e la sommatoria di tutti gli elementi di costo e di utile previsti per ciascuna delle categorie di lavorazione, costituisce il prezzo di progetto da porre a base d'asta.

Poiché per ciascuna lavorazione deve essere individuata l'incidenza della mano d'opera, la sommatoria dei prodotti tra l'incidenza di ciascuna lavorazione ed il relativo fabbisogno quantitativo, determina il valore attribuito dal progetto all'incidenza per la mano d'opera.

La successione logica del processo di valutazione del costo di un'opera implica le seguenti considerazioni: il corrispettivo di progetto, essendo ricavato in base a prezziari aggiornati nel tempo ed univocamente individuati per committente e per area geografica, rappresenta la stima del probabile costo che dovrebbe sostenere la media dei soggetti qualificati per l'esecuzione dell'opera individuata in progetto in condizioni medie ed ordinarie.

E' di tutta evidenza l'importanza che assume per il Committente questo aspetto del processo di stima del progetto: quest'ultimo consente la concreta valutazione del valore dell'opera progettata confrontabile con la pluralità di opere similari.

## **16 - L'offerta dell'appaltatore**

### **16.1 - L'offerta. Il requisito della congruità**

Di norma l'appaltatore è chiamato a formulare una propria offerta sulla scorta di un progetto di livello esecutivo o definitivo (il Regolamento prevede per la prima volta la possibilità di procedere ad appalto integrato anche avendo come base il progetto preliminare, ma, in questo caso, l'offerta dovrà essere corredata dello sviluppo sino a livello esecutivo ex art.168 Regolamento).

Nell'ambito dei lavori pubblici, l'appaltatore è quindi normalmente posto nella condizione di definire la propria offerta in base ad un livello progettuale avanzato e comunque tale da consentire di:

- » identificare la quantità e la qualità delle opere;
- » analizzare i tempi e i carichi di lavoro di ciascuna categoria di opera;
- » pianificare le risorse;
- » pianificare i costi e i ricavi.

Per formulare l'offerta occorre valutare il tempo di esecuzione e quindi stimare l'effettiva incidenza dei costi indiretti di cantiere e di tutti quelli dipendenti dalla durata.

Nella fase di offerta l'appaltatore è spesso chiamato a fornire la dimostrazione del costo, tenuto conto della organizzazione di cantiere (segue un esempio sintetico):

#### Struttura tecnico - organizzativa

L'organizzazione del cantiere, in tutte le fasi, sarà coordinata dal direttore del cantiere coadiuvato, per le fasi operative da n° 2 capi cantiere.

#### Ricezione materiali e gestione cantiere

“Si prevede una squadra per ogni piazzale composta di due operai muniti di carrello elevatore o gru...”.

Il prezzo offerto per realizzare l'opera dovrebbe essere frutto della valutazione del costo della organizzazione e delle risorse richieste dal cantiere, tenuto conto delle condizioni più favorevoli di cui dispone l'offerente rispetto a quelle stimate nella fase di progetto.

L'affidamento di un lavoro pubblico sottocosto non è consentito e l'offerta deve essere tale da prevedere un margine per l'esecutore (anche minimo), ma adeguato a compensare almeno il rischio dei rincari dei costi a fronte di un corrispettivo fisso di contratto; ciò in quanto l'interesse pubblico risiede nell'affidare l'opera al minimo prezzo, a condizione che sia garantito il presupposto che l'opera possa venir realizzata nei tempi e con la qualità prevista, e che siano rispettate le clausole, cosiddette sociali, relative al rispetto dei contratti per la mano d'opera diretta e dei subappaltatori, nonché

di quelle in materia di sicurezza sul lavoro.

L'art. 121 del Regolamento prevede precisi criteri di verifica delle analisi giustificative per quelle offerte che, pur apparentemente vantaggiose, non risultino nel concreto affidabili sotto questi profili di garanzia.

Nel caso in cui l'appaltatore sia stato chiamato a fornire proprie analisi dei prezzi, queste, pur non essendo allegate al contratto, potranno assumere un certo rilievo per individuare le componenti di efficienza pianificate ed il risultato atteso, e dunque costituire una base di valutazione.

### **16.2 - Previsione di costo, rischio, limite**

Nell'appalto, il costo di produzione si basa su stime che, in relazione al livello di approfondimento ed attendibilità del progetto e alle condizioni al contorno e dell'offerta, possono subire modifiche in fase di esecuzione.

L'esecutore, a prescindere dalla originaria previsione (di offerta), deve provvedere al compimento dell'opera così come progettata, impiegando l'organizzazione di mezzi necessari con gestione a proprio rischio.

Il rischio risiede nella possibilità di rispettare, nella fase dell'esecuzione, in tutto o solo in parte le previsioni di resa dell'organizzazione di cantiere e di costo presupposte all'atto della formulazione dell'offerta.

Non tutti i rischi per le variazioni del costo di realizzazione ricadono però sull'esecutore, ed infatti esistono dei limiti correlati alle cause che determinano:

- » le varianti;
- » le modifiche delle durate;
- » l'aumento dei costi rispetto a quelli previsti in talune limitate e ben definite situazioni.

Le opere e le lavorazioni previste, debbono essere identificate ed identificabili negli elaborati progettuali sia per qualità che per misura.

Se il corrispettivo è fissato "a misura", il rischio dell'esattezza della previsione quantitativa del computo estimativo ricade sul Committente.

Se il corrispettivo è fissato a corpo, il rischio (o il beneficio) della esattezza delle quantità di computo con quelle rilevabili dai disegni e dagli altri elaborati progettuali, è assunto dall'appaltatore, che è tenuto alla verifica dei dati (art.118, comma 2 del Regolamento) nonostante, anche il committente, sia certo a questa verifica in fase di validazione del progetto (artt.47 e 48 e art.53 del Regolamento).

L'art.118 comma 2 del Regolamento prevede infatti che il prezzo convenuto non possa *"essere modificato sulla base della verifica della quantità o qualità della prestazione, per cui il computo metrico estimativo, posto a base di gara ai soli fini di agevolare lo studio dell'intervento, non ha valore negoziale. Prima della formulazione dell'offerta il concorrente ha l'obbligo di controllare le voci e le quantità attraverso l'esame degli elaborati"*

*progettuali”.*

Stante la normativa relativa ai requisiti richiesti per il progetto, la dizione utilizzata in qualche caso nei capitolati di offerta “a corpo” o “chiavi in mano”, si deve ritenere coincidente con la dizione “forfait”, ovvero con compenso commisurato ed attinente a tutto quanto specificato nei documenti tecnici progettuali, ma non esteso ad altre opere non previste ancorché necessarie (posto che nessuna opera può essere implicitamente prevista ma non rappresentata nel progetto).

Il prezzo è chiuso (art.133 commi 2 e 3 del Codice) e la revisione del prezzo per fattori esterni al processo, non è consentita (in espressa deroga dell’art.1664 del Codice Civile, comma 1); il corrispettivo può però essere modificato (previa richiesta a pena di decadenza, art. 3 bis del Codice) nel caso in cui il tasso di inflazione reale superi quello di inflazione programmata di due punti percentuali in un anno.

La norma è attenuata (art. 133 comma 4 del Codice e art.171 del Regolamento) dalla possibilità di compensazione per il verificarsi di rincari eccezionali nel costo dei materiali da costruzione (soggetta a richiesta pena di decadenza, art.133 comma 6 bis Codice).

Il prezzo è modificabile a seguito di varianti alle opere purché siano state ordinate per iscritto dal D.L. ed approvate dalla Committente (art.161 del Regolamento e art.132 del Codice).

Nel caso in cui si verificano modifiche delle durate di esecuzione per cause riconducibili a responsabilità della Committente (art.157 “riconoscimenti a favore dell’appaltatore in caso di ritardata consegna dei lavori”, art.158 “sospensione e ripresa dei lavori”, art.159 comma 9 proroghe e tempo per l’ultimazione dei lavori, art.160 “sospensione illegittima”, tutti del Regolamento), è previsto un rimedio o può essere chiesto il risarcimento di maggiori oneri rispetto i costi previsti.

## **17 - L’esecuzione**

### **17.1 - Aspetti di programmazione, organizzazione e controllo**

- Il Programma Lavori Operativo (PLO)

Prima dell’inizio dei lavori l’esecutore deve presentare un programma esecutivo dettagliato, anche indipendente dal cronoprogramma di progetto (art.43, comma 10 del Regolamento).

Il PLO deve riportare:

- a) per ogni lavorazione, le previsioni del periodo e della durata di esecuzione;
- b) l’ammontare parziale e progressivo dell’avanzamento dei lavori con il piano delle scadenze previste per la liquidazione dei certificati di

pagamento di acconti e del saldo.

Si tratta di un importante strumento di programmazione (di revisione 0), la cui redazione presuppone:

- 1) la disaggregazione dei dati di computo metrico estimativo per attività e la quantificazione a valori di contratto di ciascuna lavorazione e del relativo costo;
- 2) il valore della produzione prevista nei vari periodi della durata dei lavori e progressivamente.

Quanto richiesto dal Regolamento, costituisce lo strumento di programmazione, di governo e di verifica della fase esecutiva del cantiere (sia per la Committente che per l'esecutore).

La corretta redazione del PLO richiede:

1. la disaggregazione del progetto per attività;
2. l'individuazione delle relazioni di vincolo tra le varie attività;
3. la valutazione della durata di ciascuna attività;
4. le conseguenti date previste per l'inizio e la fine di ciascuna attività;
5. l'individuazione del percorso critico;
6. il calcolo dell'avanzamento previsto a ricavi.

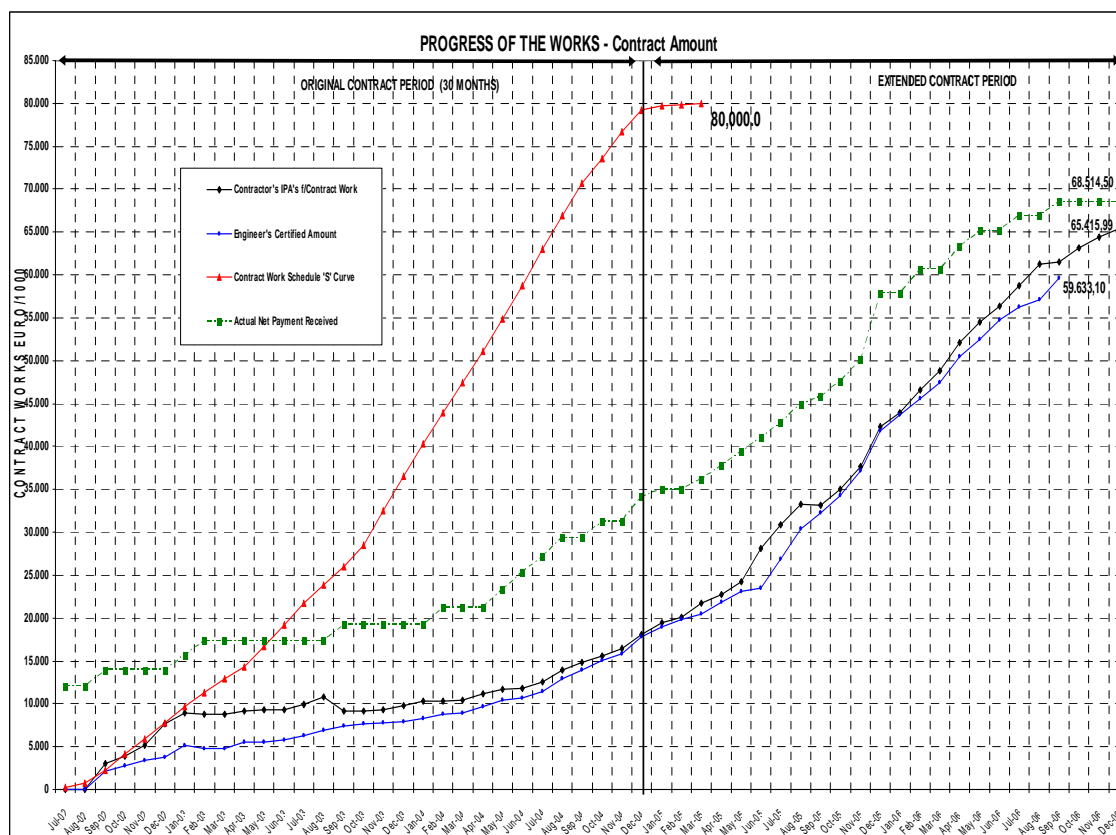
E consente:

- di programmare le risorse necessarie;
- di programmare il costo;
- di definire la curva dei costi, degli avanzamenti, delle spese e dei ricavi previsti (di revisione 0 o iniziali).

Consente inoltre di valutare:

- » le conseguenze delle modifiche introdotte in corso d'opera sui tempi, sui costi, sul livello di produzione prevista;
- » la curva delle ore previste e di quelle effettivamente impiegate.

In pratica lo strumento consente di definire la cosiddetta "curva ad S" del programma esecutivo (si veda l'esempio sotto riportato) e di valutarne in corso d'opera le modifiche.



## 17.2 - Il verbale di consegna dei lavori

Il Regolamento prevede, quale primo atto della fase di esecuzione, la consegna dei lavori (art.153 comma 6 del Regolamento) che deve risultare da verbale redatto in contraddittorio.

Il verbale deve contenere (art.154 comma 1 del Regolamento) l'indicazione:

- delle condizioni e circostanze speciali locali riconosciute e le operazioni eseguite...
- delle aree, dei locali, dell'ubicazione e della capacità delle cave e delle discariche concesse o comunque a disposizione dell'esecutore...
- la dichiarazione che l'area è libera e che lo stato attuale è tale da non impedire l'avvio e la prosecuzione dei lavori...

Dalla data del verbale di consegna definitiva decorre il termine utile per il compimento dei lavori (art.154 comma 4 e 6 del Regolamento) e viene fissata la data di ultimazione.

Qualora l'appaltatore intenda far valere pretese derivanti da riscontrata difformità dello stato dei luoghi rispetto quanto previsto in progetto, deve formulare riserva sul verbale.

### 17.3 - Il ritardo nella consegna - Conseguenze e rimedi

L'art.153 comma 2 del Regolamento prevede: "Per le amministrazioni statali, la consegna dei lavori deve avvenire non oltre quarantacinque giorni dalla data di registrazione alla Corte dei conti del decreto di approvazione del contratto..." (dalla registrazione alla Corte dei Conti del decreto di approvazione del contratto oppure, se non è richiesta, dall'approvazione dell'ente competente).

Per gli altri enti, il termine decorre dalla stipula del contratto.

La stipula del contratto deve aver luogo entro 60 giorni dall'aggiudicazione (diverso termine in caso di trattativa privata).

L'impresa è chiamata a rendere disponibili tempestivamente le risorse necessarie per l'esecuzione dell'opera; si tratta di risorse di carattere finanziario, di personale operativo, di approntamento dei mezzi d'opera e delle attrezzature necessarie all'esecuzione.

A seguito dell'aggiudicazione definitiva, l'appaltatore procede ad inserire la commessa nei programmi di azienda, programmandone gli effetti nel tempo dal punto di vista delle risorse allocate e dell'aspetto economico e finanziario.

Può verificarsi che la Committente ritardi la consegna dei lavori oltre i termini previsti dalla norma.

L'esecutore, a causa del ritardo nella consegna, subisce in generale un danno per l'improduttivo vincolo delle risorse programmate per l'esecuzione o lo spostamento esecutivo nel tempo ed in periodo di costi crescenti.

La speciale normativa che regola l'esecuzione delle oo.pp. (art.153, comma 8 del Regolamento) prevede che, nel caso venga superato il termine massimo fissato per la consegna, l'appaltatore possa richiedere di recedere dal contratto. La Committente ha facoltà di accogliere l'istanza di recesso dell'impresa, ed in questo caso all'Appaltatore non è riconosciuto alcun risarcimento, ma semplicemente un indennizzo predefinito in misura minima (art. 157 del Regolamento).

La Committente può però decidere di procedere comunque alla consegna tardiva dei lavori (purché entro termini limitati alla metà di quello utile e non più di sei mesi, art. 153, comma 9 del Regolamento) e l'esecutore vi si deve adeguare; in questo caso può richiedere, sempre che abbia preliminarmente inoltrato la citata istanza di recesso, il riconoscimento del risarcimento per il ritardo è convenzionalmente stabilito nella misura dell'interesse legale calcolato sull'importo della produzione media giornaliera prevista nel periodo di ritardo dal programma di esecuzione dei lavori (art. 157 comma 2 del Regolamento).

Sul verbale di consegna effettuata tardivamente l'esecutore, in questo caso, dovrà iscrivere, a pena di decadenza, la riserva che dovrà confermare sul registro di contabilità.

#### **17.4 - Le difformità riscontrabili alla consegna - Conseguenze e rimedi**

Nel corso della ricognizione possono emergere difformità rispetto allo stato dei luoghi o rispetto alle condizioni operative previste in offerta.

L'esecutore, per far valere pretese derivanti dalla riscontrata difformità (art.155 comma 4 del Regolamento), al fine di non incorrere in decadenza per aver di fatto accettato la diversa situazione o aver negligenemente omesso di segnalare tempestivamente l'impedimento alla committente, dovrà firmare il verbale di consegna apponendo la propria riserva con le modalità e con gli effetti dell'art.190 del Regolamento di cui si dirà in seguito.

#### **17.5 - La consegna parziale o frazionata**

L'art.154 del Regolamento (commi 6 e 7), prevede la possibilità per la Committente, subordinata alla espressa previsione del Capitolato Speciale d'Appalto, di disporre la consegna parziale dei lavori nel caso sia prevista una temporanea indisponibilità di parte delle aree o degli immobili con conseguente possibilità di inizio dei lavori in forma ridotta.

In questo caso, l'esecutore (art. 154 comma 7 del Regolamento) è tenuto a presentare un programma lavori che preveda la realizzazione prioritaria dei lavori sulle aree disponibili. Qualora, realizzati i lavori previsti in questo programma, permangano le cause di indisponibilità, il D.L. deve impartire la sospensione dei lavori.

#### **17.6 - La sospensione e le proroghe**

In merito alle sospensioni, l'art. 158 del Regolamento riporta:

- Comma 1:

“Qualora circostanze speciali impediscano in via temporanea che i lavori proseguano utilmente a regola d'arte il DL ne ordina la sospensione, indicando le ragioni e l'imputabilità anche con riferimento alle risultanze del verbale di consegna”.

- Comma 2:

“Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dall'art. 159, comma 1, il responsabile del procedimento può, per ragioni di pubblico interesse o necessità, ordinare la sospensione dei lavori nei limiti e con gli effetti previsti dagli art. 159 e 160. Rientra tra le ragioni di pubblico interesse l'interruzione dei finanziamenti disposta con legge dello Stato, della Regione e della Provincia autonoma per sopravvenute esigenze di equilibrio dei conti pubblici”.

Le contestazioni dell'esecutore sono iscritte, a pena di decadenza, nei verbali di sospensione e ripresa, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime che si rivelino successivamente illegittime...(art.158 comma 8 del Regolamento).

In merito alle sospensioni, l'art. 159 del Regolamento prevede:

- Comma 8:

“l'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiedere la proroga”.

- Comma 9:

“La richiesta di proroga deve essere formulata con congruo anticipo... In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggior durata a fatto della stazione appaltante”.

Stante la normativa, sospensioni e proroghe possono essere disposte:

- a) per cause estranee all'operato dell'esecutore;
- b) se le cause derivano da circostanze di forza maggiore estranee alla responsabilità del Committente, non è dovuto alcun risarcimento all'esecutore;
- c) se le cause sono riconducibili nella sfera della responsabilità del Committente (es. sospensione illegittima, art.160 del Regolamento), è dovuto il risarcimento all'esecutore purché questi abbia tempestivamente e correttamente avanzato la riserva (a pena di decadenza).

### **17.7 - La sospensione dei lavori - Limiti - Conseguenze - Rimedi**

La causa che determina la sospensione, classifica il tipo di sospensione che può essere definita come legittima o illegittima (così definita dall'art.160 del Regolamento).

La sospensione è legittima nel caso in cui la causa sia strettamente riconducibile tra quelle previste dall'art.159 del Regolamento.

In particolare la sospensione è legittima quando è disposta per cause di forza maggiore: le cause di forza maggiore devono avere carattere oggettivo e devono essere determinate da circostanze non evitabili e tali da escludere la responsabilità della Committente.

La tipica causa di forza maggiore è quella determinata da avverse condizioni atmosferiche o climatiche eccedenti la media previsione già contenuta nel cronoprogramma lavori.

Tra le cause di legittima sospensione vi sono anche quelle conseguenti la introduzione di varianti limitatamente ai casi previsti ai punti a), b), c), e d) dell'art. 132 del Codice (corrispondenti alle lett. a), b), b-bis) e c) della legge 109/94), ovvero motivate da circostanze sopravvenute e non prevedibili nella fase progettuale (punto e).

Le sospensioni derivate dall'introduzione di varianti cosiddette "migliorative" e quindi di interesse esclusivo della committente o per errore progettuale, comportano il risarcimento; le prime in quanto disposte per esclusivo interesse della committente, le seconde per sua responsabilità. Naturalmente anche il tempo dell'approvazione delle varianti tipo a), b), c), e d) e la durata della sospensione devono essere ragionevoli e di durata tale da non provocare danni e quindi tale da non coinvolgere responsabilità della Committente.

La sospensione è legittima anche quando è disposta dal RUP per ragioni di pubblico interesse o necessità; si tratta di circostanze di carattere eccezionale motivate ad esempio da possibilità di turbativa dell'ordine pubblico o determinate da preminenti interessi pubblici quali la chiusura del cantiere per l'effettuazione di summit politici etc..

La sospensione disposta per cause diverse da quelle sopra citate, è considerata illegittima e dà diritto all'appaltatore ad ottenere il risarcimento del danno secondo i criteri previsti al comma 2 dell'art. 160 del Regolamento.

Nel caso in cui la sospensione sia illegittima, l'appaltatore che intende far salvo il diritto al risarcimento del danno, deve sottoscrivere con riserva sia il verbale di sospensione che quello di ripresa: se ciò non avviene, decade dal diritto.

Eccezione all'obbligo di firma con riserva del verbale di sospensione sussiste allorché la sospensione originariamente impartita con motivazioni tali da legittimarla, venga successivamente protratta per cause diverse ed illegittime, oppure prolungata oltre il ragionevole. In questo ultimo caso, l'appaltatore, per far valere le proprie pretese, è tenuto a diffidare per iscritto il RUP affinché disponga la ripresa; il verbale di ripresa dovrà in ogni caso essere firmato con riserva.

Il criterio di quantificazione del danno previsto dall'art. 160 comma 2 del Regolamento è il seguente:

"Ai sensi dell'art. 1382 del codice civile, il danno derivante da sospensione illegittimamente disposta è quantificato secondo i seguenti criteri:

- a) detratte dal prezzo globale nella misura intera le spese generali infruttifere sono determinate nella misura pari alla metà della percentuale minima prevista dall'art. 32, comma 2 lettera b) del Regolamento rapportata alla durata dell'illegittima sospensione;
- b) la lesione dell'utile è riconosciuta coincidente con la ritardata percezione dell'utile di impresa, nella misura pari agli interessi moratori come fissati, computati sulla percentuale prevista dall'art. 144, comma 4 del Regolamento computati sulla percentuale prevista dall'art. 32, comma 2 lettera c) del Regolamento rapportata alla durata dell'illegittima sospensione;
- c) il mancato ammortamento e le retribuzioni inutilmente corrisposte sono riferiti rispettivamente ai macchinari esistenti in cantiere e alla consistenza della mano d'opera accertati dal direttore dei lavori ai sensi dell'art. 158, comma 5 del Regolamento;
- d) la determinazione dell'ammortamento avviene sulla base dei coefficienti annui fissati dalle vigenti norme fiscali.

3. Al di fuori delle voci elencate al comma 2 sono ammesse al risarcimento ulteriori voci di danno solo se documentate e strettamente connesse alla sospensione dei lavori".

## **17.8 - Le proroghe**

L'art. 159 del Regolamento dispone:

- Comma 8:

“L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga”.

- Comma 9:

“La richiesta di proroga deve essere formulata con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale tenendo conto del tempo previsto dal comma 10.

In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'appaltatore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante”.

- Comma 10:

“La risposta in merito all'istanza di proroga è resa dal responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro 30 giorni dal suo ricevimento”.

La norma prevede che nel caso in cui non ci sia imputabilità dell'esecutore vi sia diritto ad un termine suppletivo non comprimibile da valutazioni discrezionali dell'amministrazione; nel caso di imputabilità dell'esecutore, la committente non può dar luogo ad alcun termine suppletivo perché così facendo violerebbe il citato articolo.

## **18 - Le varianti**

### **18.1 - Le condizioni normative di ammissibilità delle varianti**

Le condizioni di ammissibilità delle varianti sono elencate nell'art. 132 del Codice e non possono essere estese oltre le ipotesi ivi contemplate ad altre situazioni.

I casi consentiti, suddivisi puntualmente secondo le cause che determinano l'introduzione della variante, sono i seguenti:

- a. Per la sopravvenienza di disposizioni legislative o regolamentari, quali quelle che impongono nuove normative tecniche (esempio antincendio o sui materiali ecc.) o di sicurezza o di carattere edilizio. La variante è in questo caso necessaria per adeguare il progetto alle nuove disposizioni, assicurandone l'osservanza.
- b. Il secondo caso contiene due diverse ipotesi:
  - la prima riguarda la sopravvenienza di cause impreviste e imprevedibili accertate in apposita relazione del responsabile del procedimento (ad esempio, casi di forza maggiore permanenti, sconvolgimenti di mercato);
  - la seconda riguarda l'intervenuta possibilità di utilizzare

materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti, senza aumenti di costo e sempre che non alterino l'impostazione progettuale iniziale.

- c. Il terzo caso contiene due diverse sotto-ipotesi:
  - quella della presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene, verificatisi in corso d'opera;
  - quella di rinvenimenti non prevedibili nella fase progettuale.
- d. Nei casi previsti dall'art. 1664, comma 2 del Codice Civile: si tratta delle "cause geologiche, idriche e simili" denominate comunemente "imprevisto geologico" e sempre attinenti a situazioni di carattere naturale e non causate dall'uomo.
- e. Per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione. Questa ultima variante è limitata nel suo ammontare al quinto dell'importo originario del contratto anche se l'appaltatore si rendesse disponibile al suo superamento alle stesse condizioni del contratto originario; inoltre comporta la risoluzione del contratto senza efficacia retroattiva, con indizione di nuova gara.

La possibilità di introdurre varianti migliorative è limitata dalla previsione contenuta nel comma 3 dell'art.132 del Codice che statuisce: *"...sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5% dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera"*.

Il primo periodo del comma 3, riguarda interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio del progetto, senza aumento dell'importo del contratto (con conseguente compensazione) e che siano contenuti nel 5% delle categorie di lavoro dell'appalto o nel 10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro.

## **18.2 - I limiti di ammissibilità**

L'introduzione della variante al verificarsi di una delle fattispecie trattate nel precedente punto ha dei limiti di ammissibilità che possono essere sostanzialmente di due tipi: qualitativi e quantitativi.

- I limiti qualitativi riguardano l'immutabilità della natura dell'opera (art. 161 comma 16 del Regolamento).

- I limiti quantitativi sono previsti per le ultime due ipotesi sopra trattate ( $\pm 5\%$  varianti disposte dal direttore lavori di dettaglio e  $+ 5\%$  per miglioramento); inoltre, se l'importo della variante supera il quinto (20%) di quello di contratto, viene meno il diritto del committente di imporre la variante all'esecutore, e gli viene attribuita la facoltà di accettare o meno tale superamento (art.161 comma 13 del Regolamento).

In caso di varianti dovute ad errori od omissioni progettuali (art.132, comma 1, lett. e. del Codice) eccedenti il quinto (come sopra definito), il soggetto aggiudicatore deve procedere alla risoluzione del contratto.

### **18.3 - Le condizioni di ammissibilità**

L'esercizio del diritto e del potere del Committente di introdurre variazioni all'opera ed il corrispondente obbligo dell'appaltatore di eseguirle, è sottoposto a tre condizioni concomitanti:

1. che ricorra una delle ipotesi previste dal Codice, art.132;
2. che sia rispettato il limite qualitativo precisato all'art. 161 comma 16 del Regolamento, costituito dalla necessità di rispettare la sostanziale immutabilità della natura dell'opera;
3. che sia rispettato il limite quantitativo dall'art.161 comma 13 del Regolamento.

Nel caso in cui la variazione crei notevole pregiudizio all'esecutore, in quanto vengono alterate le quantità dei vari gruppi di lavorazioni comprese nell'intervento qualificate omogenee dalle indicazioni del capitolato speciale (art. 161 comma 16 del Regolamento), spetta all'appaltatore un compenso.

### **18.4 - Le opere extracontrattuali**

Per opere extracontrattuali si intendono opere nuove aventi una individualità distinta da quella dell'opera originaria o che integrano un'opera a sé stante che, pur avendo una connessione con l'opera in appalto, non sono necessarie alla completa esecuzione di questa, né rientrano nel programma della medesima.

L'affidamento di lavori di questo tipo al medesimo esecutore dell'opera principale non è possibile con la procedura della variante né l'esecuzione può essere ordinata dal committente.

### **18.5 - L'imprevisto geologico - Presupposto**

L'art. 132, comma 1, lettera d) del Codice, prevede l'ammissibilità dell'introduzione di varianti nei casi previsti dall'art. 1664 comma 2) del Codice Civile.

L'art. 1664, comma 2 del Codice Civile, prevede che, *“se nel corso dell'esecuzione dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore questi ha diritto ad un equo compenso”*.

L'individuazione delle condizioni geologiche tecniche previste dalle parti nel contratto è rintracciabile nella relazione geologica, geotecnica, idrogeologica ed idraulica prevista dall'art. 26 comma 1 lett. a) e b) del Regolamento prevista in sede di redazione del progetto definitivo, nonché nella relazione specialistica di cui all'art.35 del Regolamento di illustrazione delle soluzioni adottate sulla base delle predette relazioni.

Nel corso dell'esecuzione dei lavori, le condizioni dei terreni previste, possono rilevarsi non rispondenti sotto l'aspetto geo-meccanico o possono rivelarsi mutate sotto il profilo idraulico.

La diversa situazione può comportare la modifica, ad esempio, del sistema fondazionale.

In questo caso la modifica è introdotta dalla Committente attraverso l'attivazione e l'approvazione di una perizia di variante tecnica, con definizione di eventuali nuovi prezzi per le diverse lavorazioni.

L'introduzione della variante ed il concordamento del diverso corrispettivo, non comporta, in generale, problemi che possono, viceversa, porsi quando la diversa situazione geo-meccanica dei terreni, pur non determinando la modifica delle lavorazioni previste (che comporta una variante), ne renda più onerosa la esecuzione (che comporta il riconoscimento di un compenso aggiuntivo).

### **18.6 - L'applicazione delle penali previste in contratto**

Il ritardo nel compimento dell'opera per fatto dell'esecutore, comporta l'applicazione automatica delle penali stabilite convenzionalmente in contratto (art. 145 comma 1 e 3 del Regolamento).

Occorre in proposito ricordare che il comma 7 dell'art. 145 del Regolamento prevede:

*“E' ammessa, su motivata richiesta dell'esecutore, la totale o parziale disapplicazione della penale, quando si riconosca che il ritardo non è imputabile all'esecutore, oppure quando si riconosca che la penale è manifestamente sproporzionata rispetto all'interesse della stazione appaltante”*.

La norma prevede la possibilità per l'appaltatore di formulare istanza di disapplicazione della penale ovvero di attivare un percorso alternativo o parallelo a quello previsto dall'istituto della riserva.

### **18.7 - Le contestazioni di vizi e difetti in corso d'opera o nel collaudo**

La verifica della conformità dell'eseguito rispetto al progetto approvato compete al DL nel corso dell'esecuzione (art. 145, comma 1 del Regolamento) ed al collaudatore successivamente l'ultimazione dell'opera (art. 215, comma 1 del Regolamento).

L'appaltatore che ha proceduto all'esecuzione di parte dell'opera in modo difforme o viziato è tenuto al ripristino.

Le contestazioni che ingenerano con maggior frequenza divergenze tra appaltatore e appaltante riguardano il livello qualitativo dell'opera o di parte dell'opera realizzata.

Il livello qualitativo richiesto dovrebbe essere chiaramente individuato nel progetto; a volte ciò risulta disatteso attraverso la dizione di capitolato "a regola d'arte".

Vi sono situazioni limite in cui questo comportamento ingenera incomprensioni.

Il termine "a perfetta regola d'arte" è sfornito di significato tecnico e presuppone l'impossibilità o l'incapacità di definire compiutamente la prestazione tecnica prevista progettualmente e la possibilità (non consentita) di definire in corso di esecuzione il livello qualitativo.

Per questo motivo risulta consigliabile che l'appaltatore, in corso d'opera, non solo solleciti la verifica da parte del DL (art. 167 del Regolamento), ma anche l'espressa approvazione in linea tecnica da parte del progettista (nel caso questi non coincida con il DL) al fine di evitare un giudizio tecnico retroattivo basato sulla interpretazione qualitativa fondata su termini generici.

Nel caso in cui, in corso d'opera, l'appaltatore sia chiamato dal DL a ripristinare una determinata opera che ritenga correttamente eseguita, dovrà, di norma, darvi corso iscrivendo riserva sul registro di contabilità, e, previa documentazione dell'eseguito, potrà investire della questione il RUP, tenendo conto dei contenuti dell'art. 164 del Regolamento.

Nel caso in cui la decisione del RUP non soddisfi l'appaltatore, questo dovrà dare corso al ripristino o all'esecuzione iscrivendo l'eventuale riserva sul registro di contabilità.

Il controllo in corso d'opera da parte del DL dovrebbe limitare la frequenza di rilievi di difetti o mancanze da parte del collaudatore.

Il comma 2 dell'art. 227 del Regolamento, dispone che, se nel corso delle verifiche di collaudo si dovessero evidenziare difetti o manchevolezze di

piccola entità (e riparabili), il collaudatore deve prescrivere specificamente le lavorazioni da eseguire assegnando un termine all'appaltatore.

I criteri di giudizio che il collaudatore assumerà in assenza di espressa previsione contrattuale, dovrebbero uniformarsi a norme tecniche o legislative; nel caso in cui non esistano norme di riferimento, il giudizio dovrebbe essere conformato al criterio di media diligenza generalmente richiesto ai tecnici che operano nel settore.

Nel caso in cui l'appaltatore dissenta dal giudizio tecnico formulato dal collaudatore o dalla quantificazione della eventuale detrazione operata in sede di liquidazione, dovrà iscrivere riserva motivata sul certificato di collaudo.

### **18.8 - Il calcolo del corrispettivo di una variante nell'appalto a corpo**

Il computo metrico estimativo di progetto non ha valore negoziale (art. 118 del Regolamento).

Ne consegue che per determinare il corrispettivo delle varianti, anche se il prezzo è stato convenuto a corpo, si dovrà fare riferimento ai disegni rispettivamente di contratto e di variante.

Occorrerà computare la quantità di opere previste in variante deducendo quelle previste nelle corrispondenti tavole di progetto.

Alla differenza di quantità di ciascuna categoria di opera ottenuta per comparazione dei due progetti, si applicherà il prezzo unitario previsto in contratto per la determinazione delle varianti (art. 161, comma 6 del Regolamento) ottenendo, per sommatoria, l'importo in aumento o in diminuzione del prezzo forfettario dell'appalto.

### **18.9 - Un esempio di verifica tecnica della sussistenza delle condizioni di ammissibilità delle varianti**

L'art.161, comma 7 del Regolamento prevede, quale passaggio essenziale per la introduzione di una variante, la verifica da parte del RUP della effettiva esistenza delle condizioni e dei presupposti contenuti nell'art.132 del Codice.

Il RUP, a seguito dell'approfondita istruttoria, deve redigere apposita relazione motivata (art.161 comma 7 e 8 del Regolamento).

Un esempio liberamente tratto:

- Variante n. 1

Relativa all'inserimento nella perizia di variante di un contratto per l'esecuzione di un tronco stradale già in esecuzione, di lavori aggiuntivi per

la costruzione di una condotta idraulica oggetto di altro progetto ma prevista al di sotto del rilevato stradale.

- Motivazione attribuita dal DL alla variante

“Si tratta dell’inserimento di un’opera aggiuntiva straordinaria, qualificabile come variante migliorativa per esigenze dell’Amministrazione e da eseguirsi necessariamente prima dell’opera stradale onde evitare successivi maggiori oneri ed eventuali danni”.

- Analisi

La variante, ove effettivamente inquadrabile tra quelle motivate da interventi migliorativi, non può superare il limite quantitativo del 5%.

Poiché l’importo di questa parte della variante è di € 1.259.306,00 riferito ad un importo di contratto di € 17.165.936,00, la variante incide essa sola in misura del 7,3% e come tale non è ammissibile.

La facoltà di introdurre varianti presuppone che i nuovi lavori riguardino lavori contrattuali.

I predetti lavori non sono indispensabili alla realizzazione dell’opera nella sua impostazione originaria ed hanno ad oggetto interventi nuovi che, seppur legati all’appalto da interferenza esecutiva, sono rispetto ad esso autonomi.

L’esecuzione di questi lavori non può formare oggetto di perizia di variante e quindi, previa verifica di legittimità, possono essere oggetto di separato contratto regolato da diverse condizioni rispetto a quello del tronco stradale.

#### **18.10 - Un esempio di dissenso per la firma dell’atto di sottomissione**

Il comma 4 dell’art.161 del Regolamento prevede:

*“L’esecutore ha l’obbligo di eseguire tutte le variazioni ritenute opportune dalla stazione appaltante e che il direttore lavori gli abbia ordinato purché non mutino sostanzialmente la natura dell’appalto.*

*Per il mancato adempimento dell’esecutore si applicano le disposizioni di cui all’art.164.*

(Contestazioni tra la stazione appaltante e l’esecutore).

*Qualora l’importo delle variazioni rientri nel limite stabilito dal successivo comma 12 (limite del quinto dell’importo dell’appalto) la perizia di variante o suppletiva è accompagnata da un atto di sottomissione che l’esecutore è tenuto a sottoscrivere in segno di accettazione o motivato dissenso...”.*

Di seguito si espone un esempio, liberamente tratto, di dissenso motivato.

Il quadro economico di perizia, con l’applicazione dei prezzi di cui all’elenco regionale, cui la variante avrebbe dovuto uniformarsi, è il seguente:

<b>ANALISI PERIZIA</b>				
<b>QUADRO COMPARATIVO</b>	<b>PROGETTO</b>	<b>VARIANTE</b>	<b>DIFFERENZA</b>	<b>Var %</b>
			<b>A</b>	
Opere strutturali	290.000,00	453.415,54	163.415,54	56,35%
Opere edili / architettoniche	840.000,00	1.303.614,03	463.614,03	55,19%
Passerella di collegamento	165.648,54	165.648,54	0,00	0,00%
impianto gas medicali	20.100,00	20.377,21	277,21	1,38%
impianti meccanici	363.300,00	287.887,34	-75.412,66	-20,76%
Impianti elettrici	152.600,00	164.621,28	12.021,28	7,88%
Totale lavori	1.831.648,54	2.395.563,94	563.915,40	30,79%
Oneri sicurezza	40.000,00	45.359,10	5.359,10	13,40%
Ribasso d'asta	596.567,93	780.235,18	183.667,25	30,79%
Importo lavori da contratto	1.235.080,61	1.615.328,77	380.248,16	30,79%
<b>Importo complessivo</b>	<b>1.275.080,61</b>	<b>1.660.687,87</b>	<b>385.607,26</b>	<b>30,24%</b>

La variante per cui si chiede la sottomissione, è di importo superiore al limite quantitativo del quinto ed introduce notevoli modificazioni alla natura delle opere sotto il profilo qualitativo: le variazioni infatti, sia in aumento che in diminuzione, superano in valore il 20% di quello previsto in capitolato per categorie omogenee di opere.

Le modifiche comportano incrementi agli importi delle categorie omogenee superiori al 20%, pertanto la Committente avrebbe dovuto prevedere e concordare con l'impresa l'entità dell'equo compenso idoneo a ripristinare l'equilibrio della prestazione.

L'insieme delle circostanze sopraesposte e gli effetti congiunti, determinano un grave squilibrio economico ed il conseguente venir meno dei presupposti che avevano consentito la formulazione del ribasso offerto (che si intende applicare anche ai lavori in variante).

Per questi motivi, l'esecutore formula il proprio dissenso riferito alla firma ed accettazione dell'atto di sottomissione e chiede di essere convocato dal

RUP ai sensi dell'art.164 del Regolamento.

## **19 - Le riserve - Analisi tecnica**

### **19.1 - Funzione e significato**

La funzione della riserva è quella di consentire all'esecutore di avanzare validamente le proprie domande evitando che il contenuto di un determinato atto contabile predisposto dalla Committente e sottoposto alla sua firma, divenga definitivo ed imm modificabile.

Il diritto dell'esecutore a far valere le proprie domande è vincolato da rigide regole formali e temporali che, se non rispettate, ne comportano la decadenza.

Con il termine "*riserva*" si intende sia il cosiddetto espediente tecnico consistente nella immediata firma del documento contabile con la dicitura "*con riserva*", sia la successiva formulazione della domanda entro un termine non superiore a 15 giorni (art. 190 comma 3 del Regolamento).

La mancata sottoscrizione da parte dell'appaltatore di un atto contabile con riserva e la mancata esplicazione nei tempi e nei modi previsti, comporta la decadenza dal diritto che intende far valere.

Nessuna forma di domanda equipollente rispetto quella prevista dalle specifiche norme è ammessa (lettera raccomandata o persino atto notificato da Ufficiale Giudiziario).

### **19.2 - Situazioni ricorrenti e tipi di riserve**

Le riserve possono essere suddivise in tre categorie:

1. domande volte al riconoscimento di maggiori oneri o costi sostenuti nell'esecuzione dei lavori rispetto alle previsioni in conseguenza di variazioni alle modalità o ai tempi di esecuzione per fatti riconducibili nella sfera di responsabilità del Committente;
2. domande volte al riconoscimento di maggiori importi rispetto a quanto determinato in contabilità;
3. domande volte al riconoscimento di maggiori importi derivanti da situazioni non previste dalle parti determinate da cause di forza maggiore (p.e. imprevisto geologico); queste domande possono risolversi, a seconda delle circostanze, in richieste di maggior corrispettivo di prezzo o in compenso per maggiori oneri.

Le situazioni più ricorrenti poste a fondamento delle domande dell'appaltatore sono:

- i ritardi nei tempi di consegna rispetto alle previsioni di progetto, la parzialità della stessa o l'emergere di limitazioni esecutive rilevabili in questa fase;
- le modifiche dei programmi per il manifestarsi in corso d'opera di limitazioni ed interferenze, i ritardi nell'introduzione di varianti, la sospensione lavori ed i differimenti dei termini (proroghe);
- la insufficiente contabilizzazione del corrispettivo;
- l'introduzione di varianti eccedenti i limiti quantitativi e/o qualitativi o eccedenti la facoltà concessa alla Committente e tali da modificare l'economia della prestazione;
- il manifestarsi di situazioni non previste di carattere geologico, geo-meccanico o idrogeologico;
- l'applicazione di penali da ritardo;
- le contestazioni inerenti vizi o difetti esecutivi avanzate sia in corso d'opera che in fase di collaudo.

Il comma 1 dell'art. 240-bis del Codice, integrato dal D.L. 13 maggio 2011, n.70, statuisce che *“Le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse. L'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale”*.

Con il D.L. 13 maggio 2011, n.70 è stato aggiunto all'art.240-bis del Codice, il comma 1-bis di cui si riporta il testo: *“Non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che, ai sensi dell'articolo 112 del Regolamento, sono stati oggetto di verifica”*.

### **19.3 - I documenti sui quali debbono essere apposte le riserve**

L'art.191 del Regolamento fissa l'onere di iscrizione della riserva sul primo atto dell'appalto, sottoposto alla firma dell'esecutore, idoneo a riceverla e temporalmente successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio.

In ogni caso le riserve debbono essere iscritte anche nel registro di contabilità ed inoltre debbono essere espressamente confermate sul Conto Finale.

Il documento dove la riserva deve essere iscritta ed esplicitata non è più il solo registro di contabilità, ma sono tutti i documenti elencati nel regolamento.

L'iscrizione della riserva è prevista dal Regolamento:

- nel registro di contabilità (artt.189 e 190 del Regolamento);
- nel verbale di consegna lavori laddove si riscontrino difformità tra stato dei luoghi e previsioni di progetto (art.155 comma 4 del Regolamento);

- nel verbale di sospensione\* e ripresa lavori (art.158 comma 8 del Regolamento);
- nei libretti delle misure (art.185 del Regolamento);
- nelle liste settimanali (art.187 del Regolamento);
- negli ordini di servizio (art.152 comma 3 del Regolamento);
- nel conto finale (art.201 del Regolamento);
- nel verbale di ultimazione (art.199 del Regolamento);
- nel certificato di collaudo (art.229 del Regolamento limitatamente alle risultanze ivi contenute).

[\* salvo il caso che la sospensione originariamente legittima sia diventata successivamente illegittima per sopravvenienza di nuove cause o altro motivo.]

#### **19.4 - Modalità di formulazione delle riserve**

L'art.191, Comma 3 del Regolamento prevede:

*“Le riserve devono essere formulate in modo specifico ed indicare con precisione le ragioni sulle quali esse si fondano. In particolare le riserve devono contenere a pena di inammissibilità la precisa quantificazione delle somme che l'appaltatore ritiene gli siano dovute.”*

Al successivo comma 4 prescrive:

*“La quantificazione della riserva è effettuata in via definitiva, senza possibilità di successive integrazioni o incrementi rispetto l'importo iscritto”.*

Ciò significa che, attraverso l'aggiornamento di una domanda che riguarda fatti che coinvolgono diversi avanzamenti, l'appaltatore non può procedere a modificare retroattivamente la precedente quantificazione.

La riserva si può apporre in due fasi: la firma con riserva e la sua esplicazione che deve comprendere anche la quantificazione (ciò non toglie che la riserva possa essere esplicita e quantificata direttamente con la sua apposizione, senza ulteriore passaggio).

L'appaltatore, quando intende avanzare richieste di indennizzi o maggiori compensi, deve accompagnare la sottoscrizione del registro, apponendo prima della propria firma (timbro dell'impresa e data di sottoscrizione) la dicitura “con riserva”; in questo caso dispone di un tempo di quindici giorni per esplicitare le domande, le ragioni e la precisa indicazione delle cifre richieste. Se non esprime compiutamente la sua domanda entro questo termine, è come se avesse firmato senza riserva, e decade dalla possibilità di far valere ogni pretesa.

L'esplicazione deve contenere in primo luogo le ragioni della domanda, illustrate anche sinteticamente, purché con chiarezza e completezza; inoltre, debbono essere esposte le domande di compenso, nel modo il più dettagliato, al momento, possibile.

Non è ammessa un'indicazione provvisoria, ma è pretesa la definitività (art.191 Comma 4 del Regolamento).

Ove non sia possibile la quantificazione precisa, è preferibile esporre una richiesta anche ampia, ma almeno articolata, per poi dettagliarla meglio appena possibile, eventualmente riducendola.

Si noti bene che, per ogni domanda (titolo della pretesa avanzata) deve essere espressa una riserva, quindi è utile seguire una numerazione progressiva.

La controdeduzione del direttore lavori è dovuta, ma se questi non vi provvede, il committente non incorre in alcuna sanzione o decadenza (che invece incombe sull'appaltatore).

La mancata controdeduzione comporta solo responsabilità del direttore dei lavori verso il committente e conseguentemente la questione si risolve in un eventuale problema interno alla stazione appaltante (art.190, Comma 4 del Regolamento).

L'impresa non deve instaurare un contraddittorio rispetto alle controdeduzioni e non deve replicare a sua volta alle stesse; la sede di formulazione delle proprie diverse ragioni potrà essere quella del procedimento per il tentativo di bonaria composizione.

Ogni riserva deve trovare conferma nel conto finale (art. 174 del Regolamento) e cioè vi deve essere confermata almeno con un richiamo sintetico; diversamente l'appaltatore incorre nella decadenza.

La riserva può essere aggiornata nell'importo, senza però la possibilità di integrazioni o incrementi dell'importo della parte relativa alla prima iscrizione.

Sul conto finale, oltre alla conferma delle riserve già iscritte, si potranno iscrivere eventuali ulteriori riserve purché riferite alle risultanze del documento medesimo (p.e. a contrasto di applicazione di penali o detrazioni ritenute non fondate).

Sul certificato di collaudo, infine, andranno iscritte le riserve che lo riguardano, quali, ad esempio, quelle relative a correzioni contabili ritenute contestabili dall'appaltatore, ovvero detrazioni per lavori non ben eseguiti, ecc..

Non è previsto un espresso obbligo di riconfermare sul collaudo le riserve già confermate nel conto finale, ma, stanti risalenti sfavorevoli sentenze, è buona norma accompagnare la firma del certificato con la dizione "*si confermano come qui trascritte tutte le riserve già iscritte nei precedenti documenti contabili*".

### **19.5 - Il tempo per l'iscrizione delle riserve**

Nella pratica si pone il problema della tardività della riserva e, conseguentemente, della decadenza dell'appaltatore dalla possibilità di far

valere i propri diritti.

L'impresa, per evitare la decadenza, deve iscrivere la riserva non appena ha percezione, secondo la normale diligenza, del fatto generatore dell'onerosità; è ormai superato l'indirizzo della giurisprudenza che consentiva di non considerare decaduto l'appaltatore dalla riserva fino al momento in cui il fatto generativo (c.d. continuativo) abbia cessato di produrre effetti. Un conto è l'insorgere del fatto e la sua durata nel tempo, altro conto è la cessazione dei suoi effetti; quest'ultima non può esser presa come momento da cui decorre il termine per apporre riserva.

Il problema ricorre spesso in relazione a circostanze e situazioni lesive attribuibili al committente (omissioni, ritardi, ingerenze, difetto di cooperazione, ecc.), che devono essere immediatamente contestati con riserva, non appena l'appaltatore percepisce che dagli stessi derivi per lui un onere o un danno.

Si tratta per lo più di comportamenti generatori di ritardi nei tempi esecutivi del cantiere e, quindi, percepibili dall'impresa all'atto della evidenziazione di scostamento tra la produzione programmata e quella realizzata o di circostanze connesse con l'esecuzione di prestazioni non previste o eccedenti quelle di contratto, percepibili all'atto di verifica dello scostamento tra i ricavi ed i costi in sede di contabilizzazione di avanzamento lavori.

Unica eccezione rimane, come in passato, quella dell'art.190, Comma 6 del Regolamento, relativa alla contabilità in partita provvisoria e cioè con quantità dedotte in misurazione sommaria; l'onere della riserva diventa operante, in tal caso, solo in sede di contabilizzazione definitiva, quando le partite fino ad allora provvisorie, vengono portate in detrazione.

### **19.6 - Le decadenze in cui può incorrere l'esecutore**

Le decadenze in cui può incorrere l'appaltatore sono:

- intempestiva formulazione della riserva;
- mancata firma del registro con riserva quando viene sottoposto o nel termine dei quindici giorni dall'invito;
- mancata iscrizione sugli atti idonei (verbali, consegna, sospensione, ripresa etc.);
- mancata esplicazione delle ragioni e dell'entità della richiesta entro quindici giorni;
- mancata riproduzione sul registro della riserva già iscritta su altri documenti contabili;
- mancata conferma della riserva sul conto finale.

### **19.7 - Esempi di analisi tecnica di alcune riserve**

Attraverso l'esposizione di esame tecnico di alcuni tipi di riserve, si ritiene di poter fornire all'esecutore una base per individuare gli elementi ritenuti idonei per la valutazione della fondatezza e congruità tecnica di alcune domande. Si confida che la diffusione dei principi possa evitare la prassi dell'inutile enfaticizzazione delle richieste per pervenire a livelli di riconoscimento irrisori basati sull'errato presupposto della possibilità di percentualizzazione di maggiori oneri che debbono essere dimostrati e riconosciuti, sulla base di stretta inerenza e adeguatezza tecnico economica, tenendo conto dell'organizzazione dello specifico cantiere, senza possibilità di generalizzare i principi estendendoli ad ogni tipo di organizzazione.

### **19.8 - Modifica dei programmi: un esempio di analisi tecnica**

#### **- LA RISERVA**

La riserva trae origine dalla lamentata irregolare esecuzione dei lavori relativi ad appalto di progettazione esecutiva e costruzione (appalto integrato) di un tratto (auto) stradale causato dalla presenza di interferenze, rimosse con ritardo, che secondo l'esecutore avrebbero determinato, nel primo periodo e sino alla data di completo riposizionamento, un ritardo (produttivo) rispetto alle previsioni di programma esecutivo tale da determinare il diritto dell'esecutore ad una corrispondente proroga.

A fronte della concessione di una proroga ritenuta di entità limitata dall'esecutore, definita con l'approvazione di perizia di variante per la modifica di alcuni manufatti interessati dalle reti, l'esecutore avrebbe attuato la riorganizzazione del cantiere volta a conseguire un acceleramento oneroso (di costo inferiore a quello che si sarebbe determinato per la protrazione) per anticipare il termine di completamento rispetto quello di cui avrebbe avuto diritto.

L'impossibilità di eseguire i lavori regolarmente, con le modalità e secondo i tempi del programma esecutivo e la ridotta produttività conseguita dal cantiere nel primo periodo vengono attribuiti, dall'esecutore, ai ritardi frapposti dagli enti gestori nello spostamento dei servizi interferenti, alla conseguente ritardata messa a disposizione da parte del committente delle aree di lavoro libere da interferenze, ed ai ritardi verificatisi nell'adozione delle decisioni e relativi ordini di esecuzione.

#### **- LA RELAZIONE DEL DIRETTORE DEI LAVORI SULLE RISERVE**

Il Direttore dei Lavori conferma sotto il profilo fattuale che l'esecuzione dei lavori si è sviluppata in maniera discontinua e parzializzata e che la necessità di realizzare l'opera in un ambito più complesso sotto l'aspetto ambientale rispetto a quanto previsto per la presenza di linee aeree ed interrato e per la presenza di altre interferenze, ha determinato l'esecuzione

di diverse e maggiori opere (varianti) ed ha reso più gravosa la prestazione per la necessità di dover attendere le disattivazioni degli enti preposti.

Poiché, però, la fase progettuale esecutiva era ricondotta, per contratto, all'appaltatore, il DL attribuisce parte della responsabilità del ritardo all'appaltatore e, per questo motivo (oltre che per l'interesse del Committente di disporre dell'opera), ha proposto lo spostamento del termine nella misura ridotta di quella strettamente necessaria per realizzare i soli maggiori lavori di perizia.

- FONDATEZZA DELLA RISERVA

La mancata disponibilità dell'intera area d'intervento nei tempi previsti e la presenza di intralci e ritardi esecutivi dovuti alla risoluzione delle interferenze tra opere e servizi esistenti non è contestata.

Si pone il problema di valutare se possano gravare sull'esecutore eventuali maggiori oneri riconducibili a previsioni di progetto, tenendo conto che i rapporti con terzi contrattualmente erano comunque demandati alla Committente.

In linea generale si osserva che gli accertamenti relativi alle interferenze sono normativamente previsti (art. 25 Comma 2 lettera f) e sono stati svolti con il progetto definitivo a carico del Committente.

Lo studio di fattibilità ambientale (art.27 del Regolamento) è previsto nella fase definitiva del percorso di progettazione, così pure il piano particellare degli espropri, degli asservimenti e delle interferenze (art.31 del Regolamento).

L'art.93, Comma 4 del Codice, prevede: *"...il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli...contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni ed approvazioni"*.

Il progetto definitivo era corredato da relazione descrittiva e planimetrie delle interferenze; il costo per allacciamenti ed interferenze era stato previsto tra le somme a disposizione della Committente.

Stante la normativa citata si deve ritenere che l'individuazione e l'acquisizione di ogni informazione necessaria al rilascio delle prescritte approvazioni ed autorizzazioni per gli spostamenti dei sottoservizi fosse dovuta nella fase di progetto definitivo.

Il progetto esecutivo, affidato in questo caso all'impresa, costituisce l'esatto sviluppo di quanto già accertato nella precedente fase di progetto definitivo.

Il problema delle interferenze ha riguardato, principalmente, i tempi di intervento e risoluzione frapposti da enti gestori terzi con riferimento ad alcuni manufatti posti sul percorso critico del programma.

La ritardata messa a disposizione delle aree di lavoro libere da interferenze, i ritardi causati dalla loro risoluzione, la necessità di introdurre varianti in corso d'opera, non può quindi essere attribuita a carenze nello sviluppo del progetto esecutivo, non essendo correlata agli accertamenti previsti

normativamente in questa fase del progetto, ma a ritardi nella risoluzione di interferenze già previste.

Dall'esame dei verbali di coordinamento sottoservizi e di riunioni cantiere, non emergono profili di negligenza da parte dell'esecutore nell'attività di programmazione e coordinamento, ma piuttosto oggettive situazioni di ritardo tali da comportare la modifica del progetto (oggetto della perizia di variante), non essendo i tempi degli enti compatibili con l'esecuzione secondo i tempi e con le modalità previste.

Accertata la fondatezza della riserva occorre, però, valutare l'entità del ritardo ed il nesso causale di questo con i fatti lamentati.

La valutazione dell'entità del ritardo presuppone la corretta redazione del PLO che permette il raffronto tra i valori della produzione programmati e quelli effettivamente conseguiti desunti dalle registrazioni contabili.

Occorre verificare in quale misura il ritardo registrato dal cantiere sia, direttamente, conseguente a quello della risoluzione delle interferenze.

La possibilità di verifica presuppone:

- » la tenuta del giornale lavori (da parte del DL, art. 182 del Regolamento);
- » la corretta e completa predisposizione del PLO (da parte dell'esecutore, art. 43 del Regolamento);
- » l'indicazione della durata di ciascuna attività e quindi di quella prevista per la deviazione delle reti interferenti;
- » l'individuazione delle relazioni di vincolo tra le deviazioni e le altre attività del cantiere;
- » le conseguenti modifiche delle date previste per l'inizio e la fine di ciascuna attività;
- » l'individuazione del percorso critico;
- » lo scorrimento delle attività mantenendo le durate previste;
- » l'individuazione del nuovo termine e quindi del ritardo, tenuto conto dello scorrimento delle attività con mantenimento delle durate previste;
- » la successiva valutazione dei maggiori oneri, sia per il ritardo che per l'acceleramento;
- » l'analisi dei costi indiretti, eventualmente presentata con l'offerta;
- » l'effettiva incidenza della parte di spese cosiddette "generali" per la parte correlata al tempo ed ai carichi di lavoro;
- » l'individuazione dell'incidenza del costo della mano d'opera prevista (la corretta redazione del PSC di progetto con indicazione del numero di presenze cantiere, art. 39 del Regolamento);
- » la redazione del PLO di revisione di perizia, adeguato alle nuove tempistiche ridotte;
- » l'adeguamento del PSC in ragione dell'evoluzione dei lavori, tenuto conto delle varianti e dei nuovi termini;
- » la registrazione delle presenze sul giornale lavori.

Le informazioni contenute nei documenti normativamente previsti consentono la verifica delle risorse previste in condizioni di media efficienza e di quelle effettivamente impiegate e conseguentemente l'individuazione delle maggiori incidenze del personale addetto alle lavorazioni e di quello addetto alla gestione del cantiere; inoltre, l'analisi dei costi indiretti eventualmente presentata con l'offerta consentirà di valutare la diversa incidenza della parte di spese cosiddette "generali" per la parte correlata al tempo ed ai carichi di lavoro.

- ESEMPIO DI VALUTAZIONE DELLA MAGGIOR INCIDENZA DI PERSONALE

Presenze medie previste nel PSC di progetto n° 35.

Presenze medie ricavate dalle analisi dei prezzi h 112.000,00

H 158.327,91: h/g 9 = giornate/uomo 17.591,99

Il numero di giornate/uomo in condizioni di efficienza\* media avrebbero dovuto essere = giornate/uomo 17.591,99.

[\* rapporto tra risultato ottenuto e risorse impiegate]

giornate/uomo 17.591,99

giornate lavorative annue 240

presenze medie giornate/uomo 17.591,99:[(annue 240/365): 730 giorni nat.consecutivi] = n° 36,51.

Il dato fornito dalla disaggregazione delle analisi di progetto risulta sostanzialmente in linea con quello previsto dal PSC n° 36,51  $\geq$  n° 35.

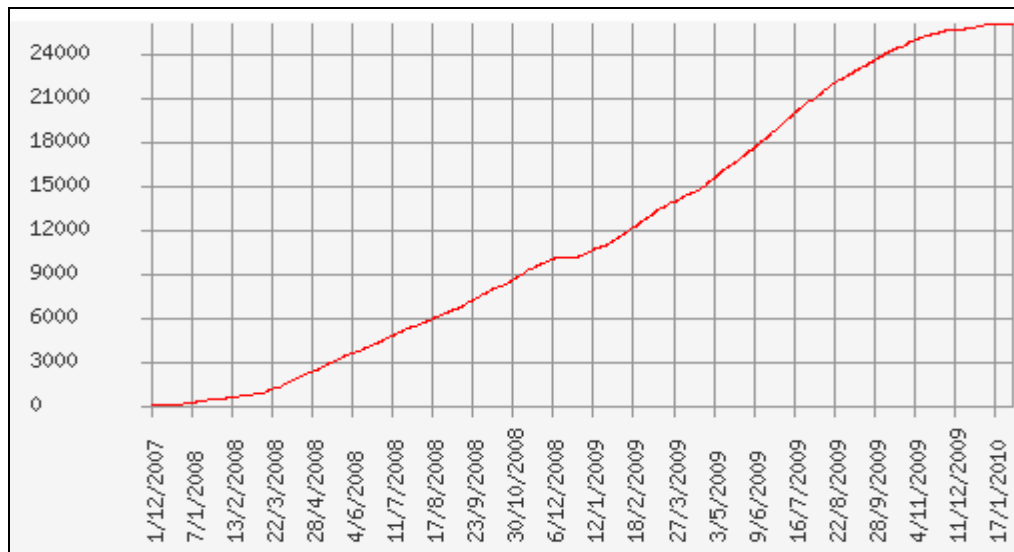
I due dati possono essere considerati rappresentativi delle risorse ritenute necessarie dal progettista per eseguire l'opera, con le modalità ed i tempi previsti in condizioni ordinarie e di media efficienza del personale.

Tenuto conto dei maggiori valori dei lavori assunti con la variante, il numero di giornate/uomo in condizioni di media efficienza\* ovvero in ipotesi più sfavorevole rispetto quella prevista dall'appaltatore in offerta [con previsione di condizioni di massima efficienza] avrebbero dovuto essere = n° 21.806,80.

[\* rapporto tra risultato ottenuto e risorse impiegate]

La stima corrisponde al più probabile numero di giornate/uomo necessarie per l'esecuzione delle opere eseguite in condizioni ordinarie.

Le giornate/uomo impiegate sono state 27.000,00



Poiché le giornate/uomo avrebbero dovuto essere al più 21.806,80 di **arr.** 22.000,00 si rileva il dispendio di 5.000,00 giornate eccedenti quelle prevedibili per realizzare i lavori nelle condizioni ordinarie ovvero secondo i tempi e le modalità esecutive previste.

Risulta possibile quantificare il maggior onere con il seguente calcolo:

$n^{\circ} 5.000,00 \text{ giornate/uomo} \times 9\text{h/giorno} \times 24,00 \text{ €/h} = \text{€ Z}$

La minor efficienza ed il conseguente maggior costo può essere attribuita a due fattori

- » al frazionamento esecutivo;
- » all'acceleramento attuato nella ultima fase dell'appalto.

L'integrazione del PSC allegato alla 1° perizia individua il numero di personale aggiuntivo necessario per eseguire le opere con le modalità ed i tempi del nuovo cronoprogramma (accelerato) nel termine di 163 giorni in 22 unità in più.

A fronte delle maggiori opere da eseguire è stata fissata una maggior durata proporzionata all'importo medio dei lavori da eseguire nel tempo e, quindi, in assenza di acceleramento (volto a recuperare ritardi progressi), non si sarebbe dovuto prevedere alcun incremento nel numero di unità presenti in cantiere.

L'incremento corrisponde alla necessità di sovradimensionare le risorse per ridurre le durate e recuperare precedenti ritardi esecutivi attuando un "acceleramento".

Il costo per l'incremento del fattore produttivo mano d'opera risulta:

$n^{\circ} 22 \times \text{giorni } 163 \times (\text{gg. lav./gg.nat.} = 21/30) \times \text{€h } 24,00 \times 9\text{h/g} = \text{€ X}_i$

In sintesi il maggior costo per maggior incidenza della mano d'opera è stato € Z

Di questo importo:

- » € X<sub>i</sub> sono attribuibili all'incremento di personale necessario per recuperare i precedenti ritardi produttivi ed attuare l'acceleramento imposto con il nuovo programma di perizia
- » € Y sono attribuibili alla minor efficienza rilevata per l'esecuzione discontinua.

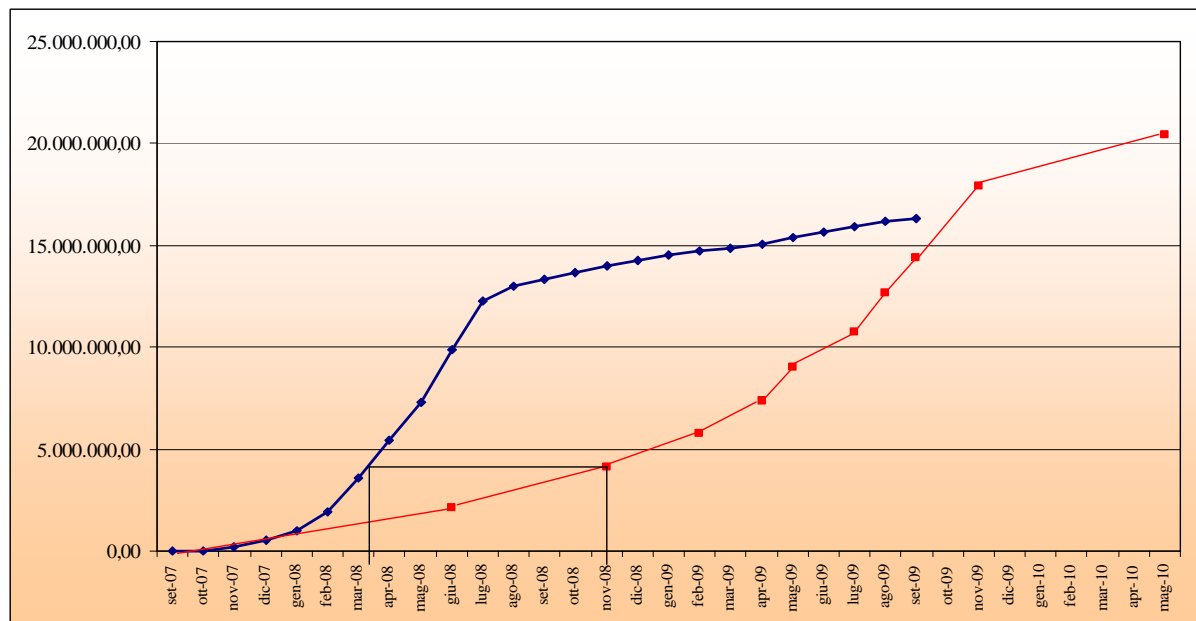
- I MAGGIORI ONERI PER LA FASE DI RITARDO PRODUTTIVO

Con la riserva l'Impresa ha chiesto il risarcimento dei maggiori oneri da perdita produttiva nel periodo compreso tra la consegna dei lavori e il 2° SAL.

Il quadro sinottico evidenzia che alla data di registrazione del 2° SAL il valore programmato di produzione era di X, il valore della produzione conseguita è stato di Y.

Esempio:

PROGRAMMA LAVORI DEL ...			SAL	Lavori al:	Importo progres.
mese	importo mese	importo progressivo			
set-07	0,00	0,00			
ott-07	11.190,69	11.190,69			
nov-07	179.615,70	190.806,39			
dic-07	315.918,45	506.724,84			
gen-08	508.562,71	1.015.287,55			
feb-08	928.742,95	1.944.030,50			
mar-08	1.630.782,04	3.574.812,54			
apr-08	1.878.772,46	5.453.585,00			
mag-08	1.865.599,26	7.319.184,26			
giu-08	2.532.769,95	9.851.954,21	SAL 1	30/06/2008	2.104.747,76



Il grafico evidenzia la progressione dei lavori nel tempo ed il ritardo registrato al secondo sotto il profilo produttivo.

La ricostruzione fattuale e la modifica delle date di inizio e fine delle attività di spostamento dei sottoservizi del nuovo PLO, evidenzia che la limitazione di efficacia del cantiere causata dai ritardi nella rimozione delle interferenze ha comportato per intero (o in parte) in questo periodo il deficit produttivo. La sospensione differisce dal rallentamento nella esecuzione imposto da condizionamenti in quanto

- » nel primo caso il cantiere risulta completamente inattivo e conseguentemente non sussistono i costi per la gestione dei lavori,
- » nel secondo, permanendo le attività seppur in misura forzatamente limitata, permane la necessità di garantire il funzionamento e quindi permangono le spese di direzione e conduzione di cantiere, per i servizi generali che debbono essere comunque garantiti e quelli per il supporto logistico.

La parte dei costi non recuperati a seguito di minor risultato produttivo deve essere valutata analiticamente o può essere valutata sulla scorta delle analisi di offerta. Esempio:

incidenza della parte di spese per la direzione e gestione di cantiere, per i servizi generali necessari per garantirne l'operatività nel caso di rallentamento nella esecuzione dedotte dall'analisi di offerta:

	Spese di contratto ed accessorie e imposta di registro.	
Y*	Oneri finanziari generali e particolari, ivi comprese la cauzione definitiva o la garanzia globale di esecuzione, ove prevista, e le polizze assicurative.	
Y*	Quota delle spese di organizzazione e gestione tecnico-amministrativa di sede dell'esecutore.	
Y*	Gestione amministrativa del personale di cantiere e direzione tecnica di cantiere.	
	Spese per l'impianto, la manutenzione, l'illuminazione e il ripiegamento finale dei cantieri, ivi inclusi i costi per la utilizzazione di aree diverse da quelle poste a disposizione dal committente; sono escluse le spese relative alla sicurezza nei cantieri stessi.	
	Spese per trasporto di qualsiasi materiale o mezzo d'opera.	
Y*	Spese per attrezzi e opere provvisionali e per quanto altro occorre alla esecuzione piena e perfetta dei lavori.	
	Spese per rilievi, tracciati, verifiche, esplorazioni, capisaldi e simili che possono occorrere, anche su motivata richiesta del direttore dei lavori o del responsabile del procedimento o dell'organo di collaudo, dal giorno in cui comincia la consegna fino al compimento del collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione.	
	Spese per le vie di accesso al cantiere, l'installazione e l'esercizio delle attrezzature e dei mezzi d'opera di cantiere.	
Y*	Spese per idonei locali e per la necessaria attrezzatura da mettere a disposizione per l'ufficio di direzione lavori.	
Y*	Spese per passaggio, <u>per occupazioni temporanee</u> e per risarcimento di danni per abbattimento di piante, per depositi od estrazioni di materiali.	
	Spese per la custodia e la buona conservazione delle opere fino al collaudo provvisorio o all'emissione del certificato di regolare esecuzione.	
Y*	Spese di adeguamento del cantiere in osservanza del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, di cui è indicata la quota di incidenza sul totale delle spese generali, ai fini dell'articolo 86, comma 3-bis, del codice.	
	Altri oneri generali e particolari previsti dal capitolato speciale di appalto.	
	Totale spese generali programmate	17%
	Di cui Totale Spese fisse	X
	Di cui Totale Spese variabili	Y*

Il venir meno del risultato produttivo programmato per il periodo di ritardo e per la parte attribuibile alla interferenza consente di valutare l'entità della perdita del margine di contribuzione nella misura prevista dall'esecutore per coprire i costi di carattere generale diretti e indiretti.

La successiva fase produttiva:

- » lo spostamento dei tempi di ultimazione delle attività di rimozione delle interferenze consente di valutare l'entità della protrazione che sarebbe stata necessaria per l'ipotesi di prosecuzione dei lavori con le modalità e i tempi previsti contrattualmente e, conseguentemente, di valutare, concretamente e su basi tecniche, se l'entità della proroga abbia o meno richiesto all'esecutore uno sforzo eccedente quello previsto ed una modalità di esecuzione diversa con dispiegamento di maggiori risorse;
- » l'integrazione del PSC dovrebbe dare conto della entità di incremento della forza cantiere rispetto a quella prevista originariamente.

### **19.9 - Alcune considerazioni**

L'esempio, liberamente tratto con modifiche numeriche ed in fatto da casi reali, evidenzia che la verifica della fondatezza e congruità di una richiesta non può essere basata su parametri o criteri comuni adattabili a ciascun cantiere, ma deve basarsi sulla concreta verifica di dati la cui registrazione risulta espressamente prevista dalle norme richiamate e di semplice applicazione con gli attuali sistemi informatici.

Se, infatti, sia l'Esecutore che il Committente danno attuazione a quanto normativamente previsto, la verifica e la valutazione di conseguenze produttive di maggiori spese risulta sottratta a valutazioni generiche e può essere ancorata ad un processo di valutazione e di logica tecnica basato su dati di ingegneria.

L'inflazione monetaria che ha caratterizzato gli anni della lira, l'attuale situazione di crisi e la persistente offerta di ribassi privi di ragione tecnica ed economica, sia degli esecutori che dei progettisti, il conseguente disancoramento delle analisi di offerta dell'esecutore da parametri di ragionevolezza, la presentazione di reclami enfatizzati volti a consentire al committente di fare apparire un considerevole risparmio in termini percentuali rispetto alle richieste, non giustificano la rinuncia ad applicare metodi di programmazione, di controllo e di verifica previsti dalle norme, comuni ed in uso negli altri paesi Europei non potendosi confondere una situazione emergenziale con la normalità.

## 19.10 - Imprevisto idrogeologico: un esempio di analisi tecnica

- LA RISERVA

La riserva riguarda la modifica delle modalità esecutive per imprevisto idrogeologico, la disapplicazione da parte del Committente di un sovrapprezzo previsto contrattualmente e la richiesta dell'esecutore di un diverso corrispettivo.

Il progetto per la realizzazione di un tratto di galleria artificiale lungo la sponda lacuale prevedeva l'esecuzione di fondazioni speciali costituite da micropali da realizzarsi per la parte a lago, da pontone, per la parte a monte, dalla sede stradale.

Il corrispettivo veniva indicato a metro lineare di perforazione con sovrapprezzo per nolo pontone per la parte di micropali da eseguirsi a lago.

L'imprevisto abbassamento del livello delle acque del lago Maggiore rendeva inutile la previsione di realizzazione dei micropali tramite l'uso di pontone.

La differente modalità di esecuzione dei micropali su lato lago induceva la committente a disapplicare il sovrapprezzo specificamente previsto per l'esecuzione da pontone e determinava l'applicazione del prezzo previsto per esecuzione in condizioni ordinarie da terra (lato monte) anche per quelli lato lago.

L'esecutore, per poter realizzare i micropali fronte lago, doveva però realizzare una pista di discesa non prevista da utilizzare per l'intera durata dell'intervento.

L'esecuzione a lago comportava, inoltre, maggior costo della prestazione in conseguenza della minor produzione giornaliera di avanzamento di perforazione realizzabile rispetto a quella prevista a monte per le precarie condizioni di esecuzione dalle piazzuole provvisorie di dimensioni ridotte e per l'impossibilità di accatastamento dei materiali per la perforazione e getto.

Il pontone veniva inoltre tenuto inutilmente a disposizione in attesa di utilizzo per 40 giorni.

- LA FONDATEZZA

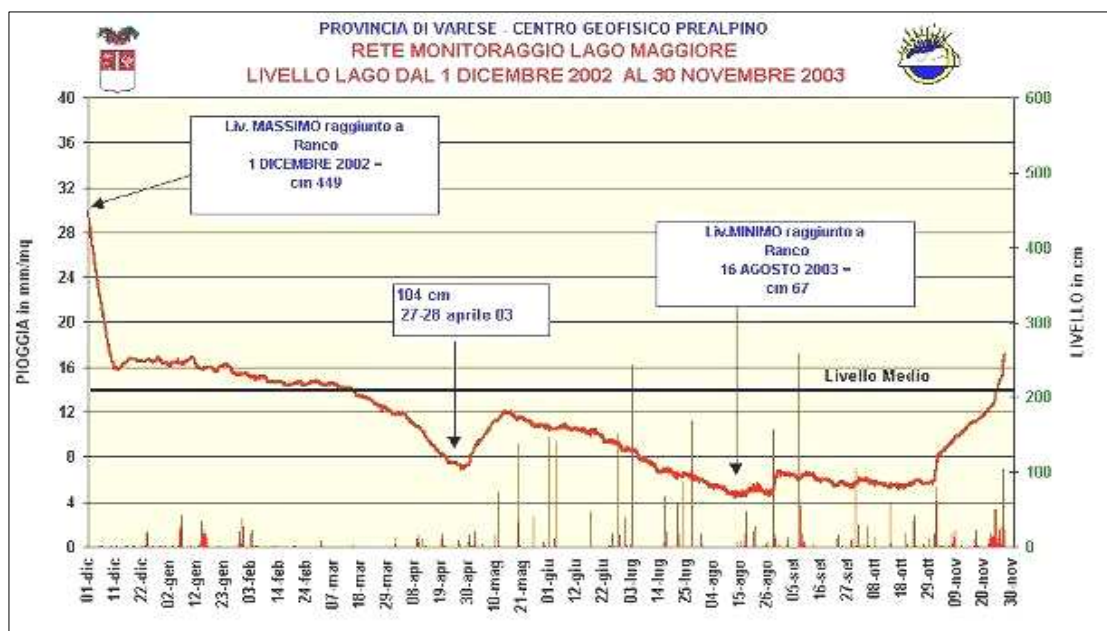
La situazione configura quella prevista dall'art.1664 del Codice Civile.

L'art. 1664, comma 2 del Codice Civile recita:

“Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso”.

Con nota del ...l'Appaltatore chiedeva una proroga di 120 giorni motivata dall'abbassamento del livello del lago ed in definitiva da imprevisto idrogeologico.

La Committente con nota del ...disponeva la proroga limitata a 60 giorni.



- IL MAGGIOR COSTO CAUSATO DALL'IMPREVISTO GEOLOGICO

L'impossibilità di utilizzo del pontone galleggiante in conseguenza dell'imprevisto idrologico e comunque la difficoltà di eseguire i micropali da piazzole provvisorie a lago, ha determinato un ritardo esecutivo.

Le differenti modalità esecutive sul fronte lago hanno rallentato le operazioni di perforazione e di infilaggio dei micropali.

Durante le operazioni di realizzazione dei micropali, dal ...al ...erano presenti in cantiere n° 2 o 3 sonde (relativamente al periodo considerato) oltre che:

- per le lavorazioni di perforazione, n. 1 operaio specializzato per sonda, n. 1 manovale per sonda;
- per le lavorazioni di infilaggio, n. 1 operaio specializzato per micropalo, n. 1 manovale per micropalo, n. 1 betoniera da lt. 500.

In base ai dati ricavati dal giornale dei lavori si può quantificare il sovrapprezzo dovuto per riequilibrare la diversa prestazione per l'esecuzione dei micropali a lago come segue:

Prezzo di elenco €/ml 24,14 per le lavorazioni di perforazione, €/ml 24,45 per le lavorazioni di infilaggio:

- Fronte lago
- n. micropali realizzati sul fronte lago = 250 di cui n. 100 da ml 24 e n. 150 da ml 12
- ml realizzati sul fronte lago = n. 100 x ml 24 + n. 150 x ml 12 = ml 4.200
- giorni impiegati per le lavorazioni = gg 142
- produzione giornaliera = ml 4.200 / gg 142 = ml/gg 29,58

- produzione oraria	= ml/gg 29,58 / ore 8 = ml/h 3,70
- produzione in h/ml	= 1 / ml/h 3,70 = h/ml 0,27
o Fronte monte	
- ml realizzati sul fronte monte	= ml (13.410 - 4.200) = ml 9.210
- giorni impiegati per le lavorazioni dal 28/01/2003 al 31/03/2003 (Doc. 4)	= gg 63
- produzione giornaliera	= ml 9.210 / gg 63 / sonde 2 = ml/gg 73,10
- produzione oraria	= ml/gg 73,10 / ore 8 = ml/h 9,14
- produzione in h/ml	= 1 / ml/h 9,14 = h/ml 0,11
❖ Differenza efficacia avanzamento monte- lago maggior incidenza oraria a ml	= h/ml (0,11 - 0,27) = h/ml   0,16

Il sovrapprezzo viene calcolato in base al minor avanzamento registrato..... micropali fronte lago e fronte monte con conseguente maggior incidenza pari a h/ml 0,16 applicato alle voci di analisi sensibili ed alle quantità del conto finale

▪ Perforazioni di micropali con andamento verticale o inclinato

a) attrezzature di perforazione	h/ml 0,16 x €/h 69,18 =	€/ml	11,07
b) operaio specializzato	h/ml 0,16 x €/h 20,64 =	€/ml	3,30
c) manovale	h/ml 0,16 x €/h 17,95 =	€/ml	2,87
Maggior costo primo		€/ml	17,24
Spese generali 15%		€/ml	2,59
Costo		€/ml	19,83
Utile 10%		€/ml	1,98
Totale sovrapprezzo		€/m	21,81

▪ Realizzazione del palo

b) operaio specializzato	h/ml 0,16 x €/h 20,64 =	€/ml	3,30
f) manovale	h/ml 0,16 x €/h 17,95 =	€/ml	2,87
d) betoniera lt. 500	h/ml 0,16 x €/h 27,45 =	€/ml	4,40
Maggior Costo primo		€/ml	10,57
Spese generali 15%		€/ml	1,59
Costo/ml		€/ml	12,16
Utile 10%		€/ml	1,22
Totale sovrapprezzo		€/ml	13,38

Da cui si deduce quanto segue:

- Sovrapprezzo determinato a consuntivo per l'esecuzione delle perforazioni di micropali con andamento verticale o inclinato per la parte eseguita a lago in condizioni impreviste:  
ml 4.200 x €/ml (21,81 +13,38) = ml 4.200 x €/ml 3519 =  
€ 147.798,00

## **20 - Gli oneri per la sicurezza cantiere**

### **20.1 - Oneri di sicurezza**

L'art. 49 del Regolamento definisce il Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) come un documento complementare al progetto esecutivo dell'opera, finalizzato a prevedere l'organizzazione del lavoro più idonea a prevenire o ridurre i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori.

Il PSC deve individuare le fasi critiche del processo di costruzione definendo le prescrizioni operative ed individuando le misure di concreta fattibilità specifica per ciascun cantiere.

La stima dei costi della sicurezza derivanti dall'attuazione delle misure individuate rappresenta la quota di cui all'art. 16 comma 1 punto a.2) del Regolamento (relativo agli oneri non soggetti a ribasso).

I costi delle misure di sicurezza debbono essere previsti e riconosciuti senza alcuna limitazione, sono sottratti alla possibilità negoziale delle parti; il costo non rientra nel rischio imprenditoriale dell'esecutore e rientra per intero in quello dell'opera che grava sul Committente.

La stima complessiva delle spese di sicurezza si compone di due parti, quella compresa nei prezzi unitari di ciascuna lavorazione prevista e, quindi, di carattere generale; quella propria del cantiere, c.d. speciale, non generalizzabile e quindi non inclusa nei prezzi unitari e che per questo deve essere determinata specificamente ed analiticamente.

Alcuni problemi si possono porre in relazione a quegli apprestamenti che svolgono la funzione sia di opere per la sicurezza che provvisoria; per questo caso, si deve ritenere che ogni apprestamento individuato nel PSC debba essere compensato nel costo per la sicurezza e, per l'eventualità che parte dell'incidenza sia stata realmente inclusa tra le incidenze di opere provvisoria attribuite ad una determinata categoria di opera, potrà esserne evidenziata la deduzione.

I costi amministrativi dell'esecutore sono ora previsti anche tra le cosiddette spese generali. L'art.32 del Regolamento riporta:

*“Spese di adeguamento del cantiere in osservanza del decreto legislativo 9*

*aprile 2008, n. 81, di cui è indicata la quota di incidenza sul totale delle spese generali, ai fini dell'articolo 86, comma 3-bis, del codice".*

## **20.2 - Alcune considerazioni**

### **- IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO**

Il responsabile unico del procedimento riveste il ruolo fondamentale identificato negli interventi privati (ma non ancora in Italia) nella figura del PM (Project Manager - responsabile per la committente dell'intero processo edilizio).

L'art.10 del Codice dei Contratti affida al RUP la responsabilità di tutte le fasi di progetto, di affidamento e di esecuzione e quindi a questa figura è affidato il governo dell'intero processo edilizio.

### **- IL PROGETTO**

Il Codice dei Contratti ed il Regolamento mantengono la suddivisione in tre fasi del percorso di progettazione.

Il progetto definitivo, di fatto, identifica compiutamente l'opera da realizzare; è sviluppato in base ad indagini specialistiche e verifiche approfondite ed è dotato di tutte le autorizzazioni ed i permessi necessari per realizzare l'opera.

La fase dello sviluppo del progetto al livello esecutivo, costituendo l'ingegnerizzazione di quello definitivo da cui non può discostarsi, può essere attribuita alla fase di costruzione e quindi potrebbe esserlo normalmente all'esecutore (appalto integrato di progettazione e costruzione).

Il Regolamento consente però di procedere all'affidamento tramite appalto integrato anche per la fase di progettazione definitiva.

### **- LE VARIANTI E LE MODIFICHE IN FASE DI ESECUZIONE**

La regolamentazione del processo contenuta nel Codice dei Contratti e nel nuovo Regolamento dovrebbe costituire il completamento del percorso di adeguamento e modernizzazione iniziato nel 1994 con la legge Merloni.

Le norme ivi contenute, la previsione di precisi requisiti qualitativi, di carattere tecnico economico ed amministrativo richiesti al progetto ed ai contratti, di specifiche figure e funzioni previste per il coordinamento complessivo delle attività sono volte a inquadrare, regolamentare e limitare la possibilità di varianti e modifiche nella fase di esecuzione, evitando gli equivoci, anche in termini di attribuzione di funzioni a ciascun soggetto, che ancora caratterizzano il panorama delle opere private.

La sequenza delle attività e delle verifiche previste consente la concreta organizzazione dell'intero processo che però ne presuppone il rigoroso rispetto da parte di tutti i soggetti che intervengono.

L'equilibrio delle rispettive prestazioni e la possibilità di trasformare la

realizzazione di un'opera in una attività di cooperazione produttiva anziché di conflitti, come visto, si fonda sulla comprensione ed applicazione, sostanziale e non meramente formale, delle regole.

**PARTE TERZA**  
(di Sergio Colombo)

Il contenzioso nell'appalto di lavori pubblici

## 21 - Le riserve - Rinvio

Come abbiamo visto (parte I, n. 12 e parte II n. 5), la preventiva apposizione sugli atti contabili (segnatamente registro di contabilità) della riserva è la condizione il cui adempimento è indispensabile da parte dell'appaltatore per poter successivamente ottenere eventuali riconoscimenti economici dal committente, per i maggiori costi od oneri sostenuti in determinate situazioni.

Nella trattazione seguente, quindi, si vedranno le modalità con le quali, una volta iscritta la riserva, le richieste ivi contenute potranno ottenere riconoscimento.

## 22 - La transazione

Se non si perviene alla consensuale e volontaria composizione del contrasto che dà origine alla riserva, non resterebbe al privato appaltatore che abbandonare ogni pretesa ovvero perseguire i suoi diritti mediante la tutela giurisdizionale (causa ordinaria o arbitrato).

Il codice contratti ha, tuttavia, introdotto due rimedi, da esperirsi per evitare di adire le vie giudiziarie: la transazione e l'accordo bonario.

Anche se c'è sempre stata la possibilità di transigere il potenziale contenzioso nascente dalle riserve tramite l'istituto civilistico della transazione (art. 1965 e ss. cod. civ.), il codice contratti ha espressamente richiamato e regolamentato l'applicazione dell'istituto, come strumento volto a dirimere in via preventiva le controversie tra appaltatore e committente e quindi a scopo deflazionistico del contenzioso giudiziale. Infatti la parte IV del codice, intitolata "Contenzioso", inizia proprio con la transazione (art. 239) e regola le forme precontenziose di definizione delle controversie (art. 240 accordo bonario); dopo di che, esaurite o resesi impossibili le quali (ad esempio per inerzia), necessita passare alla controversia giurisdizionale vera e propria.

La transazione consiste nel *"contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro."* (art. 1965 cod. civ.).

Si dovrà così far riferimento alle nozioni di carattere generale dell'istituto del diritto privato<sup>109</sup>, considerato che anche l'art. 239.1 C fa espresso riferimento alla necessità di rispettare il codice civile.

Lo scopo della transazione perseguito dalle parti è quello di eliminare le

---

<sup>109</sup> Si veda, ad esempio: Ruperto *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, Milano, 2005

incertezze derivanti dal rapporto contrattuale, anticipando sia gli esiti che i tempi della definizione del contenzioso giudiziale, attraverso una sorta di mediazione tra le reciproche posizioni, per mezzo della quale ciascuna rinuncia ad una parte del proprio diritto oggetto del contrasto.

Attraverso la transazione, le parti possono creare, modificare, o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione tra di esse e quindi, a maggior ragione, anche il rapporto contrattuale in essere.

Come già detto, prima del nuovo codice contratti, la transazione era già ammessa per le pubbliche amministrazioni dalla legge di contabilità di stato, art. 14 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 ed utilizzata nella prassi anche negli appalti di lavori pubblici.

Le regole dettate dall'art. 239 del codice contratti definiscono semplicemente degli specifici contorni applicativi delle regole privatistiche.

In primo luogo, le controversie transigibili sono solo quelle relative a diritti soggettivi e pertanto sono ovviamente escluse le controversie relative all'affidamento degli appalti (gare), trattandosi di materia sottoposta alla giurisdizione esclusiva dei T.A.R.<sup>110</sup>.

Inoltre, se la soluzione della controversia comporta la spesa o la rinuncia per un importo superiore ai centomila euro, la transazione è attuabile solamente dietro parere dell'Avvocatura di Stato o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso.

Il parere non è vincolante ma è obbligatorio che venga richiesto<sup>111</sup>.

Ultimo vincolo è quello della necessità che la transazione sia fatta per iscritto a pena di nullità (ex art. 1352 cod. civ.); peraltro l'obbligo della forma scritta c'era già in precedenza per tutti i contratti della p.a.

La transazione qui esaminata è una figura di carattere generale, mentre l'accordo bonario dell'art. 240 del codice contratti (come si vedrà al paragrafo successivo) ne è una sua particolare forma procedimentalizzata, istituita con la legge Merloni nel 1995, più volte rimaneggiata nel tempo (art. 31 - *bis*).

Questo significa che la materia oggetto di transazione è più ampia di quella sottoponibile ad accordo bonario, riguardando quest'ultima solamente le riserve risultanti dagli atti contabili.

E' noto che non sono soggette all'obbligo di apporre riserva a pena di decadenza alcune materie, per le quali quindi è possibile che le parti raggiungano una transazione secondo la norma qui in esame.

Si tratta delle questioni riguardanti: la risoluzione per inadempimento del contratto di appalto (art. 1453 e ss. cod. civ.); il recesso del committente (art. 1671 cod. civ. e 134 cod. contratti); la risoluzione "in danno" ex art.

---

<sup>110</sup> Codice Giustizia Amministrativa DLgs. 2 luglio 2010 n. 104; artt. 244 e 245 C.

<sup>111</sup> L'avvocatura di stato ha 45 giorni di tempo per emettere il parere, art. 16 legge 7 agosto 1990 n. 241.

135 e 136 cod. contratti; la responsabilità da fatto illecito extracontrattuale (art. 2043 cod. civ.); le situazioni frutto di dolo o colpa.

## **23 - L'accordo bonario**

### **23.1 - In generale**

Come la transazione, questo procedimento<sup>112</sup> non può considerarsi un istituto facente parte del contenzioso, ma si costituisce una modalità formalizzata per tentare di raggiungere, ancora volta, una transazione.

L'accordo bonario contemplato, molto confusamente, dall'art. 240 del codice contratti non costituisce una novità, bensì si tratta di un procedimento già noto agli operatori, in quanto già previsto dall'art. 31-bis della legge n. 109/1994 e più volte rimaneggiato in seguito; non è applicabile espressamente ai contratti delle infrastrutture strategiche.

Il procedimento, che ha varie forme di sviluppo in sottoprocedimenti o diversi filoni di svolgimento, essenzialmente si pone in attuazione in corso d'opera, anche se potrà svolgersi dopo l'ultimazione dei lavori; anche nella versione originale del codice ha subito in seguito varie modifiche nel tempo<sup>113</sup>

Il committente non può rinviare l'esame delle riserve a fine lavori, ma è tenuto a tentare di comporre preventivamente la controversia che potrebbe nascere dalle richieste dell'appaltatore. Non si tratta di un obbligo di definire in corso d'opera le riserve, ma solamente della necessità per il committente di esaminare le richieste dell'appaltatore e decidere su di esse, eventualmente anche respingendole, e cioè non offrendo alcunché all'appaltatore.

Peraltro non sussiste neppure l'obbligo di dare corso al procedimento, pur in presenza delle condizioni che lo legittimerebbero; rimane sempre la sede finale di soluzione delle riserve che è quella dell'approvazione del collaudo.

L'avvio del procedimento, se ne ricorrono le condizioni di ammissibilità, è compito del R.U.P. (comma 4), su comunicazione del D.L. (comma 3) e non necessita di una domanda formale dell'impresa; tuttavia, sovente, l'appaltatore, nell'inerzia del committente, ne sollecita l'avvio con un'apposita richiesta, che è utile, se opportunamente formulata, anche ai fini sia della formale messa in mora del debitore, per la decorrenza degli interessi sulla somma richiesta, ex art. 1219 cod. civ., sia dell'eventuale

---

<sup>112</sup> Previsto anche dall'art.81 direttiva 2004/18.

<sup>113</sup> Art. 3 legge 24 dicembre 2007 n. 244; art. 4 DLgs 20 marzo 2010 n. 53; D.L. 13 maggio 2011 n. 70.

intrapresa di una azione giurisdizionale.

### 23.2 - Le condizioni di ammissibilità del procedimento

Vi è una duplice condizione perchè il procedimento possa iniziare il suo corso: che le richieste economiche contenute nelle riserve possano comportare, se accolte, un incremento sostanziale del valore dell'opera e comunque superiore al 10% di quello contrattuale<sup>114</sup> (comma 1) e che le stesse, ai fini del raggiungimento del predetto limite, non appaiano, al R.U.P., di manifesta infondatezza (comma 4).

Esso è attuabile solo due volte nel corso dei lavori, ed a condizione che sussistano ulteriori riserve rispetto a quelle esaminate la prima volta<sup>115</sup>; la disposizione sembra maggiormente rivolta a non onerare di attività e spese l'amministrazione, piuttosto che a deflazionare il contenzioso (comma 2).

Dopo che le riserve sono state iscritte e il direttore dei lavori ha (o non ha) controdedotto sul registro di contabilità<sup>116</sup>, questi dovrà darne comunicazione immediata al responsabile del procedimento, insieme con la propria relazione; questa relazione certamente potrà avere contenuti diversi dalle controdeduzioni sul registro di contabilità e suggerire possibili soluzioni al problema posto dall'appaltatore, comprese valutazioni sulla fondatezza e congruità delle pretese.

Se l'importo delle riserve supera la soglia predetta, abbiamo un esame preliminare delle medesime, al solo scopo di valutare se la pretesa superi il limite del 10% del valore del contratto e non sia manifestamente infondata. La disposizione, che era già contemplata dell'art. 149, comma 2 del vecchio regolamento, è ripetuta nell'art. 240, comma 4 del codice.

Questo può ritenersi un esame formale di ammissibilità che è del tutto preliminare e deve intervenire senza entrare in un approfondimento e valutazione delle richieste, bensì esprimerà solamente un giudizio astratto sulla congruità logica delle pretese, limitato alla non manifesta infondatezza delle pretese e della loro quantificazione, che non appaia quindi artificiosamente gonfiata, ovvero si propongano circostanze di fatto chiaramente inesistenti od implausibili.

La verifica dell'ammissibilità delle riserve deve intervenire entro dieci giorni dalla comunicazione del direttore dei lavori, perchè, come vedremo, è entro tale termine che il responsabile del procedimento dovrà invitare l'appaltatore

---

<sup>114</sup> Anche se, incomprensibilmente, l'importo economico controverso deve superare quello del 10% dell'importo "originariamente stipulato", mentre per gli appalti dei settori ordinari l'importo del 10% è quello "contrattuale" e cioè quello originario, maggiorato di eventuali varianti.

<sup>115</sup> Si ricorda che dovrà trattarsi di riserve relative a circostanze nuove, in quanto non sono ammessi incrementi di valore o integrazioni di una riserva nel corso dei lavori dall'art. 191.4 R.

<sup>116</sup> Art. 190.4 R; Parere Cons. Stato n. 123/1999 in Edilizia e Territorio n. 31/1999.

a nominare il proprio commissario, avendo già nominato il proprio (comma 7).

Non si tratta di un esame nel merito delle riserve, perchè questo sconvolgerebbe il procedimento, ma solamente di una verifica formale della sussistenza dei presupposti per potersi dare luogo al procedimento e cioè della sua non manifesta infondatezza.

Nella prassi a volte succede invece che questo esame, non necessariamente approfondito, del responsabile del procedimento comporti, per uno zelo non richiesto, se non per abuso, non solo la negazione dell'avvio del procedimento ma anche la immediata reiezione delle riserve, con ciò consentendosi all'appaltatore l'avvio immediato del contenzioso.

### **23.3 - L'istruttoria**

Esaurita la fase di verifica di ammissibilità delle riserve, si procede all'istruttoria sulle richieste dell'appaltatore, che viene effettuata in due modi, a seconda dell'ammontare delle richieste, in due diversi sottoprocedimenti.

Per gli appalti o le concessioni di importo pari o superiore a dieci milioni di euro si procede mediante apposita commissione che, all'esaurimento del suo compito, avvanzerà la proposta di accordo bonario ad entrambe le parti (comma 5).

Per gli appalti o le concessioni di importo inferiore a dieci milioni di euro è lasciata al R.U.P. una facoltà di scelta alternativa: procedere comunque con la commissione (comma 14), oppure istruire in proprio il contenzioso (comma 15).

In sostanza, dopo l'avvio, il procedimento può avere due strade (commissione o R.U.P.) che comunque si concludono entrambe con una proposta di accordo bonario (della commissione o del R.U.P.), una volta esaurita l'istruttoria.

In ogni caso, l'appaltatore avveduto fornirà quanto prima (alla commissione, se istituita, ovvero al responsabile del procedimento), anche se non richiesto, illustrazioni, dati e documenti relativi alle proprie richieste. Questa possibilità si deduce, per doverosa simmetria, dalla facoltà che ha l'amministrazione di chiedere, anche dopo la formulazione della proposta di accordo bonario, ulteriori pareri occorrenti o ritenuti necessari per la decisione vincolante sulla proposta (comma 12) e con quella delle parti di fornire pareri alla commissione (comma 11).

L'istruttoria si conclude con una proposta motivata di accordo bonario della commissione (comma 5), o da parte del R.U.P. (comma 15).

## 23.4 - Il procedimento e la proposta della commissione

Esaminiamo per primo il procedimento attuato mediante la commissione. La commissione acquisisce la relazione riservata del direttore dei lavori<sup>117</sup> e la relazione riservata dell'organo di collaudo in corso d'opera e formula al responsabile del procedimento una proposta motivata di accordo bonario entro novanta giorni dalla apposizione dell'ultima riserva<sup>118</sup> (comma 5).

Questo termine, come gli altri, appare incongruo, una volta che si veda come viene costituita la commissione e come opera, ma, come tutti i termini del procedimento non è perentorio, nel senso che le parti possono tollerarne il protrarsi, senza dirette conseguenze giuridiche sanzionatorie.

L'eccezione è costituita dal comma 15-bis, secondo il quale il R.U.P. risponde in via disciplinare e per danno erariale qualora non avvii la commissione nei trenta giorni (comma 5) dal ricevimento della comunicazione del D.L. sulla presenza di riserve sulle quali si deve procedere (comma 3), ovvero non si pronunci in termini quando procede senza commissione (comma 13); risponde la commissione perdendo diritto ai compensi, qualora non si pronunci sulle riserve con la proposta nei novanta giorni dalla sua costituzione (comma 5).

Riassumendo anche quanto già esposto sopra, il procedimento si articola, nell'andamento e nei tempi, come segue:

**a)** l'inizio consiste nella immediata comunicazione da parte del D.L. al R.U.P. della iscrizione di riserve per un valore superiore al 10% dell'importo contrattuale (comma 3), cui segue nel più breve tempo l'invio della relazione riservata;

**b)** il R.U.P. valuta l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve (comma 4), entro dieci giorni dalla ricezione (vedi punto d);

**c)** il R.U.P., superata positivamente la valutazione dell'ammissibilità, promuove nei trenta giorni, decorrenti sempre dalla comunicazione del punto a), la costituzione della commissione (comma 6), nominando il proprio commissario ed invitando l'appaltatore alla nomina del proprio (comma 7);

**d)** entro venti giorni dal ricevimento della nomina del commissario da parte del R.U.P. con il relativo invito (punto c), l'appaltatore nomina il proprio commissario; se non lo fa, il R.U.P. può procedere senza commissione come da paragrafo seguente (comma 13);

**e)** entro i dieci giorni successivi alla loro nomina, i due commissari, così nominati, nominano di comune accordo il terzo e tutti accettano l'incarico (comma 8); se i due commissari non si mettono d'accordo per la nomina del terzo, vi provvede il Presidente del Tribunale del luogo dove è

---

<sup>117</sup> Che era quella già trasmessa al responsabile del procedimento immediatamente al superamento della soglia del 10 % del valore delle riserve (comma 3).

<sup>118</sup> Quella, cioè che ha fatto scattare il superamento della soglia del 10%.

stato stipulato il contratto (comma 9), il che comporta l'introduzione di un termine mobile non controllabile dalle parti<sup>119</sup>;

f) la commissione, una volta costituitasi, ha novanta giorni per emettere il suo parere motivato di accordo bonario (comma 6).

Il D.L. n. 70/2011, modificando il comma 6, ha semplificato e risolto precedenti incongruenze sul termine assegnato alla commissione per emettere la sua proposta, stabilendo che esso decorra dalla sua costituzione, che potrebbe essere laboriosa, mentre in precedenza in tale termine erano incongruamente inclusi i tempi di costituzione della medesima.

Passiamo ora agli aspetti sostanziali del procedimento davanti alla commissione.

A comporre la commissione concorrono soggetti in possesso di competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto; quello nominato dal committente attraverso il responsabile del procedimento deve far parte della pubblica amministrazione e può essere lo stesso responsabile se il contratto è di valore inferiore ai dieci milioni di euro (commi 8 e 14); il privato può nominare liberamente chi ritiene.

La commissione è retribuita dal committente in misura stabilita dall'amministrazione, entro il massimo del terzo delle tariffe minime previste per gli arbitri di cui alla camera arbitrale presso l'Autorità di Vigilanza e per non più di 65.000 euro (comma 10).

Nulla percepiscono i commissari se non si pronunciano entro novanta giorni dalla costituzione (comma 15-bis) e quindi è ovvio che nel caso in cui non siano pronti, chiedano alle parti un'eventuale accordo di proroga.

### **23.5 - Il procedimento e la proposta del responsabile del procedimento**

Vediamo ora il procedimento gestito da parte del solo R.U.P.

Si è già detto che, se l'importo del contratto è inferiore a 10 milioni di euro (comma 15), oppure se l'appaltatore, benchè invitato, non nomina il proprio commissario (comma 13), la proposta di accordo viene formulata dal responsabile del procedimento, sempre dopo aver acquisito la relazione riservata del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo, se costituito.

La proposta è formulata ai sensi del comma 13, come da rinvio operato dal comma 15, entro sessanta giorni, decorrenti dalla scadenza del termine di venti giorni entro cui l'appaltatore poteva nominare il proprio arbitro e non lo ha nominato.

Anche nel caso in cui l'esame e l'istruttoria sulle riserve sono effettuati in proprio dal responsabile del procedimento, sarebbe utile, ma non è prescritto, un contraddittorio tra le parti al fine di una miglior comprensione

---

<sup>119</sup> Procedimento di volontaria giurisdizione ex art. 810 cod. proc. civ.

delle domande contenute nelle riserve e, sopra tutto, la presentazione di un memoriale illustrativo e documentato da parte dell'appaltatore, con invito al R.U.P. per un esame in contraddittorio.

### **23.6 - Le pronunce sulla proposta di accordo bonario**

Innanzitutto v'è da ribadire che il termine di novanta / sessanta giorni per la formulazione della proposta di accordo bonario non è perentorio, talché la medesima può ritenersi come validamente formulata ai destinatari anche successivamente.

Conferma a questo assunto viene dal comma 16, secondo il quale, scaduto il termine per la pronuncia delle parti sulla proposta, può farsi luogo all'arbitrato<sup>120</sup>; viene quindi data facoltà di procedere giurisdizionalmente e non fissato un termine perentorio per la tutela dei diritti delle parti.

Il contenuto della proposta consiste in una soluzione delle riserve che si sostanzia nella indicazione e riconoscimento di un importo a favore del contraente privato, dato che, come s'è detto, la riserva altro non è che una richiesta di maggiori compensi rispetto al contratto.

Questo significa che l'accordo bonario è limitato come una specie rispetto al genere più vasto della transazione contemplata dall'art. 239, la quale può ben regolare altri e diversi aspetti del contratto, come modificarne l'oggetto o i tempi e modi di esecuzione; infatti il comma 18 parla di transazione per qualificare l'accordo bonario e la decisione vincolante della commissione di cui si dirà (comma 11).

Sia che la proposta di accordo bonario provenga dalla commissione (comma 12 e comma 14), sia che provenga dal responsabile del procedimento (comma 13 contratti sotto i 10 milioni di euro, oppure comma 15, mancata nomina del commissario da parte dell'appaltatore), sulla stessa si devono pronunciare sia l'amministrazione, attraverso i propri organi deliberanti, sia il privato contraente (comma 12).

Quindi, se la proposta non fosse gradita, sia il committente (organo deliberante) che l'appaltatore possono rifiutarla.

Le parti (committente ed appaltatore), ricevuta la proposta di accordo bonario, hanno trenta giorni per comunicare al responsabile del procedimento la loro accettazione o il rifiuto (comma 12).

In caso di accettazione viene redatto a cura del responsabile del procedimento un verbale sottoscritto dalle parti (comma 17). L'amministrazione deve pagare la somma portata nell'accordo entro 60 giorni dalla sottoscrizione e per l'eventuale ritardo deve versare gli interessi al tasso legale (comma 19). Se l'amministrazione non adempie con il

---

<sup>120</sup> Anche se la norma parla impropriamente solo di arbitrato è ovvio che si applica anche per il giudizio ordinario, per il caso in cui vi sia una clausola compromissoria.

pagamento, il privato potrà o chiedere all'autorità giurisdizionale la condanna all'adempimento, ovvero la risoluzione dell'accordo transattivo per inadempimento. In questa seconda ipotesi è da ritenersi che le riserve sopravvivano e che possano richiedersi *ex novo* tutte le somme pretese nell'iscrizione sul registro di contabilità.

In caso di mancata accettazione della proposta di accordo bonario anche da una delle parti, entrambe sono libere di procedere con il contenzioso (deducendosi da comma 16)<sup>121</sup>.

Nulla dice la norma sull'eventuale pronuncia di una o di entrambe le parti successiva ai trenta giorni oppure sul caso che le parti non si pronuncino nei trenta giorni.

Nella prima ipotesi, non si può escludere che una adesione alla proposta, anche se tardiva, possa esser ritenuta ammissibile.

Nel secondo caso, l'appaltatore è sicuramente libero di agire giudizialmente, se lo ritiene opportuno.

Le dichiarazioni e gli atti del procedimento non sono vincolanti tra le parti in caso di mancato accordo (comma 20), ma certamente potranno, in qualche modo, influenzare se non il futuro Giudice quanto meno il Consulente Tecnico chiamato d'ufficio.

### **23.7 - La decisione vincolante della commissione**

Si tratta di un diversa conclusione del procedimento sopra delineato, che anziché terminare con la proposta motivata di accordo bonario formulata dalla commissione e rivolta al responsabile del procedimento, prosegue con una decisione della commissione sulle riserve, con carattere vincolante per le parti (comma 11).

E' quindi una particolare forma di transazione, come tale definita dal comma 18 dell'art. 240 in esame; in sostanza le parti demandano alla commissione di redigere per loro una transazione che definisca la controversia sulle riserve.

Le parti possono liberamente utilizzare la commissione per uno scopo che non è solo quello dell'emissione di una proposta di accordo sulle riserve, ma diventa quello di decidere su di esse.

Possono così instaurare, d'accordo tra loro, una diversa fase finale del procedimento e demandare alla commissione di decidere in modo per loro vincolante sull'esito delle riserve, e cioè di transigere per loro conto. Per far ciò occorre che conferiscano il necessario potere alla commissione, con un atto scritto e accettato da entrambi i rispettivi organi deliberanti dei soggetti

---

<sup>121</sup> Vedi nota n. 9 - Il riferimento alla facoltà di adire l'arbitrato, non può che riferirsi anche alla facoltà di adire il giudice ordinario, in assenza di clausola compromissoria contrattuale.

che conferiscono il potere<sup>122</sup>.

Si può discutere se si sia in presenza di un arbitraggio, è cioè una pratica applicazione dell'art. 1349 del cod. civ., per mezzo del quale possono le parti demandare la determinazione dell'oggetto del loro contratto (nella specie transazione) alla equa determinazione di un terzo, nel caso la commissione, ovvero di un arbitrato irrituale o libero, ora espressamente contemplato dal codice di procedura civile all'art. 808 ter<sup>123</sup>, come modo di dirimere una controversia attraverso un giudizio che si definisce per mezzo di arbitri, mediante una determinazione contrattuale o lodo contrattuale.

La soluzione del problema della riconducibilità di questa decisione vincolante all'una (arbitraggio) o all'altra ipotesi (arbitrato irrituale) può dipendere dal modo concreto in cui le parti conferiscono il potere di decidere sulle riserve alla commissione (comma 11).

Il problema non è di scarsa rilevanza in quanto l'eventuale impugnazione della decisione della commissione, se pure sottostà in entrambi i casi ad un giudizio ordinario davanti al Tribunale competente, ha un diverso regime dei motivi di impugnazione consentiti.

Nel caso di arbitraggio, si applica l'art. 1349 cod. civ. e quindi la decisione (di natura contrattuale) è impugnabile se "*manifestamente iniqua od erronea*"; nel secondo caso (arbitrato irrituale) l'art. 808 ter, comma 2 cod. proc. civ. consente la domanda di annullamento della pronuncia (lodo) per alcune ragioni di carattere formale e se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo.

Considerato che la norma parla di perfezionamento dell'accordo bonario "*per conto delle parti*" (comma 11), e sottolinea la natura transattiva del medesimo (comma 18), si dovrebbe propendere per ritenere la decisione della commissione come una forma di arbitraggio e non come lodo irrituale. Pertanto i motivi di impugnazione avanti il giudice possono concernere: un'omessa determinazione; una determinazione manifestamente iniqua o erronea; una determinazione derivante da mero arbitrio e frutto di mala fede; la presenza di vizi della volontà o di incapacità dei commissari<sup>124</sup>.

### 23.8 - Il procedimento dopo il collaudo

L'attivazione del procedimento interviene comunque a fine lavori, dopo il ricevimento degli atti di collaudo da parte del R.U.P., anche quando in corso d'opera non si siano verificate le condizioni di sua ammissibilità sopra

---

<sup>122</sup> La legge non prevede formalità, ma trattandosi in sostanza di transazione, non possono che valere le disposizioni dell'art. 239.

<sup>123</sup> Introdotto dal Dlgs 2 febbraio 2006 n. 40

<sup>124</sup> Si veda per approfondimento: Dimundo in *Arbitrato - Profili sostanziali* a cura di Alpa, Torino, 1999, UTET, pag. 198 e ss.

esaminate e costituite sostanzialmente dal raggiungimento della soglia del 10% dell'importo contrattuale.

Dopo che i lavori sono ultimati e sono state svolte le attività di collaudo, la commissione viene costituita entro trenta giorni dal ricevimento dal R.U.P. del certificato di collaudo o quello di regolare esecuzione ed esprime il suo parere sulle riserve, sempre a seguito di istruttoria, entro novanta giorni da tale ricevimento (comma 6), sul quale le parti si pronunceranno liberamente, com'era in corso d'opera (comma 12).

Anche per gli appalti di importo sotto i 10 milioni di euro, il R.U.P. ha la facoltà di affidarsi alla commissione, procedendo come se l'appalto fosse sopra tale soglia (comma 14); altrimenti dovrebbe comunque presentare proposta di accordo da solo, ai sensi del comma 15, visto che la costituzione della commissione appare sempre facoltativa ("*può*")<sup>125</sup>.

La disposizione dell'art. 234.2 R, secondo la quale sulle domande dell'appaltatore delibera la stazione appaltante in sede di approvazione del collaudo, entro 60 giorni dal suo ricevimento deve leggersi, per non essere contraddittoria con le norme qui in esame, in modo subordinato alla fonte giuridica prevalente (il codice) e quindi nel senso che la stazione appaltante si esprimerà sul e dopo il parere di accordo bonario della commissione o del R.U.P..

## **24 - Il contenzioso**

### **24.1 - In corso d'opera**

La previsione di passare attraverso la possibile transazione e il tentativo di accordo bonario prima della instaurazione della lite pone il problema se vi siano delle preclusioni all'avvio immediato di una controversia sull'appalto di lavori pubblici, davanti al giudice o agli arbitri.

Bisogna distinguere tra i possibili diversi oggetti della contesa.

In primo luogo, se le parti sono d'accordo di sottoporre al giudice una controversia, il problema della procedibilità del giudizio non esiste, essendo l'avvalersi di tale condizione nella loro disponibilità.

In secondo luogo, posto che l'accordo bonario ha come oggetto le sole materie contenute nelle riserve, se la questione riguarda controversie di natura o di entità economica tali da non poter essere differite (quali: variazioni ritenute non ammissibili; ritardi nei pagamenti, risoluzione del contratto per inadempimento o eccessiva onerosità; fatti illeciti dell'amministrazione di natura extracontrattuale; annullamento per vizi del

---

<sup>125</sup> Anche se il collegamento tra comma 14 e 15 è di incerta interpretazione

contratto, per forza maggiore, per impossibilità sopravvenuta ecc.)<sup>126</sup>, l'appaltatore potrà adire il giudice, eventualmente previo un avviso di messa in mora.

Analogo discorso potrebbe farsi per le materie sottratte all'onere della riserva: quali, ad esempio, interessi per ritardati pagamenti, revisione prezzi, richiesta di proroga del termine o di suo ristabilimento.

Infine, se invece la materia della controversia è quella propria contenuta nella riserva, allora occorre attendere il decorso del procedimento di accordo bonario (art. 240.16 C).

Dopo il ricevimento della proposta di accordo bonario (della commissione o del R.U.P.) ciascuna delle parti può immediatamente rifiutarla espressamente e, chi vi abbia interesse (di solito l'appaltatore), può avviare subito dopo l'azione giudiziaria, senza attendere i trenta giorni concessi dall'art. 240.12 C.

Rimangono altre ipotesi: che il procedimento non si avvii per inerzia del committente, ovvero che, una volta avviato, non giunga a conclusione; sarebbe ingiusto che in questo caso l'amministrazione, sottraendosi ad un proprio compito, imponga al privato di attendere la fine dei lavori e collaudo, per promuovere il giudizio.

Costatato che non si tratterebbe di un interesse legittimo dell'appaltatore, quello di ottenere l'avvio e la conclusione del procedimento, bensì un diritto soggettivo<sup>127</sup>, allora si potrebbe ipotizzare la notifica di un atto di messa in mora al committente, scaduto il termine del quale avviare il giudizio (ordinario od arbitrale).

Alcuni commentatori ritengono, diversamente, che si debba in tali casi attendere il certificato di collaudo con il conseguente inevitabile avvio del procedimento di accordo bonario (art. 240 commi 14 e 15 C).

## **24.2 - Dopo il collaudo**

Come detto, sempre l'art. 240, commi 14 e 15 C prevede che, a seguito della trasmissione al R.U.P. del certificato di collaudo, si instauri sempre e comunque il procedimento rivolto alla formulazione della proposta di accordo bonario.

Ma se il committente rimane inerte, ovvero il procedimento, una volta iniziato, non si conclude cosa succede ?

Si potrebbe allora ricorrere all'art. 239.2 R, secondo il quale la stazione appaltante delibera entro sessanta giorni dal ricevimento degli atti di collaudo sull'ammissibilità del certificato e sulle domande dell'esecutore: se

---

<sup>126</sup> Si può vedere la giurisprudenza formatasi sulle disposizioni del vecchio capitolato del 1962 (art. 44): Cass. 27 novembre 1996 n. 10525; Cass. 4 gennaio 1993 n. 2.

<sup>127</sup> TAR Calabria, 12 settembre 2008 n. 1211.

vi sono anche riserve sul collaudo, allora questo termine decorre dalla proposta di accordo bonario sul procedimento che si istaura di conseguenza (art. 240 C).

Ne segue che, se tale termine di sessanta giorni scade inutilmente, l'appaltatore può notificare atto di messa in mora invitando il committente ad instaurare il procedimento di accordo bonario e, scaduto il termine intimato, procedere giudizialmente.

### **24.3 - Il contenzioso**

Vediamo il contenzioso nelle sue linee strutturali, basato sul diritto costituzionale di ogni cittadino di poter agire in giudizio per tutelare i suoi diritti o interessi legittimi (art. 24 cost.).

La funzione giurisdizionale è un potere dello Stato, esercitato attraverso la magistratura ordinaria a norma dell'art. 102 della Costituzione ed è volta all'imparziale attuazione della legge.

La funzione giurisdizionale ha il suo svolgimento nell'applicare le sanzioni, quando è trasgredita una norma e quindi si tratta di processo penale davanti ai Tribunali penali ordinari e nei vari gradi successivi (Corte d'Appello, Corte di Cassazione).

Oppure serve a tutelare i diritti del privato contro un altro privato o una pubblica amministrazione e così si parla di giurisdizione ordinaria nei vari gradi a partire dal Tribunale ordinario civile, Corte d'Appello, Corte di Cassazione.

Infine vi è la tutela degli interessi legittimi ed, in casi eccezionali, anche i diritti soggettivi del privato contro la pubblica amministrazione ed allora si è di fronte alla giurisdizione amministrativa nei due gradi del T.A.R. e del Consiglio di Stato.

Per la parte che qui interessa l'esercizio della giurisdizione è prevista dal diritto civile, in quanto l'ordinamento giuridico non consente, se non in casi del tutto eccezionali, che il privato possa far valere in proprio il suo diritto; occorrerà pertanto chiedere all'autorità giudiziaria di provvedere, su domanda della parte, affinché i diritti fatti valere trovino soddisfazione (art. 2907 cod. civ.).

L'autorità giudiziaria ha, infatti, il potere di costituire, modificare o estinguere i rapporti giuridici con effetto tra le parti (art. 2908 cod. civ.).

Una particolare forma di potere giurisdizionale è dato anche al privato, nel procedimento dell'arbitrato, laddove non sono i magistrati investiti del pubblico potere statale, bensì altri privati, scelti -in genere- dalle parti litiganti stesse, a decidere della controversia, con gli stessi effetti di una sentenza del giudice ordinario (art. 824-bis cod. proc. civ.).

La proposizione della domanda e cioè la instaurazione della controversia

nell'appalto di lavori pubblici, consiste nella notifica al committente a mezzo di ufficiale giudiziario dell'atto di citazione avanti il Tribunale competente, ovvero della domanda di arbitrato.

L'entità delle domande non può superare il valore delle riserve iscritte, ex art. 240 bis codice contratti.

Al momento di proposizione della domanda, committente ed appaltatore non sono liberi di scegliere tra arbitrato o giudice ordinario, ma è il contratto che deve espressamente contemplare la possibilità di ricorrere in arbitrato (compromesso<sup>128</sup>, art. 807 cod. proc. civ. ovvero clausola compromissoria, art. 808 cod. proc. civ.), altrimenti la controversia è necessariamente demandata al giudice ordinario.

Infatti il potere giurisdizionale appartiene unicamente allo Stato, che ne consente la devoluzione, entro determinati limiti, a soggetti privati (arbitri).

Pertanto il codice di procedura civile prevede che per potersi far luogo all'arbitrato è necessaria l'esistenza di un accordo scritto tra le parti, a pena di nullità (artt. 806 e ss.); in mancanza del quale sarà il giudice ordinario a decidere della controversia.

Nel diritto comune, tra privati, si prevede nel contratto, o in atto separato ma collegato, che le controversie nascenti dal medesimo siano risolte in arbitrato; si avrà così la clausola compromissoria (art. 808 cod. proc. civ.); se l'accordo per l'arbitrato è invece in un apposito atto, anche a prescindere dal contratto o successivo, si parla di compromesso (art. 807 cod. proc. civ.).

Il codice contratti stabilisce che la stazione appaltante ha libera facoltà di indicare nel bando o nell'invito alla trattativa privata se il contratto conterrà o meno una clausola compromissoria; tuttavia è lasciata al privato appaltatore altrettanta libera facoltà di ricusare detta clausola entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione definitiva (art. 241, comma 1bis C).

Non esiste la facoltà per le parti, mediante apposito accordo, di introdurre successivamente la possibilità di far ricorso all'arbitrato in quanto è stato espressamente introdotto il divieto di stipulare compromessi (art. 241, comma 1bis).

Gli arbitrati previsti dal codice sono di due tipi, entrambi di natura rituale: quello secondo il codice di procedura civile, ma con alcune e diverse specifiche disposizioni da rispettare (art. 241 C), e quello amministrato dalla Camera Arbitrale presso l'Autorità di Vigilanza (artt. 242 - 243 C)

Volendo confrontare le due forme di giudizio (ordinario ed arbitrale) si può dire che quello arbitrale rituale ha il vantaggio, rispetto a quello ordinario, di essere affrontato davanti a soggetti competenti nella specifica materia (art. 241, commi 4 e 5) e di concludersi in tempi generalmente più brevi rispetto al giudizio ordinario; per contro ha dei costi in più che sono quelli degli

---

<sup>128</sup> Il compromesso al di fuori del contratto è vietato dall'art. 241.1-bis C

onorari degli arbitri e del contributo alla Autorità di Vigilanza (art. 241.9 C), mentre avanti il Tribunale Ordinario è dovuto il solo contributo unificato per spese giudiziarie, graduale in ragione dell'importo della domanda.

Sia il giudizio ordinario che quello arbitrale, una volta iniziati, possono essere abbandonati da colui il quale li ha promossi (l'attore), sempre che la controparte non abbia interesse a proseguirlo, avendo proposto domande riconvenzionali (ad esempio per penali da ritardo)<sup>129</sup>.

Nel caso di rinuncia, sono dovute le spese sostenute dall'altra parte, salvo diverso accordo.

Vi è poi il giudizio amministrativo, regolato attualmente da apposito codice (D.lgs 2 luglio 2010 n. 104), che è demandato ai Tribunali Amministrativi Regionali (TAR) i quali hanno giurisdizione sulle controversie relative alle gare e sull'annullamento dei contratti stipulati in base ad aggiudicazioni giudicate illegittime (artt. 244 e ss. C).

## **25 - Giudice ordinario**

### **25.1 - I procedimenti cautelari**

Il giudizio di merito vero e proprio (sia ordinario che arbitrale), quello cioè che conduce alla decisione finale sulla lite (sentenza o lodo arbitrale), può essere preceduto da una fase cautelare.

Per gli appaltati, i procedimenti utili sono essenzialmente quelli di istruzione preventiva, nei quali l'appaltatore e futuro attore chiede di accertare la situazione di fatto dei luoghi e dell'opera, durante l'esecuzione dei lavori o anche alla fine, allo scopo di avere una prova valida delle opere e lavori eseguiti, sia quantitativamente che qualitativamente.

Si tratta dell'accertamento tecnico preventivo (A.T.P., art. 696 cod. proc. civ.) e della consulenza tecnica preventiva (C.T.P., 696 bis cod. proc. civ.).

Lo scopo è quello di pervenire, al di fuori del giudizio di merito e prima della sua instaurazione, all'ottenimento di una prova che, sostanzialmente, è costituita da una relazione del consulente tecnico d'ufficio, nominato dal giudice, che rappresenta lo stato dei luoghi, la qualità o condizione delle cose.

Il procedimento di A.T.P. è ammesso in caso d'urgenza ed inizia con il deposito di un ricorso al Tribunale al quale si presenta la richiesta; il giudice provvede ed il suo provvedimento viene notificato, con il ricorso, al

---

<sup>129</sup> Art. 306 cod. proc. civ.

Committente.

All'udienza il giudice sottopone il quesito al consulente tecnico che ha nominato d'ufficio (C.T.U.); nel quesito può essere chiesto di esprimere valutazioni sulle cause e sugli eventuali danni dell'oggetto della perizia.

Il C.T.U., assistito dai consulenti tecnici nominati dalle parti (C.T.P.) redige la propria relazione e la deposita. Può capitare che il giudice disponga un procedimento simile a quello del giudizio di merito (art. 195 cod. proc. civ.) e consistente nella consegna di una prima bozza di relazione, cui seguono le osservazioni dei C.T.P. ed alla fine una relazione definitiva.

Il procedimento finisce qui; se l'appaltatore intende proseguire inizierà la causa ordinaria o l'arbitrato, oppure ancora terrà per sé la relazione peritale e la utilizzerà eventualmente per cercare una transazione o nel procedimento di accordo bonario.

Nella C.T.P., procedimento simile all'A.T.P. e maggiormente utile negli appalti, non è richiesta l'urgenza ed il C.T.U. può accertare l'esistenza di crediti e l'esattezza degli adempimenti delle parti, con le relative quantificazioni, cercando la conciliazione tra le stesse.

Nella successiva causa di merito, la relazione tecnica del C.T.U. può non solo non essere ammessa agli atti, ma anche essere del tutto rinnovata, anche con diverso quesito al perito (art. 698 cod. proc. civ.).

## **25.2 - La causa ordinaria**

La domanda per dare inizio alla causa ordinaria viene proposta attraverso l'atto di citazione<sup>130</sup> che è proposto davanti al Tribunale ordinario, competente secondo le norme del codice di procedura civile; in contratto può essere prevista la competenza di un foro determinato scelto dalle parti (c.d. foro esclusivo).

Il D.L. n. 1/2012 (art. 3) ha introdotto nella competenza della sezione specializzata del Tribunale delle Imprese le controversie sugli appalti pubblici, di rilevanza comunitaria, nei quali sia parte una società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata o cooperativa, ovvero R.T.I. o consorzi partecipati dalle medesime.

L'innovazione è positiva ma parziale; potrebbe consentire, accentrando ai grossi tribunali le controversie attualmente sparse in decine di sedi, la formazione di giudici specializzati nella materia a garanzia della ponderatezza delle decisioni. Tuttavia non si comprende perchè le imprese individuali o in altre forme societarie non contemplate (s.n.c.) e i contratti sotto soglia non possano beneficiare di queste sezioni specializzate.

Il giudizio ordinario, come di comune esperienza, ha alcuni inconvenienti ed alcuni pregi: generalmente è di durata più lunga di quello arbitrale e spesso

---

<sup>130</sup> art. 163 cod. proc. civ.

può accadere, specie nei piccoli Tribunali, che i magistrati non siano granchè competenti della speciale materia, talchè tendono, per evitare di entrare nel merito del giudizio vero e proprio, a sopravvalutare le questioni preliminari e pregiudiziali, quali quelle sulla ammissibilità o tardività delle riserve.

Nella maggior parte dei casi lo svolgimento della causa è incentrata, se in materia di riserve, su di una consulenza tecnica disposta d'ufficio, dall'esito della quale difficilmente i Tribunali si discostano. Il procedimento, dopo le recenti riforme<sup>131</sup>, appare più spedito che in passato, ma nella realtà la tempistica reale dipende principalmente dal carico di ruolo del singolo magistrato designato e dalla sua speditezza nel condurre le controversie.

Tuttavia, rispetto all'arbitrato, i costi sono minimi e consistono nel solo contributo unificato per le spese di giustizia<sup>132</sup>, che ha sostituito l'imposta di bollo ed altre tasse e diritti, applicato secondo una apposita tariffa.

Come per l'arbitrato, sono da mettere in conto le spese di difesa e di consulenza tecnica<sup>133</sup>; la sentenza decide sull'attribuzione delle spese all'una o all'altra parte, ovvero per la compensazione.

Al pari del lodo arbitrale, la sentenza del Tribunale è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo esecutivo; questo significa che il creditore ha diritto di agire con l'esecuzione forzata (pignoramento) verso il debitore per ottenere il pagamento di quanto dovutogli, anche se la controparte ha proposto appello.

La sentenza del Tribunale è impugnabile davanti alla Corte d'Appello con la riproposizione delle questioni risolte sfavorevolmente per l'appellante; l'appellato può, in via incidentale, dolersi anch'esso delle questioni risolte in modo a lui sfavorevole, riaprendole.

La decisione della Corte d'Appello è, a sua volta, ricorribile in Corte di Cassazione, nei casi limitati e predeterminati dal codice di procedura civile.

---

<sup>131</sup> D.L. 14 marzo 2005 n. 35 convertito con legge 14 maggio 2005 n. 80; legge 28 dicembre 2005 n. 263

<sup>132</sup> D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche

<sup>133</sup> Tariffa ausiliari D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115

## 26 - Arbitrato rituale

L'arbitrato è previsto all'art. 241 del nuovo codice contratti come possibile modo generalizzato di dirimere le controversie nascenti dal contratto di appalto di lavori pubblici, se in esso è prevista l'apposita clausola compromissoria.

La scelta delle parti, se prevedere per la soluzione delle loro controversie l'arbitrato o il giudizio ordinario, è libera secondo l'art. 241 codice contratti, essendo risultati i tentativi del legislatore di rendere obbligatorio l'arbitrato, e cioè di imporlo alle parti anzichè lasciarlo alla loro incondizionata determinazione, miseramente falliti davanti a plurime pronunce della Corte Costituzionale<sup>134</sup>.

Se quindi vi è nel contratto o per relazione e richiamo (ad esempio al capitolato speciale) la clausola compromissoria, il giudizio arbitrale si svolge secondo le regole del codice di procedura civile, salvo quanto disposto nel codice contratti (art. 241, comma 2). Questo vuol dire che la convenzione arbitrale non può derogare alle norme del codice contratti.

Gli arbitrati in materia di lavori pubblici sono di due tipi: secondo il codice di procedura civile (art. 241, comma 2 C) oppure amministrato dalla Camera Arbitrale presso l'Autorità di Vigilanza (artt. 242 e 243 C).

Nel primo caso le regole da applicare sono dettate dall'art. 241 C e dagli artt. 809 e seguenti del codice di procedura civile, recentemente ampiamente modificate dal D.lgs 2 febbraio 2006 n. 40.

Nel secondo caso, oltre all'art. 241 C, si applica l'art. 243 C.

La differenza genetica tra le due forme è data dalla nomina del Presidente; se manca il raggiungimento di un accordo tra le parti per la nomina, questa viene effettuata dalla Camera Arbitrale e così si avrà l'arbitrato amministrato.

Il codice contratti (art. 214) detta alcune specifiche disposizioni per la formazione del Collegio:

- il collegio arbitrale è di tre membri (comma 3), tutti dotati di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto (comma 4 e comma 5);
- le nomine dei primi due sono effettuate da ciascuna delle parti (comma 4);
- il terzo arbitro e Presidente è scelto dalle parti o dai loro arbitri, solo se a ciò incaricati (comma 5);
- se l'accordo per la nomina del Presidente non è raggiunto, questo sarà nominato dalla Camera Arbitrale su iniziativa della parte più diligente (comma 15) e si transiterà all'arbitrato amministrato.

Per gli arbitri e la loro capacità, ricsuzione o astensione, sostituzione, si

---

<sup>134</sup> 9 maggio 1996 n. 152 e precedenti, nonché 8 giugno 2005, n. 211

applicano le norme del cod. proc. civ. (artt. 812, 815, 811) e quelle del codice contratti che prevede non possano nominarsi arbitri soggetti coinvolti nel lavoro (quale progettista, colui che ha approvato il progetto, direttore lavori, collaudatore, vedi comma 6); per gli arbitri che siano avvocati valgono anche le norme deontologiche, che impongono dichiarazioni di indipendenza dalle parti all'atto della costituzione del Collegio.

Inoltre, e ciò sta rendendo difficoltosa attualmente la costituzione dei Collegi Arbitrali, il Presidente designato dalle parti non può aver esercitato nel triennio precedente la funzione di arbitro di parte o di difensore in controversie della materia; la violazione della disposizione è sancita con la nullità del lodo (art. 241, comma 59).

La modalità con cui è stato nominato il Presidente del collegio arbitrale ha conseguenze sul procedimento che ne segue: se la scelta è fatta su accordo delle parti si prosegue col giudizio secondo il codice di procedura civile e l'art. 241; altrimenti, se la nomina è effettuata dalla Camera Arbitrale ha luogo un arbitrato amministrato, secondo l'art. 243 del codice contratti (vedasi paragrafo successivo).

Nella prima ipotesi, una volta costituito il Collegio mediante l'accettazione degli arbitri, avrà corso il giudizio secondo il codice di procedura civile e si svolgerà l'opportuna istruttoria (comma 8), concludendosi con la pronuncia del lodo, che si avrà per effettuata con il suo deposito presso la Camera Arbitrale (comma 9), accompagnato dal versamento di una somma pari all'uno per mille del valore della controversia a cura degli arbitri ed a carico delle parti (comma 11)<sup>135</sup>.

L'art. 241 non detta disposizioni sulla sede del Collegio Arbitrale, che è rilevante sia per il deposito del lodo ai fini dell'esecutività, che per l'impugnazione: si applica così l'art. 816 c.p.c.. La sede è indicata dalle parti nella clausola, altrimenti provvedono gli arbitri, ovvero, in mancanza, la sede è quella di stipulazione della convenzione arbitrale.

Il termine per la pronuncia del lodo è di 240 giorni dall'accettazione della nomina (art. 820, comma 2 c.p.c.); tale termine può essere inizialmente o, in seguito, concordemente diversamente fissato dalle parti, ovvero prorogato ricorrendo le condizioni dell'art. 820 c.p.c..

Il lodo arbitrale ha efficacia di sentenza e quindi l'esito del giudizio arbitrale è equiparato a quello del giudizio ordinario ai fini della immediata esecutività, anche in pendenza di impugnazione (art. 824 bis c.p.c.).

Tuttavia, mentre la sentenza del Tribunale è esecutiva con il suo deposito in cancelleria e l'apposizione della relativa formula (art. 475 c.p.c.), il lodo acquista tale proprietà e diventa esecutivo solo dopo il suo deposito presso il Tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato (art. 825 c.p.c.) e dopo

---

<sup>135</sup> Con non chiara espressione, il deposito renderebbe "efficace" il lodo.

che è stato dichiarato esecutivo mediante apposito decreto del giudice, comunicato alle parti. Non è chiaro se per questo deposito andrà utilizzato uno degli originali del lodo risultante già precedentemente depositato alla Camera Arbitrale, qualora gli arbitri non ne abbiano forniti altri direttamente alle parti.

Poichè, in sostanza, con l'arbitrato le parti si rivolgono volontariamente ad un giudice privato, al posto di fruire del potere giurisdizionale che lo Stato mette a disposizione di tutti i suoi cittadini che intendono ottenere la tutela dei loro diritti (art. 2907 cod. civ.), esse dovranno remunerare gli arbitri.

L'entità degli onorari degli arbitri è fissata dall'art. 241, comma 12 con riferimento alla tariffa allegata al D.M. LL.PP. - Giustizia 2 dicembre 2000 n. 398, con un tetto di centomila euro<sup>136</sup>

A differenza dell'arbitrato rituale del cod. proc. civ., ove nel disaccordo tra le parti è il tribunale a stabilire l'entità degli onorari con apposito provvedimento che diviene titolo esecutivo (art. 814, comma 2), l'ordinanza degli arbitri di liquidazione dell'art. 241, comma 12 è titolo esecutivo.

Le parti sono tenute in solido al pagamento del compenso agli arbitri e delle spese del giudizio, salvo rivalsa tra loro in funzione delle decisioni sulla soccombenza alle spese contenuta nel lodo (comma 14).

Riguardo alla impugnabilità del lodo arbitrale troviamo un'altra diversità rispetto al giudizio ordinario.

Lo spazio di impugnabilità del lodo arbitrale rispetto a quello della sentenza è più ristretto per il lodo.

Mentre per il giudizio ordinario (sentenza) vale il principio che la parte può devolvere tutte le questioni (anche di valutazione del merito) ove sia rimasta soccombente in primo grado avanti la Corte d'Appello, con la sola limitazione della improponibilità di domande nuove, l'impugnazione del lodo è limitata essenzialmente ad una dozzina di specifici casi di nullità ed alla violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, ma solo se le parti l'hanno espressamente disposta (art. 830 c.p.c.).

La sentenza della Corte d'Appello è, a sua volta, normalmente ricorribile avanti la Corte di Cassazione.

Da ultimo occorre evidenziare, come per il giudizio ordinario, che non è detto che se un procedimento arbitrale è iniziato, questo debba necessariamente arrivare a concludersi. Con le nuove disposizioni introdotte nella riforma dell'arbitrato citata, vi sono ipotesi in cui gli arbitri non portano a conclusione la procedura con la pronuncia del lodo: nel caso in cui le parti non anticipino le spese nel termine fissato dagli arbitri (art. 816 *septies* c.p.c.) e nel caso di sopravvenuta sospensione del giudizio per morte, estinzione o perdita di capacità delle parti e il giudizio non sia riassunto

---

<sup>136</sup> Tale disposizione fornisce una completa individuazione dei costi dell'arbitrato per scaglioni di importo in relazione al valore della controversia.

come disposto dagli arbitri (art. 816 *sexies* c.p.c.).

In queste situazioni non dovrebbe restare per le parti che la possibilità di riprendere l'azione dall'inizio e rivolgersi al giudice ordinario, dovendo ritenersi svincolate dalla convenzione arbitrale (art. 816 *septies*, comma 2 c.p.c.).

## **27 - Arbitrato presso la camera arbitrale**

Come si è visto al paragrafo precedente, se il Presidente del Collegio non è nominato per mancanza di accordo tra le parti o tra gli arbitri già nominati, se a ciò incaricati, ma è nominato dalla Camera Arbitrale, eventualmente anche in forza di apposita pattuizione in tal senso nella convenzione arbitrale, al procedimento che segue alla costituzione del collegio arbitrale si applicherà l'art. 243 del codice contratti.

Questo prevede che si applichino le disposizioni dell'art. 241 C, viste per l'arbitrato rituale, in aggiunta ad altre proprie.

Il Presidente viene estratto a sorte, secondo le delibere della Camera Arbitrale n. 233 e n. 251 del 2006, tra i nominativi dell'apposito elenco (art. 242, comma 6 C); anche per la nomina del consulente tecnico d'ufficio si ricorre agli elenchi appositi (art. 242 comma 7 C).

Una particolarità di questo arbitrato, come accade per quasi tutti gli arbitrati amministrati da un ente<sup>137</sup>, è che il collegio non si costituisce fino a quando non sarà versato l'apposito fondo a deposito, determinato dalla Camera Arbitrale (art. 243, comma 6).

La tariffa del compenso agli arbitri è la stessa di quella applicata agli arbitrati non amministrati (art. 243, comma 5) ed i pagamenti sono effettuati non agli arbitri ma alla Camera (art.243, comma 10).

Le diversità rispetto al procedimento delineato al paragrafo precedente non sono di carattere procedurale, ma riguardano le nomine dei consulenti, del segretario e le modalità di versamento delle spese.

---

<sup>137</sup> Ad esempio si vedano i Regolamenti degli Arbitrati delle Camere Arbitrali istituite presso le Camere di Commercio

## 28 - Il giudice amministrativo

Il giudice amministrativo (T.A.R.) ha giurisdizione sugli interessi legittimi (art. 103 cost.), che per quanto riguarda l'appalto, attengono propriamente alla fase di gara e di affidamento dei lavori pubblici, non all'esecuzione dei lavori, che resta demandata al giudice ordinario o arbitrale.<sup>138</sup>

Così l'art. 244 del codice appalti prevede che sia il codice del processo amministrativo ad individuare le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il successivo art. 245 precisa che le forme di tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo sono quelle previste dall'apposito codice del processo amministrativo<sup>139</sup>.

Quest'ultimo prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo all'art. 133 che per quanto qui interessa contempla al comma 1 lett.e) punto 1) le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, ivi inclusi gli aspetti risarcitori e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative.

Da evidenziare che il D.L. n. 70/2011 ha introdotto una responsabilità per lite temeraria in dette controversie (art. 246-bis), che consiste in una sanzione pecuniaria a carico del soccombente ove la decisione che gli dà torto sia fondata *“su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati”*.

Si tratta quindi della materia delle gare, che si estende fino alla stipulazione dei contratti<sup>140</sup>, mentre per quello che accade dopo, e cioè per l'esecuzione dei lavori, ha giurisdizione il giudice ordinario (o gli arbitri), in quanto si verte su diritti soggettivi.

Rimarrebbe tuttavia una eccezione, laddove il prezzo chiuso o la compensazione siano considerati interessi legittimi e non diritti dell'appaltatore.

La controversia relativa alla materia della compensazione per le variazioni dei prezzi dei materiali, regolata dall'art. 133, commi 4, 5, 6 e 7 del codice contratti, era esplicitamente soggetta anch'essa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 244, comma 3, prima della sua modifica in una disposizione di tutt'altro contenuto<sup>141</sup>.

Pertanto, nel dubbio sulla giurisdizione, è preferibile per la tutela della

---

<sup>138</sup> Questo vale anche per i provvedimenti di risoluzione "in danno" art. 136, comma 3 codice contratti

<sup>139</sup> D.Lgs 2 luglio 2010 n. 104, con le modifiche del correttivo 2011.

<sup>140</sup> Viene così risolta la annosa e complessa questione su quale giudice abbia giurisdizione in caso di annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato.

<sup>141</sup> Operata dal D.Lgs n. 104/2010

posizione giuridica in questi casi, a fronte di provvedimenti pregiudizievoli, adire in termini il giudice amministrativo, allo scopo di evitare la decadenza e così il consolidamento del provvedimento.

La giurisprudenza sembra trattare, almeno, il prezzo chiuso alla stregua della ormai non più esistente revisione prezzi e quindi sottoponendone la materia al giudice amministrativo<sup>142</sup>.

Il giudice amministrativo può essere sostituito dagli Arbitri quando si tratti di controversie devolute al giudice amministrativo in caso di diritti soggettivi (art. 12 codice processo amministrativo).

## 29 - Riserve e fisco

A partire da indicazioni ricevute dall'allora S.E.C.I.T.<sup>143</sup>, nelle verifiche fiscali svoltesi presso alcune grandi imprese negli anni ottanta, vennero ripresi tra i redditi tassabili (I.R.P.E.F.) le somme che gli appaltatori avevano esposto come richieste nelle riserve iscritte sugli atti contabili, ma non messe a bilancio come ricavi.

La pretesa di tassare redditi virtuali, sperati e sicuramente “gonfiati” rispetto al compenso che le imprese avrebbero in realtà accettato in sede di accordi amichevoli o in controversia con i committenti, ha portato all’insorgere di un contenzioso fiscale sugli accertamenti svolti, che si è sviluppato negli anni e nei diversi gradi, dalle commissioni tributarie alla Corte di Cassazione.

Il problema ha riguardato l’applicazione dell’art. 60 dell’originario d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917<sup>144</sup>, relativamente alle imposte dirette sulle persone giuridiche sui redditi delle opere pluriennali.

La norma fiscale si riferisce, per la base imponibile, a corrispettivi pattuiti e maggiorazioni di prezzo per disposizioni di legge o di contratto, quindi a proventi di natura certa, ma di non immediatamente determinabile entità.

Non si può quindi correttamente pensare di tassare come proventi delle somme, solo perchè vengono richieste ufficialmente al committente firmando la contabilità con riserva: basterebbe la tardività dell’iscrizione o la sua palese infondatezza (ad es. per forzato travisamento dei fatti) per porre nel nulla la pretesa.

A fronte di diverse pronunce negative o positive delle commissioni tributarie, si è finalmente espressa anche la Corte di Cassazione, che, con la

---

<sup>142</sup> Cass. S.U. 12 luglio 2010 n. 16285

<sup>143</sup> Circolare 22 settembre 1982 n. 36

<sup>144</sup> Attualmente art. 93, dopo le modifiche del Dlgs n. 344/2003

decisione della sezione tributaria 2 novembre 2001 n. 13582<sup>145</sup>, ha stabilito che le richieste di maggiori compensi per varianti, che si sostanziano in proposte di modifica del contratto e come tali incerte ed indeterminabili fino al consenso della controparte (ad. es. riserve di richieste di nuovi prezzi), e quelle di carattere risarcitorio (ad es. riserve per maggiori oneri), non possono ricomprendersi nella nozione di prezzo o corrispettivo ma sono mere pretese unilaterali costituenti speranze di ricavi. Quindi, essendo l'art. 60 cit. riferito ai soli prezzi e corrispettivi, le riserve iscritte non sono assoggettabili ad imposta sul reddito.

---

<sup>145</sup> In For. It. 2002, I, 417