

IL CONTENZIOSO NEGLI APPALTI PUBBLICI NEL NUOVO REGOLAMENTO DI ESECUZIONE ED ATTUAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI, D.P.R. 5.10.2010, N. 207

del Dott. Andrea Di Stazio

L'evoluzione del contenzioso negli appalti pubblici alla luce delle modifiche introdotte dal nuovo regolamento del codice dei contratti.

Sulla G.U. n. 288 del 10.12.2010 è stato pubblicato il regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti, d.P.R. 5.10.2010, n. 207.

Il regolamento si compone di 358 articoli e 15 allegati ed entrerà in vigore (fatti salvi gli artt. 73 e 74 che già sono entrati in vigore e che riguardano aspetti sanzionatori nei confronti delle imprese e delle S.O.A.) il giorno 8.6.2011.

Per quanto riguarda gli aspetti inerenti gli appalti di lavori pubblici il nuovo regolamento tende ad essere un testo unico che ricomprende il vecchio regolamento d.P.R. 554/99, il vecchio regolamento di qualificazione delle imprese con attestazione SOA (d.P.R. 34/2000) ed il capitolato generale dei lavori pubblici (d.m. LL.P. 145/2000); vengono inoltre introdotte numerose parti nuove.

In questo articolo tratteremo di un aspetto particolarmente rilevante per gli enti locali e cioè il contenzioso, così come disciplinato nel nuovo regolamento. La tematica nel nuovo regolamento è trattata negli artt. 190 e 191; l'art. 190 è ripreso dall'art. 165 del d.P.R. 554/99, mentre l'art. 191 è tratto dall'art. 31 del vecchio capitolato generale dei lavori pubblici. Si sottolinea che in tali articoli l'appaltatore viene indicato con il termine "esecutore"; di tale termine il regolamento, all'art. 3, omette di dare una precisa definizione; la fattispecie è sicuramente una omissione del d.P.R. in argomento in quanto può dare luogo ad interpretazioni divergenti; chi è il soggetto "esecutore"? Colui che esegue "materialmente" i lavori o il legale rappresentante della ditta appaltatrice?

Il termine "esecutore" viene raramente citato nel codice dei contratti ove più

frequentemente viene impiegato il termine appaltatore; nel codice il termine esecutore non viene quasi mai impiegato da solo; si parla invece di soggetto esecutore del contratto (co. 5 lett. d art. 13), di esecutore del contratto (co. 1 art. 113) ovvero di esecutore dei lavori (co.1 art. 129).

Dal punto di vista ermeneutico sono esemplificativi sia la rubrica che il testo del co. 1 dell'art. 140 del codice; la rubrica recita: "Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore" mentre l'incipit del primo comma è il seguente: "Le stazioni appaltanti prevedono nel bando di gara che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori"; da ciò si evince che per il legislatore i termini *esecutore* o *appaltatore* sono sinonimi.

Personalmente avremmo preferito che fosse conservata la dizione di "appaltatore", termine che affonda nella storia della legislazione dei lavori pubblici italiana e che ha immediato collegamento con il codice civile e la nozione di contratto d'appalto.

Il nuovo regolamento ha una serie di istituti finalizzati a disinnesare il contenzioso; il primo istituto è quello previsto dall'art. 12, con l'istituzione di un accantonamento pari al 3% del programma di interventi finalizzato a coprire gli oneri per le procedure di accordo bonario previste dagli artt. 239 e 240 del codice; tale accantonamento può essere in-

tegrato con i ribassi d'asta e le economie comunque realizzate nella esecuzione del programma stesso.

Nella versione dell'articolo del d.P.R. 554/99 la percentuale del 3% era obbligatoriamente iscritta a bilancio; ora nell'attuale versione si parla di “*accantonamento modulabile annualmente*” all'interno di “*ciascun programma di interventi*” pari ad almeno il tre per cento delle spese previste per l'attuazione dei predetti interventi compresi nel programma.

Riteniamo quindi che la predetta percentuale del 3% debba trovare spazio all'interno del quadro economico del programma di interventi.

Le eccezioni e le riserve sono disciplinate – nello specifico - dagli articoli 190 e 191 del d.P.R. 207/2010; l'art. 190 riprende in toto l'art. 165 del vecchio regolamento, sostituendo la parola “*appaltatore*” con “*esecutore*”; l'art. 191 riporta l'art. 31 del d.m. 145/2000, capitolato generale dei lavori pubblici e disciplina la forma ed il contenuto delle riserve. Si ribadisce che se l’“*esecutore*” (appaltatore n.d.r.), ha firmato con riserva, qualora l'esplicazione e la quantificazione della riserva non siano possibili al momento della formulazione della stessa, egli deve esplicitare, a pena di decadenza, nel termine di quindici giorni, le sue riserve, scrivendo e firmando nel registro le corrispondenti domande di indennità e indicando con precisione le cifre di compenso cui crede aver diritto, e le ragioni di ciascuna domanda.

A sua volta il direttore dei lavori, nei successivi quindici giorni, espone nel registro le sue motivate deduzioni. Se il direttore dei lavori omette di motivare in modo esauriente le proprie deduzioni e non consente alla stazione appaltante la percezione delle ragioni ostative al riconoscimento delle pretese dell'esecutore, incorre in responsabilità per le somme che, per tale negligenza, la stazione appaltante dovesse essere tenuta a sborsare.

Si ribadisce che il termine di quindici giorni per l'esplicazione delle riserve è perentorio; infatti nel caso in cui l'esecutore firmi con riserva ma non espliciti le riserve entro tale termine, i fatti registrati si intendono definitivamente accertati, e

l'esecutore decade dal diritto di far valere in qualunque termine e modo le riserve o le domande che ad essi si riferiscono.

Il nuovo regolamento conferma che 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'esecutore, ritiene gli siano dovute; tale quantificazione è effettuata in via definitiva, senza possibilità di successive integrazioni o incrementi rispetto all'importo iscritto.

Il Direttore dei lavori, al termine dei lavori compila il conto finale; l'esecutore (appaltatore n.d.r.), all'atto della firma, non può iscriverne domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori, e deve confermare le riserve già iscritte sino a quel momento negli atti contabili per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'art. 239 del codice dei contratti o l'accordo bonario di cui all'art. 240 del predetto codice, eventualmente aggiornandone l'importo.

La controversia insorta con l’“*esecutore*” può essere risolta mediante transazione, come previsto dall'art. 239 del codice; la transazione deve essere effettuata in forma scritta a pena di nullità ed eseguita nel rispetto del codice civile (art. 1965 c.c.).

Le amministrazioni aggiudicatrici, se l'importo di ciò che concedono o rinunciano in sede di transazione eccede la somma di 100.000 euro, devono acquisire il parere dell'avvocatura che difende il “*soggetto*” o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso. Il codice dei contratti usa il termine “*soggetto*” intendendosi per tale termine la stazione appaltante; anche in assenza di “*avvocatura*”, presente solo negli enti locali di certe dimensioni, si raccomanda ugualmente l'acquisizione di un parere di un *legale* prima di effettuare la transazione con l'*esecutore* delle opere.

Si evidenzia che competente ad effettuare la proposta di transazione all'appaltatore è il dirigente competente della stazione appaltante, sentito il responsabile del procedi-

mento.

La procedura di accordo bonario, prevista dall'art. 240 del codice, si applica in tutti i casi nei quali a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale.

Il procedimento può essere esperito solo due volte nel corso dell'appalto; le riserve esaminate in un procedimento devono essere diverse ed ulteriori rispetto a quelle già iscritte nei documenti contabili.

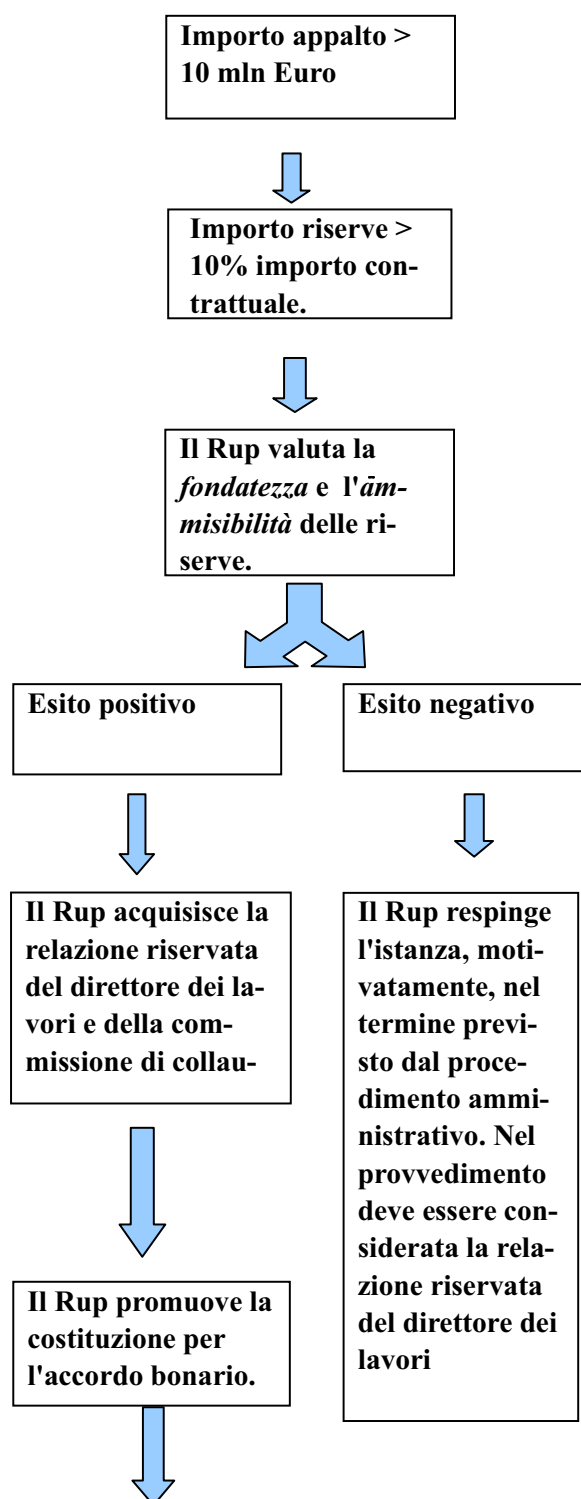
L'avvio del procedimento spetta al direttore dei lavori che ne deve dare immediata comunicazione al responsabile del procedimento, allegando la *propria* relazione riservata; a sua volta il responsabile del procedimento valuta l'*ammissibilità* e la *non manifesta infondatezza* delle riserve.

Cosa s'intende per *ammissibilità* e *non manifesta infondatezza*? Per *ammissibilità* s'intende la riserva apposta conformemente alle modalità stabilite dagli artt. 190 e 191 del d.P.R. 207/2010 e cioè riserva regolarmente iscritta nel registro all'atto della firma ovvero esplicitata nel termine *perentorio* di quindici giorni; per *non manifesta infondatezza* s'intende la riserva che abbia una certa apparenza di fondatezza su quelle che sono le risultanze oggettive dell'andamento dell'appalto, soprattutto per quanto attiene al raggiungimento della soglia del 10% dell'importo contrattuale; si pone in evidenza che l'appaltatore potrebbe essere tentato di formulare riserve pretestuose al solo fine di raggiungere la "*fatidica*" soglia.

Il codice dei contratti prevede l'obbligatorietà della commissione per l'accordo bonario per appalti o concessioni di importo superiore a dieci milioni di euro; per appalti di importo inferiore a tale soglia la costituzione della commissione dell'accordo bonario è facoltativa in corso d'opera e di detta commissione il RUP può farne parte.

Al termine dei lavori, quando il RUP riceve il certificato di collaudo o di regolare esecuzione il RUP deve promuovere la costituzione della commissione per l'accordo bonario, indipendentemente dall'importo

economico delle riserve ancora da definirsi. Nel grafico che segue è riportata nel dettaglio la procedura:



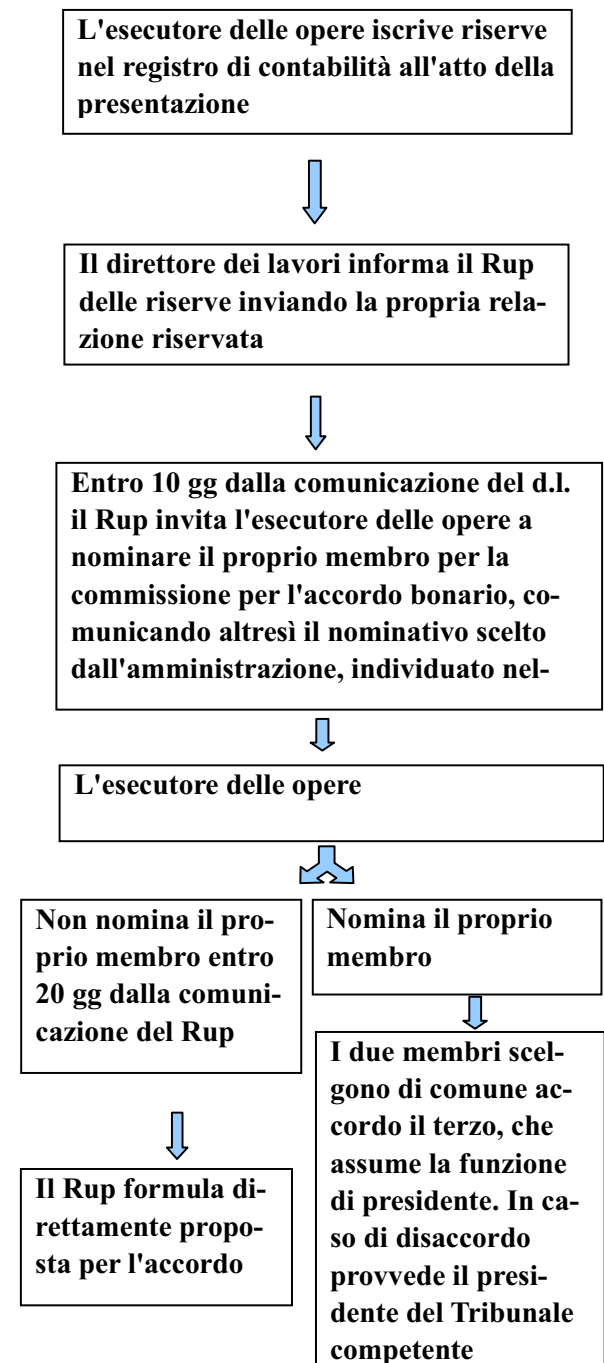
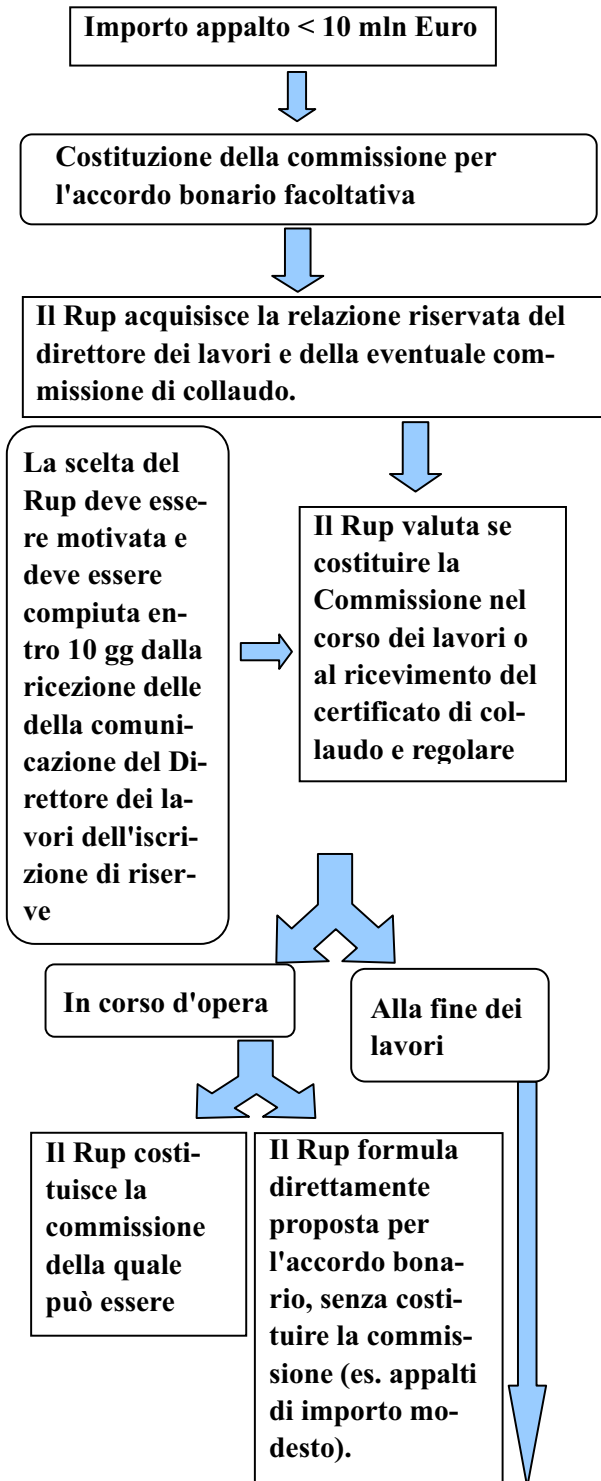
La commissione per l'accordo bonario è composta da tre membri, uno nominato dalla stazione appaltante, uno dall'appaltatore, il terzo scelto di comune accordo tra i due. In caso di disaccordo provvede alla nomina il presidente del Tribunale

Alla fine dei lavori il Rup costituisce la commissione per l'accordo bonario

Nella relazione finale riservata, il responsabile del procedimento esprime parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'esecutore

Ecco l'iter per appalti di importo inferiore a 10 mln di euro:

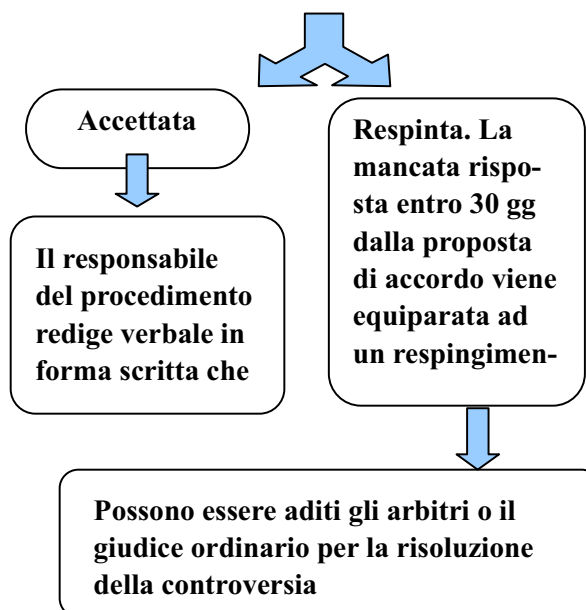
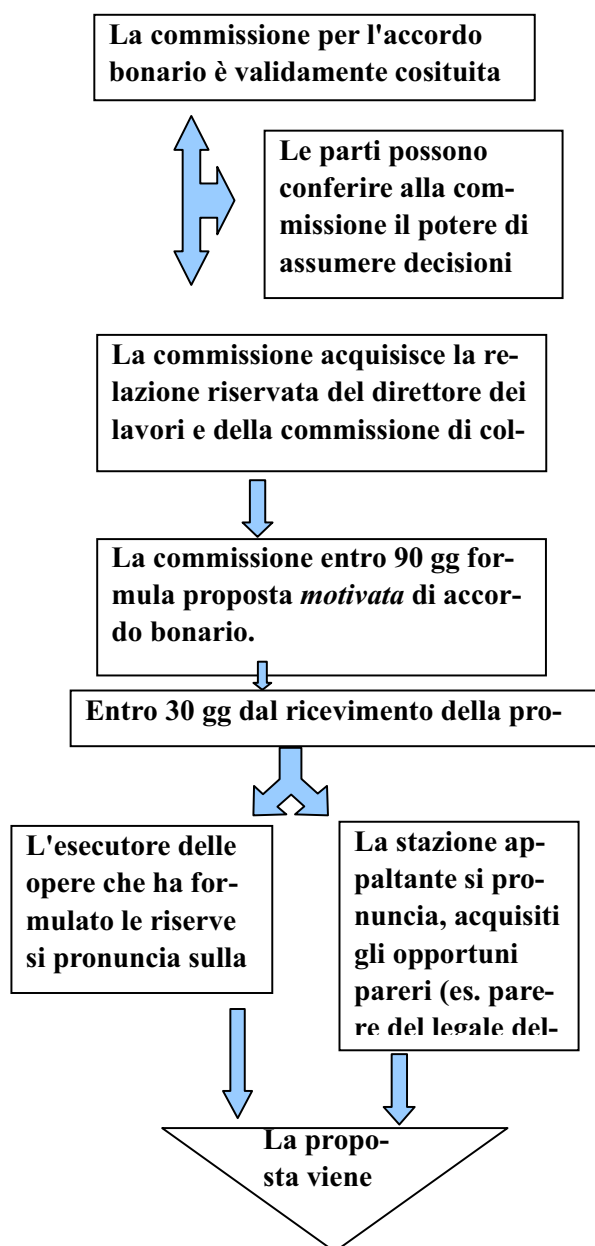
Nel diagramma che segue è rappresentato l'iter amministrativo per la commissione dell'accordo bonario:



↓

La commissione entro 90 gg dalla data di costituzione la commissione formula la proposta per l'accordo bonario.

Nel diagramma che segue è rappresentato l'iter per l'accordo bonario:



Il Rup, negli appalti di importo superiore a 10 mln di Euro, se decide di costituire la commissione decide di farlo entro 10 gg dalla ricezione della comunicazione del Direttore dei Lavori circa l'apposizione di riserve nei documenti contabili.

Per gli appalti di importo inferiore a 10 mln di Euro la costituzione della commissione è facoltativa in corso d'opera ed il Rup può costituirla alla ricezione del certificato di collaudo.

Tuttavia il Rup, qualunque cosa decisa, deve motivare la scelta effettuata, se non nel termine di 10 gg, nel termine generale di 30 gg del procedimento amministrativo, soprattutto nel caso in cui decida di rinviare la scelta al termine dei lavori¹.

Tale scelta può essere condivisa anche alla luce del fatto che il Rup, come previsto dal nuovo regolamento del codice dei contratti, nella relazione riservata allegata alla "relazione del responsabile del procedimento sul conto finale", può esprimere parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'esecutore per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'art. 239 del codice o l'accordo bonario di cui all'art. 240 del codice.

¹ Si ricorda che il silenzio è sempre impugnabile ai sensi dell'art. 117 del d.lgs 107/2010.