

Capitolo 12.

LE RISERVE DELL'APPALTATORE

12.1- Disciplina generale delle riserve. Le decadenze a carico dell'appaltatore. 12.2- Il contenuto necessario delle domande dell'appaltatore. 12.3- Formulazione di riserve sul conto finale, sul certificato di ultimazione e sul certificato di collaudo. 12.4- La risoluzione delle riserve mediante accordo bonario sia in corso d'opera, sia al termine dei lavori. Termini per impugnare. 12.5- Dissensi tecnici in corso d'opera tra direttore dei lavori ed appaltatore. 12.6- Compiti del responsabile del procedimento. 12.6.1- Decisione sulle riserve in corso d'opera. 12.6.2- Decisione sulle riserve a seguito del collaudo.

12.1 DISCIPLINA GENERALE DELLE RISERVE. LE DECADENZE A CARICO DELL'APPALTATORE.

Le controversie tra appaltatore e amministrazione traggono essenzialmente origine dalle c.d. riserve dell'appaltatore e cioè, secondo la terminologia del settore, dalle domande di maggiori compensi che l'appaltatore, se non vuole decadere dal relativo diritto (e pertanto dalla possibilità di far valere in qualsiasi tempo e modo la sua pretesa), è tenuto a formulare nel corso dell'appalto.

Va precisato che la definizione di "riserva" nel senso ora detto è impropria; le richieste dell'appaltatore sono infatti domande. Si parla propriamente di riserva nei casi in cui, all'atto della firma del registro di contabilità o di altro documento, l'appaltatore non sia in grado di esplicitare contestualmente le sue domande; in tal caso egli firma con l'apposizione, accanto alla sottoscrizione, della dizione "con riserva", che ha un duplice effetto: in primo luogo, escludere che la sottoscrizione abbia il suo significato tipico, che è quello dell'accettazione; in secondo luogo, consentirgli di esplicitare la sua domanda nei 15 giorni successivi, così impedendo la decadenza che altrimenti conseguirebbe alla mancata formulazione della stessa.

Nel gergo e nella stessa legislazione dei lavori pubblici i due termini "riserva" e "domanda" vengono usati indifferentemente, costituendo generalmente il termine "riserva" sinonimo di domanda.

In linea generale, le pretese dell'appaltatore nei confronti dell'amministrazione sono di tre tipi:

- a) pretese di maggiori corrispettivi rispetto a quelli determinati nella contabilità dei lavori; ciò accade quando l'appaltatore ritenga che siano state contabilizzate quantità di lavori inferiori a quelle realmente eseguite; ovvero quando alle quantità eseguite siano stati applicati prezzi di elenco inferiori a quelli dovuti (es., l'applicazione ad uno scavo in roccia del prezzo, più basso, stabilito per lo scavo in terra);

- b) pretese connesse a fatti di forza maggiore che rendono più onerosa la prestazione dell'appaltatore rispetto a quella contrattualmente prevista (es., l'equo compenso per un imprevisto geologico ai sensi dell'art. 1664, co. 2, cod. civ.);
- c) pretese di natura risarcitoria, in quanto traggono origine da comportamenti illeciti dell'amministrazione (es., una sospensione dei lavori illegittima perché conseguente a negligenze dell'ente appaltante).

L'attività che l'appaltatore deve porre in essere al fine di evitare la decadenza dal suo diritto consiste in una fattispecie risultante da più atti, e cioè:

- a) iscrizione della domanda (ovvero sottoscrizione con riserva ed esplicazione nei 15 giorni successivi) sul "*primo atto dell'appalto idoneo a riceverla*" (es. un verbale di sospensione dei lavori, il libretto delle misure, il verbale di consegna, ecc.) coevo o immediatamente successivo al fatto da cui essa trae origine (art. 31, co. 2, CGA);
- b) iscrizione della stessa domanda (ovvero anche in tal caso sottoscrizione con riserva e successiva esplicazione) sul registro di contabilità all'atto della sottoscrizione di questo immediatamente successiva al fatto (artt. 164 e 165 reg.; art. 31, co. 2, CGA); e poiché il registro viene sottoposto all'appaltatore in occasione dell'emissione di ogni stato di avanzamento lavori, si può affermare che l'onere in argomento va assolto in occasione dello stato di avanzamento immediatamente successivo al fatto che dà origine alla domanda;
- c) conferma della domanda sul conto finale dei lavori (art. 174, co. 2 e 3, reg.; art. 31, co. 2, CGA).

Dei tre adempimenti ora detti il secondo ed il terzo sono necessari, mentre il primo è soltanto eventuale. Infatti, può accadere (e spesso accade) che tra il verificarsi del fatto pregiudizievole per l'appaltatore e la sottoscrizione del registro di contabilità immediatamente successiva a quel fatto non abbia luogo nessun altro atto dell'appalto che possa costituire idonea sede della domanda. In questo caso, l'appaltatore evita la decadenza con la formulazione della domanda sul registro di contabilità e con la conferma della stessa sul conto finale.

Le ipotesi in cui si verifica la decadenza sono sei, e cioè:

- 1) la sottoscrizione senza domanda e senza riserva. In tal caso, in luogo di decadenza avvenuta, deve più correttamente parlarsi di avvenuta accettazione dei dati contabili;
- 2) la mancata sottoscrizione;
- 3) la sottoscrizione con riserva cui non fa seguito, nel termine di 15 giorni, l'esplicazione della stessa, e cioè la formulazione della domanda;
- 4) la formulazione tardiva della domanda, e cioè non in occasione dello stato di avanzamento immediatamente successivo al fatto;

5) la domanda inefficace, in quanto priva dei requisiti prescritti, e cioè dell'indicazione delle ragioni che ne stanno alla base (*causa petendi*) e/o del *petitum*;

6) la mancata conferma nel conto finale.

Le ipotesi in cui la decadenza viene evitata sono invece due, e cioè:

1) la tempestiva sottoscrizione e contestuale formulazione della domanda completa di *causa petendi* e *petitum* e successiva conferma nel conto finale;

2) la tempestiva sottoscrizione con riserva, esplicazione nei successivi 15 giorni completa di *causa petendi* e *petitum* e conferma nel conto finale.

La riserva è un atto con sede vincolata. Essa deve essere formulata negli atti prima detti e non può essere sostituita da equipollenti, quali l'invio di una lettera o di una diffida o il riconoscimento, da parte della direzione lavori, delle ragioni dell'appaltatore. Peraltro, la possibilità di formulare la riserva in una sede o in un modo diverso (ma pur sempre idoneo a rendere tempestivamente edotta l'amministrazione) deve ammettersi nei casi in cui il registro di contabilità o gli altri atti non siano nella disponibilità dell'appaltatore per causa a lui non imputabile, ovvero quando il registro di contabilità non esista o sia irregolarmente tenuto.

Va posto in tutta evidenza che, secondo la giurisprudenza, l'onere di iscrizione della riserva è onere di carattere generale, concerne cioè qualsiasi richiesta, da parte dell'appaltatore, di ulteriori somme rispetto al corrispettivo contrattuale. La stessa giurisprudenza, peraltro, esclude dall'onere della formulazione della riserva le seguenti tre categorie di domande:

- a) le pretese dell'appaltatore che traggono origine da situazioni incidenti sulla stessa vita del contratto, come ad es., la risoluzione per inadempimento dell'amministrazione, l'azione di annullamento per vizi della volontà, o il diritto ai compensi previsti dall'art. 122 reg. nel caso di recesso dell'amministrazione dal contratto;
- b) le pretese che traggono origine da fatti illeciti dell'amministrazione aventi con l'esecuzione dell'opera soltanto un rapporto occasionale e che sono perciò, per la stessa, fonte di responsabilità extracontrattuale;
- c) le pretese che traggono origine da fatti del tutto estranei alla finalità del registro di contabilità di documentazione dell'iter esecutivo dell'opera, come, per es., il diritto agli interessi e, per i debiti di valore (aventi, cioè, carattere risarcitorio) la rivalutazione monetaria.

In particolare, relativamente agli interessi legali e moratori conseguenti ai ritardi nei pagamenti degli stati di avanzamento di cui all'art. 30 CGA, l'art. 116, co. 4, reg. esclude espressamente la necessità dell'iscrizione della riserva, così confermando il principio (la cui portata, in pratica, è però assai limitata) che non esiste l'onere in argomento per i fatti del tutto estranei alle finalità del registro di contabilità (es., questioni attinenti al rimborso di imposte anticipate dall'amministrazione).

L'onere di iscrizione della riserva, infine, non sussiste relativamente ai lavori registrati in contabilità in partita provvisoria (un siffatto onere scatterà soltanto al momento in cui i lavori stessi saranno contabilizzati in via definitiva: art. 165, co. 6, reg.); inoltre l'onere stesso non sussiste relativamente agli ordini di servizio (art. 128, co. 1, reg.): in tal caso l'appaltatore può sottoscrivere l'ordine di servizio senza riserva, salvo l'onere di doverla formulare, a pena di decadenza, sul registro di contabilità all'atto della sottoscrizione di questo immediatamente successiva all'ordine stesso.

12.2 IL CONTENUTO NECESSARIO DELLE DOMANDE DELL'APPALTATORE.

Le domande dell'appaltatore, per evitare la decadenza, devono avere contenuto preciso e determinato sia in ordine alle ragioni su cui si fondano, sia in ordine alla quantificazione della pretesa.

Circa il primo dei due elementi (*causa petendi*), è da escludere che l'appaltatore debba giustificare il fondamento giuridico della sua pretesa; è perciò sufficiente che egli esponga i fatti che stanno a fondamento delle sue domande in modo da far comprendere all'amministrazione le ragioni sostanziali che le giustificano. Pertanto, una domanda contenente l'esposizione di tali elementi di fatto, ma che richiamasse erroneamente l'applicazione di alcune norme giuridiche anziché di altre, o che qualificasse la fattispecie con termini giuridici non corretti, non potrebbe essere ritenuta inammissibile avendo essa assolto alla sua finalità sostanziale di informazione in ordine al contenuto reale della pretesa.

Quanto al *petitum*, la domanda deve indicare con precisione il compenso che l'appaltatore richiede; va precisato che è sufficiente l'indicazione della cifra richiesta e non anche l'esposizione dei criteri e dei calcoli alla base della quantificazione.

In ordine al contenuto della conferma nel conto finale, va precisato che essa non necessariamente deve consistere in una ripetizione delle riserve ovvero in una loro nuova esposizione sintetica, essendo sufficiente una manifestazione di volontà anche generica (es., "si confermano le riserve n. 1, 2, 3...") che riveli inequivocabilmente l'intendimento dell'appaltatore di mantenerle in vita (art. 174, co. 2 e 3, reg.).

Invece, non è necessario che le riserve iscritte tempestivamente in occasione di uno stato di avanzamento siano poi ripetute in occasione delle sottoscrizioni del registro di contabilità relative agli stati di avanzamento successivi quando il *petitum* resta inalterato.

Se invece il *petitum* subisce incrementi (per es., a causa del prodursi di ulteriori oneri conseguenti ad un imprevisto geologico oppure perché sono nel frattempo aumentate le quantità eseguite), la riserva in occasione degli stati di avanzamento successivi è necessaria ad aggiornare il *petitum*, poiché in mancanza di essa l'importo che l'appaltatore può pretendere è quello formulato con la riserva precedente, verificandosi decadenza per i maggiori importi maturati successivamente.

12.3 FORMULAZIONE DI RISERVE SUL CONTO FINALE, SUL CERTIFICATO DI ULTIMAZIONE E SUL CERTIFICATO DI COLLAUDO.

Vi sono casi in cui la formulazione delle riserve non ha luogo in corso d'opera sul registro di contabilità, bensì al termine dei lavori. Ciò si verifica quando l'appaltatore ritenga lesi i suoi diritti dalle risultanze di tre atti, e cioè il conto finale, il certificato di ultimazione ed il certificato di collaudo.

Il conto finale può in alcuni casi costituire sede idonea per la formulazione, per la prima volta, di riserve e perciò per la proposizione di riserve, quando la lesione del diritto dell'appaltatore avviene proprio ad opera del conto finale, il quale, per es., rispetto all'ultimo stato di avanzamento rettificati la contabilità in danno dell'appaltatore o comunque vi introduca riduzioni o detrazioni che l'appaltatore ritenga ingiustificate o illegittime. La riserva può, in tal caso, a pena di decadenza, essere formulata per la prima volta nel conto finale, costituendo questo, in base all'art. 30, co. 2, prima parte, CGA, il primo atto dell'appalto idoneo a riceverla; ovviamente, non v'è ripetizione della riserva sul registro di contabilità, venendo di regola il conto finale compilato successivamente alla chiusura del registro di contabilità.

Il certificato di ultimazione dei lavori può essere sede di riserve nuove, quando queste traggano origine dal certificato stesso, perché, per es., esso attesti un ritardo rispetto al termine contrattuale di esecuzione che l'appaltatore intende contestare. Poiché il certificato di ultimazione precede il conto finale, l'appaltatore deve confermare la riserva su quest'ultimo, secondo le regole generali.

In alcuni casi, infine, l'appaltatore può avanzare riserve per la prima volta sul certificato di collaudo (art. 203 reg.). Si tratta delle domande che traggono origine da asserite irregolarità delle operazioni condotte dal collaudatore ovvero dalla asserita non correttezza delle risultanze del collaudo (che, per es., abbia rilevato vizi od operato detrazioni che l'appaltatore intenda contestare) ovvero infine da ritardo nella emissione del certificato di collaudo che abbia prodotto maggiori oneri all'appaltatore, come, per es., quelli di protratta custodia e manutenzione dell'opera, maggior vincolo fideiussioni, ritardato pagamento del saldo, ecc.

L'appaltatore deve muovere le sue contestazioni sul certificato di collaudo a pena di decadenza con le forme e modalità stabilite dalle regole generali.

12.4 LA RISOLUZIONE DELLE RISERVE MEDIANTE ACCORDO BONARIO SIA IN CORSO D'OPERA, SIA AL TERMINE DEI LAVORI. TERMINI PER IMPUGNARE.

In base agli artt. 31 bis della legge e 149 reg. l'amministrazione ha l'obbligo di pronunciarsi, nel corso dell'esecuzione dei lavori, sulle riserve dell'appaltatore tutte le volte che l'ammontare di queste raggiunga un valore almeno pari al 10% del corrispettivo dei lavori.

Quando viene raggiunto questo valore, scatta per il direttore dei lavori l'obbligo di darne immediata comunicazione al responsabile del procedimento ai fini dell'attivazione del procedimento finalizzato alla conclusione di eventuale accordo bonario.

Va premesso che le disposizioni relative all'accordo bonario contenute nell'art. 31 *bis* della legge 109/94 sono state modificate, ed in maniera consistente, dalla legge 1.8.2002, n. 166 (legge collegata alla Finanziaria 2002, contenente disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti) entrata in vigore il 18.8.2002.

La vecchia normativa però (argomentando dalla disposizione di cui al comma 1 – *quarter* del novellato art. 31 *bis*) continua ad essere applicabile agli appalti aggiudicati prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni; sicchè appare necessario riportare distintamente il contenuto delle due discipline, con l'avvertenza che nel trattare della prima (vecchia disciplina) il riferimento è ovviamente all'art. 31 *bis* non novellato dalla legge 166/2002.

A - Il procedimento di accordo bonario applicabile agli appalti aggiudicati prima del 18.8.2002.

Come detto, gli artt. 31 *bis* della legge e 149 reg. impongono all'amministrazione di pronunciarsi, nel corso dell'esecuzione dei lavori, sulle riserve dell'appaltatore tutte le volte che l'ammontare di queste raggiunga un valore non inferiore al 10% dell'importo dell'appalto.

Quando viene raggiunto questo valore, scatta per il direttore dei lavori l'obbligo di darne immediata comunicazione al responsabile del procedimento e di trasmettergli nel più breve tempo possibile propria relazione riservata in merito alla fondatezza delle riserve.

Tale primo adempimento del direttore dei lavori ha rilevanza essenziale, poiché mette in moto il procedimento di pronuncia dell'amministrazione sulle riserve, per la conclusione del quale è stabilito il termine complessivo di 150 giorni decorrenti dall'apposizione sul registro di contabilità dell'ultima riserva che ha determinato il superamento di quel limite.

Il responsabile del procedimento non necessariamente è tenuto ad avviare il procedimento finalizzato all'eventuale conclusione dell'accordo bonario, in quanto deve preliminarmente valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve "*ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore*" (art. 149, co. 2, reg.).

Finalità della disposizione è quella di evitare che l'appaltatore strumentalmente iscriva riserve palesemente inammissibili od infondate al solo scopo di determinare il raggiungimento del limite del 10% e di provocare conseguentemente l'obbligo dell'amministrazione di attuare il procedimento.

Il responsabile del procedimento, perciò, deve procedere ad una preventiva valutazione di ammissibilità e non manifesta infondatezza delle riserve; ciò sta a significare che, sotto il primo profilo - e cioè quello dell'ammissibilità - deve verificare se tutte le riserve siano state tempestivamente iscritte in contabilità, evitando così la decadenza; sotto il secondo aspetto, deve valutare nel merito se tutte o alcune di esse non siano manifestamente infondate.

Lo stesso responsabile del procedimento, qualora valuti che sussistono i presupposti per l'avvio del procedimento, ha a disposizione il termine di 90 giorni, decorrenti dalla data dell'ultima riserva che ha determinato il superamento del 10%, per dar luogo ad una serie di adempimenti, e precisamente:

- 1) acquisizione della relazione riservata del direttore dei lavori;
- 2) eventuale acquisizione della relazione riservata del collaudatore in corso d'opera nei casi in cui questo sia stato nominato (quando non sia previsto il collaudo in corso d'opera, e cioè nei casi diversi da quelli indicati dall'art. 187, co. 3, reg., l'avvio del procedimento di accordo bonario non determina l'obbligo di nominarlo, e pertanto in questi casi si prescinde dalla relazione del collaudatore);
- 3) audizione dell'appaltatore circa le condizioni ed i termini di un eventuale accordo;
- 4) formulazione all'organo deliberante dell'amministrazione di una proposta finalizzata alla chiusura del procedimento.

Entro 60 giorni dalla proposta del responsabile del procedimento l'organo deliberante dell'amministrazione assume le sue decisioni definitive con provvedimento motivato.

L'amministrazione, così come può condividere *in toto* la proposta del responsabile del procedimento, può anche disattenderla *in toto* o in parte, e perciò, a fronte di una proposta di rigetto integrale, decidere per l'accoglimento parziale o integrale e viceversa; ciò che rileva è che il provvedimento deve essere congruamente motivato specie nelle parti in cui dissenta dalla proposta del responsabile del procedimento.

La decisione dell'amministrazione deve essere comunicata all'appaltatore, il quale, se vi aderisce, sottoscrive, unitamente al responsabile del procedimento o ad altro legale rappresentante dell'amministrazione, un "*verbale di accordo bonario*", e cioè un contratto col quale si pone definitivamente termine alla questione.

Il conseguente pagamento da parte dell'amministrazione deve avvenire nei successivi 60 giorni, e se viene effettuato in ritardo determina la maturazione di interessi legali a favore dell'appaltatore a partire dal 61° giorno (art. 149, co. 5, reg.).

Una volta assunta la decisione sulle riserve, sia essa sfociata o meno nell'accordo bonario, tali riserve non possono essere più considerate ai fini del raggiungimento di un ulteriore 10%; sicché un secondo accordo bonario può avere luogo soltanto quando l'aliquota del 10% venga raggiunta per effetto di riserve diverse da quelle esaminate in occasione del precedente procedimento di accordo bonario (art. 149, co. 7, reg.).

B - Il procedimento di accordo bonario applicabile agli appalti aggiudicati dopo il 18.8.2002.

La legge 166/2002 ha introdotto nel precedente assetto normativo regolante il procedimento di accordo bonario una serie di consistenti innovazioni, modificando il co. 1 dell'art. 31 *bis* e introducendo *ex novo* i co. 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*.

La nuova disciplina è la seguente:

- 1) Le nuove disposizioni in tema di accordo bonario non si applicano ai lavori per i quali l'individuazione del soggetto affidatario (si deve ritenere, l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto) sia intervenuta prima della data di entrata in vigore della legge 166/2002, e cioè prima del 18.8.2002.

Questo significa che la nuova disciplina si applica soltanto a quei lavori la cui aggiudicazione (indipendentemente da quando il bando di gara sia stato pubblicato o la gara concretamente esperita) sia intervenuta dopo il 18.8.2002; sicchè per i lavori aggiudicati prima di tale data sopravvive e va applicata *in toto* la previgente disciplina (co. 1-*quater*).

- 2) Il responsabile del procedimento – una volta che l'ammontare delle riserve dell'impresa abbia superato il 10% dell'importo dei lavori ed una volta che si sia espresso positivamente sull'ammissibilità e sulla non manifesta infondatezza delle riserve *ex art.* 149, co. 2, reg. – promuove la costituzione (obbligatoria per gli appalti di importo superiore a 10 milioni di euro; facoltativa per quelli di importo inferiore) di una commissione composta di tre membri (uno di nomina del responsabile del procedimento, uno di nomina dell'appaltatore ed il terzo scelto di comune accordo dai primi due o, in mancanza di accordo e su istanza di una delle parti, nominato dal presidente del Tribunale del luogo dove è stato stipulato il contratto) perché, nel termine di 90 giorni dall'apposizione della riserva che ha determinato una richiesta economica superiore al 10% dell'importo dei lavori, formuli – previa acquisizione della relazione del direttore dei lavori e, se già nominato, del collaudatore – proposta motivata di accordo bonario (co. 1 e 1-*bis*).

Per gli appalti di importo inferiore a 10 milioni di euro la costituzione della commissione, come detto, è facoltativa; in tal caso, se si opta per la costituzione della commissione, il responsabile del procedimento può essere componente di essa (co. 1-*quater*). In caso contrario (e cioè, se non si promuove la costituzione della commissione) spetta al responsabile del procedimento – come per il passato, ma osservando le nuove disposizioni – espletare le varie attività e formulare la proposta di accordo bonario.

- 3) Sulla proposta della commissione si pronunciano nei successivi 30 giorni sia l'appaltatore sia l'amministrazione committente (co. 1) Come si vede, diversamente dalla previgente normativa, la nuova disciplina mantiene fermo il termine di 90 giorni assegnato alla commissione e al responsabile del procedimento per formulare la proposta di accordo bonario, mentre riduce da 60 a 30 giorni il termine

assegnato all'appaltatore per aderire o meno alla proposta e all'amministrazione committente per assumere la sua decisione. In tal modo, il precedente termine complessivo di 150 giorni viene ridotto a 120 giorni.

- 4) Se il termine complessivo di 120 giorni assegnato per l'eventuale conclusione dell'accordo bonario trascorre inutilmente, l'appaltatore "*è in facoltà di avvalersi del disposto dell'art. 32*" (co. 1), e cioè di dar corso all'arbitrato (ovviamente, qualora sussista clausola compromissoria; in caso contrario, di iniziare un giudizio ordinario).
- 5) La procedura di accordo bonario può essere reiterata nel corso dei lavori per una sola volta (co. 1).
- 6) La costituzione della commissione è in ogni caso promossa dal responsabile del procedimento (ed a prescindere dall'importo economico delle riserve ancora da definire) non appena lo stesso abbia ricevuto il certificato di collaudo provvisorio dei lavori; da tale data decorre il termine di 90 giorni perché la commissione esprima proposta motivata di accordo bonario (co. 1, ultima parte).
- 7) Per l'ipotesi che l'impresa non designi il membro della commissione di propria elezione nel termine di 30 giorni dalla richiesta del responsabile del procedimento, questi provvede ad acquisire la relazione del direttore dei lavori (e, se già nominato, del collaudatore) e a formulare direttamente all'amministrazione (sentito anche l'appaltatore) la proposta motivata di accordo bonario (co. 1 *bis*, ultima parte).
- 8) L'accordo bonario approvato dall'amministrazione (sia su proposta della commissione che del responsabile del procedimento) ed accettato dall'impresa ha carattere transattivo (co. 1 *ter*).
- 9) Amministrazione committente ed appaltatore hanno facoltà di conferire alla commissione il potere di assumere decisioni per essi vincolanti, perfezionando in tal modo l'accordo bonario risolutivo delle riserve (co. 1 *ter*, ultima parte).

Avuto riguardo alla suesposta disciplina, si può dire che la competenza ad esprimere la proposta di accordo bonario viene ripartita dalla legge tra responsabile del procedimento e commissione nel seguente modo:

- a) al responsabile del procedimento spetta tale competenza nei seguenti tre casi:
 - 1) per gli appalti di lavori la cui aggiudicazione provvisoria sia avvenuta prima del 18.8.2002 (data di entrata in vigore della nuova disciplina). In tal caso, il procedimento da seguire è quello vigente prima dell'introduzione delle nuove disposizioni, con l'osservanza, quindi, delle modalità e dei termini in essa stabiliti per l'espletamento dei vari adempimenti facenti capo al responsabile del procedimento (90 gior-

- ni) e all'amministrazione committente per assumere la decisione (60 giorni);
- 2) per gli appalti di importo inferiore a 10 milioni di euro, aggiudicati dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni, qualora si opti per la non costituzione della commissione. In tal caso, però, si osservano i termini di 90 giorni e di 30 giorni (rispettivamente assegnati al responsabile del procedimento per formulare la sua proposta e all'appaltatore e all'amministrazione, rispettivamente, per aderire o meno alla proposta e per decidere) stabiliti dalle nuove disposizioni; ciò in quanto la sopravvivenza del precedente regime è da ritenere limitata al solo caso prima esposto (lavori aggiudicati prima del 18.8.2002);
 - 3) nel caso in cui l'appaltatore non designi il membro della commissione di propria elezione nel termine perentorio di 30 giorni dalla richiesta del responsabile del procedimento;
- b) la proposta di accordo bonario è invece di competenza della commissione negli altri casi, e segnatamente:
- 1) per gli appalti affidati successivamente al 18.8.2002 (data di entrata in vigore delle nuove disposizioni) di importo superiore a 10 milioni di euro. Per tali appalti la costituzione della commissione è obbligatoria e si può prescindere da essa (con conseguente espletamento della procedura ad opera del responsabile del procedimento) solo nel caso in cui l'appaltatore non abbia nominato il membro della commissione di propria elezione nel termine perentorio di 30 giorni dalla richiesta rivoltagli dal responsabile del procedimento;
 - 2) per gli appalti affidati successivamente al 18.8.2002 di importo inferiore a 10 milioni di euro qualora venga esercitata la facoltà di costituire la commissione (sottraendo pertanto tale competenza a quella naturale del responsabile del procedimento).

Come si vede, gli aspetti salienti della nuova disciplina dell'accordo bonario sono molteplici ed emergono con evidenza dalla sintesi svolta e dal raffronto con la precedente disciplina.

A conclusione, preme soltanto evidenziare alcuni punti.

Il primo è che l'attivazione del procedimento di accordo bonario deve comunque essere disposta dal responsabile del procedimento – qualunque sia l'importo delle riserve, e quindi senza dover esprimere alcun preventivo giudizio, *ex art. 149, co. 2, reg.*, circa la loro ammissibilità e non manifesta infondatezza – non appena egli abbia ricevuto dal collaudatore il certificato di collaudo delle opere o il certificato di regolare esecuzione del direttore dei lavori.

In tal modo, l'accordo bonario (*rectius*: il procedimento relativo) diviene il mezzo ordinario obbligatorio di decisione sulle riserve sia in corso di lavori (allorché superino il limite del 10%) sia ad ultimazione degli stessi.

Questa interpretazione è imposta, come detto, dal contenuto delle disposizioni di cui al penultimo e all'ultimo periodo del novellato co. 1 dell'art. 31 *bis*, le quali dispongono testualmente: “*La costituzione della commissione è altresì promossa dal responsabile del procedimento, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definire, al ricevimento da parte dello stesso del certificato di collaudo o di regolare esecuzione previsto dall'art. 28. Nell'occasione, la proposta motivata della commissione è formulata entro novanta giorni dal predetto ricevimento*”.

Viene di conseguenza meno (e perciò è da ritenere implicitamente abrogato) il procedimento stabilito dal regolamento n. 554/99 (artt. 175, co. 2; 195, co. 2; 203 e 204) e dal nuovo Capitolato Generale (art. 32, co. 1) in ordine alla decisione sulle riserve al termine dei lavori, nel senso che i vari atti facenti parte di tale procedimento (controdeduzioni del direttore dei lavori, relazione riservata del responsabile del procedimento, relazione riservata al collaudatore, deliberazione dell'organo deliberante dell'ente committente) vengono in pratica sostituiti da un procedimento tipico di accordo bonario *ex art. 31 bis*, per cui le citate (vecchie) regole relative alle modalità di definizione delle riserve dell'appaltatore al termine dei lavori conserveranno validità limitatamente agli appalti esclusi dalle nuove regole sull'accordo bonario introdotte dalla legge 166 del 2002 (e cioè agli appalti aggiudicati prima del 18.8.2002).

Un secondo punto concerne la disposizione di cui al co. 1 *ter*, ultima parte, secondo cui “*le parti hanno facoltà di conferire alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti, perfezionando, per conto delle stesse, l'accordo bonario risolutivo delle riserve*”.

Quando le parti abbiano deciso di avvalersi di tale disposizione ed abbiano concordemente conferito detto potere alla commissione, l'esito della valutazione di quest'ultima ha valenza di vera e propria decisione, rispetto alla quale le parti – dato il suo dichiarato carattere vincolante – nulla possono eccepire e devono quindi ad ogni effetto ritenerla come propria; decisione che perfeziona l'accordo bonario sulle riserve e non necessita pertanto di ulteriori approvazioni ad opera delle parti, rendendo inutile la stipulazione del verbale di accordo bonario.

A conclusione del presente paragrafo, occorre trattare brevemente dei termini per la proposizione dell'azione giurisdizionale (ordinaria o arbitrale) da parte dell'appaltatore nei casi in cui l'accordo bonario non sia concluso.

Si è visto che, entro 120 giorni (e nella previgente disciplina entro 150 giorni) dall'apposizione dell'ultima riserva che ha determinato il raggiungimento, a titolo di *petitum*, del 10% dell'importo contrattuale, l'amministrazione deve comunicare all'appaltatore le sue determinazioni in ordine alle condizioni economiche alle quali è disposta a concludere l'accordo bonario. Sia nel caso che tale comunicazione venga data nei termini, sia in quello in cui venga data fuori dai termini, l'appaltatore che non intenda aderire all'accordo deve a pena di decadenza avviare l'azione giurisdizionale (notifica dell'atto

di citazione o della domanda di arbitrato) entro 60 giorni dalla comunicazione stessa (art. 33, co. 1, prima parte, CGA).

Può però accadere che l'amministrazione ometta di dare attuazione al procedimento di accordo bonario o comunque di dare comunicazione delle sue decisioni all'appaltatore. Quest'ultimo, in tal caso, ha facoltà (e non obbligo a pena di decadenza) di promuovere l'azione giurisdizionale dopo l'inutile scadenza del termine di 120 giorni (co. 1).

In sintesi:

- a) nel caso di comunicazione espressa, l'appaltatore deve, a pena di decadenza, promuovere l'azione;
- b) nel caso di omessa comunicazione (generalmente conseguente all'omessa attivazione del procedimento di accordo bonario), l'appaltatore può esperire o meno l'azione dopo la scadenza dei 120 giorni; se non la esperisce, il termine di decadenza di 60 giorni scatterà soltanto se e quando gli verrà data la comunicazione formale.

12.5 DISSENSI TECNICI IN CORSO D'OPERA TRA DIRETTORE DEI LAVORI ED APPALTATORE.

Non di rado sorgono dissensi tra direttore dei lavori ed appaltatore in ordine alle modalità tecniche di esecuzione dei lavori, nel senso che l'appaltatore non condivide le modalità imposte dal primo.

In tal caso deve essere investito della questione il responsabile del procedimento, il quale, dopo avere ascoltato le ragioni di ambedue in contraddittorio tra loro, assume la sua decisione, alla quale l'appaltatore ha l'obbligo di uniformarsi (art. 137, co. 1, reg.); l'appaltatore, in altri termini, deve proseguire nell'esecuzione dei lavori attuando le decisioni del responsabile del procedimento, ma può formulare riserva nel registro di contabilità o perché tali decisioni gli causano maggiori oneri (nel qual caso può chiederne il ristoro) o perché rischiano di compromettere la buona riuscita dell'opera (nel qual caso la riserva ha l'effetto di esonerarlo da responsabilità).

La decisione del responsabile del procedimento, dunque, ha carattere di decisione meramente ordinatoria, poiché esaurisce la sua efficacia nell'ambito del rapporto di appalto e non tocca né pregiudica il merito della controversia; ha cioè la finalità e l'effetto di consentire la prosecuzione dei lavori risolvendo in via incidentale i dissensi tecnici tra direttore dei lavori ed appaltatore sul *modus procedendi*, ma non comporta alcun accertamento di merito sulla controversia.

L'accertamento di merito ha luogo soltanto se l'appaltatore avverso la decisione del responsabile del procedimento iscrive tempestivamente riserva; il che vuol dire che la decisione sul *modus procedendi* è di esclusiva competenza del responsabile del procedimento e che l'appaltatore può contestarne solo gli effetti (e non l'attuazione) richiedendo all'amministrazione i maggiori ingiustificati oneri che per tale via gli derivano, ovvero declinando le sue responsabilità.

12.6 COMPITI DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO.

I compiti che la legge e il regolamento assegnano al responsabile del procedimento relativamente alle riserve dell'appaltatore sono di estrema importanza in quanto le sue valutazioni in ordine all'ammissibilità e fondatezza delle riserve stesse costituiscono, unitamente al parere del direttore dei lavori e del collaudatore, l'elemento su cui l'organo deliberante dell'ente committente basa le sue decisioni di rigetto o di accoglimento delle pretese dell'appaltatore.

Fondamentalmente, in questa materia l'attività del responsabile del procedimento si svolge in due momenti del rapporto:

- a) quello concernente la fase relativa al procedimento di accordo bonario in corso d'opera;
- b) e quello relativo alla fase successiva all'ultimazione dei lavori, quando è chiamato ad attivare un ulteriore e definitivo procedimento di accordo bonario per le eventuali riserve che non abbiano già formato oggetto di un procedimento di accordo bonario in corso d'opera.

12.6.1 Decisione sulle riserve in corso d'opera.

Per quanto concerne la definizione delle riserve in corso d'opera il compito del responsabile del procedimento è assai delicato in quanto deve dare luogo al procedimento di accordo bonario immediatamente dopo che le riserve dell'appaltatore abbiano raggiunto il 10% dell'importo del contratto.

In particolare, il responsabile del procedimento deve continuamente sorvegliare sull'entità delle riserve ed appena ha notizia – a seguito della comunicazione del direttore dei lavori – del raggiungimento della predetta aliquota deve:

- 1) valutare la loro ammissibilità e non manifesta infondatezza (art. 149, co. 2, reg.); valutare, cioè, che esse non abbiano carattere strumentale all'esclusivo fine di raggiungere la predetta aliquota del 10% necessaria ad attivare il procedimento di accordo bonario;
- 2) promuovere la costituzione della commissione nei casi in cui questa è obbligatoria (appalti di importo superiore ai 10.000.000 di euro) ovvero, pur essendo facoltativa (appalti di importo inferiore ai 10.000.000 di euro), l'amministrazione abbia deciso di costituirla; qualora invece si opti per la non costituzione della commissione, il procedimento di cui ai punti che seguono (e segnatamente la motivata proposta di accordo bonario) viene espletato direttamente dal responsabile del procedimento;
- 3) sollecitare direttore dei lavori e collaudatore in corso d'opera a fornire alla commissione le loro relazioni sulle riserve dell'appaltatore;
- 4) vigilare affinché la commissione entro 90 giorni dal raggiungimento

della predetta aliquota formuli motivata proposta di accordo bonario ed affinché sulla stessa si pronuncino nei successivi 30 giorni amministrazione ed appaltatore;

- 5) redigere, in caso di raggiunto accordo, il verbale di accordo bonario da far sottoscrivere ai rappresentanti dell'impresa e dell'amministrazione.

12.6.2 Decisione sulle riserve a seguito del collaudo.

Come si è detto, per effetto della disposizione di cui all'ultima parte del co. 1 dell'art. 31 *bis* della legge (introdotto dalla legge n. 166/2002), è da ritenere implicitamente abrogato il procedimento di risoluzione delle riserve previsto dall'art. 204, co. 3, reg. (decisione dell'amministrazione entro 60 giorni dal certificato di collaudo) e sostituito dal procedimento di accordo bonario di cui prima si è detto relativamente alla decisione sulle riserve in corso d'opera.

Peraltro, rispetto a questo, riassunto nei cinque punti del sottoparagrafo che precede, vi sono alcune differenze:

- a) innanzitutto non ha luogo la preliminare valutazione di ammissibilità e non manifesta infondatezza delle riserve, in quanto la definizione di queste (in senso positivo o negativo) deve essere comunque effettuata a prescindere dall'entità delle riserve dell'appaltatore;
- b) il termine di 90 giorni per la formulazione della proposta decorre dal ricevimento del certificato di collaudo o di regolare esecuzione;
- c) infine, in tal caso lo sviluppo del procedimento ha luogo non soltanto sulla base delle relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore, ma anche della relazione riservata del responsabile del procedimento. Quest'ultimo, infatti, in base all'art. 175, co. 2, reg., all'atto del conto finale è tenuto a redigere relazione finale riservata sulle riserve dell'appaltatore. Ne consegue che la commissione di cui all'art. 31 *bis* della legge, nel formulare la sua proposta sulle riserve da decidere all'atto del collaudo, avrà a disposizione, oltre alle relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore, anche quella, di preminente importanza, del responsabile del procedimento.