

Antonio Giacalone

LE RISERVE NEI LAVORI PUBBLICI

AGGIORNATO AL D.P.R. 5 OTTOBRE 2010
"REGOLAMENTO ATTUATIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI"
AL D.LGS. N. 104/2010 E AL D.LGS. N. 53/2010



CD-ROM INCLUSO

BANCA DATI CON GIURISPRUDENZA
IN MATERIA DI RISERVE NEI LAVORI PUBBLICI


GRAFILL

Antonio Giacalone
LE RISERVE NEI LAVORI PUBBLICI

ISBN 13 978-88-8207-411-1
EAN 9 788882 074111

Manuali, 94
Prima edizione, dicembre 2010

Giacalone, Antonio <1978->

Le riserve nei lavori pubblici / Antonio Giacalone. – Palermo : Grafill, 2010.

(Manuali ; 94)

ISBN 978-88-8207-411-1

1. Lavori pubblici – Appalti.

344.4506 CDD-22

SBN Pal0230935

CIP – Biblioteca centrale della Regione siciliana "Alberto Bombace"

© **GRAFILL S.r.l.**

Via Principe di Palagonia, 87/91 – 90145 Palermo

Telefono 091/6823069 – Fax 091/6823313

Internet <http://www.grafill.it> – E-Mail grafill@grafill.it

Finito di stampare nel mese di dicembre 2010

presso **Officine Tipografiche Aiello & Provenzano S.r.l.** Via del Cavaliere, 93 – 90011 Bagheria (PA)

Tutti i diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica e di riproduzione sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere riprodotta in alcuna forma, compresi i microfilm e le copie fotostatiche, né memorizzata tramite alcun mezzo, senza il permesso scritto dell'Editore. Ogni riproduzione non autorizzata sarà perseguita a norma di legge. Nomi e marchi citati sono generalmente depositati o registrati dalle rispettive case produttrici.

INDICE

PREFAZIONE	p.	5
PREMESSA	"	7
1. PRINCIPALI RIFERIMENTI NORMATIVI		
IN TEMA DI RISERVE	"	11
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	"	15
2. LE RISERVE: IL CONTENUTO E I SOGGETTI	"	21
PARTE I		
1. Riserve e contestazioni	"	21
2. L'impresa	"	22
3. Il Direttore dei lavori	"	24
3.1. Compiti del DL	"	26
4. Il collaudatore in corso d'opera	"	29
5. Le funzioni del RUP in tema di riserve	"	30
6. La stazione appaltante	"	33
7. Cenni sulla responsabilità pubblico (o erariale)	"	34
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	"	36
PARTE II		
1. Onere di iscrizione: tempi e modalità.....	"	49
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	"	50
3. CONTRATTO E CORRISPETTIVO DELL'APPALTO	"	66
1. Cenni sul contratto d'appalto.....	"	66
2. Revisioni e variazioni del corrispettivo nel contratto di appalto pubblico	"	76
3. Prezzo chiuso	"	77
4. Compensazione	"	78
5. Anticipazione del corrispettivo	"	84
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	"	85

4. LA CASISTICA	p.	102
1. Risarcimento e maggiori oneri	~	102
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	~	103
2. Consegna e anomalo andamento dei lavori	~	118
2.1. Anomalo andamento dei lavori	~	120
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	~	121
3. Sospensione dei lavori	~	128
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	~	130
4. Fatti continuativi	~	141
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	~	142
5. Varianti	~	146
5.1. Varianti: note introduttive	~	146
5.2. Le ipotesi	~	146
5.3. Il c.d. quinto d'obbligo e l'atto di sottomissione	~	150
5.4. L'approvazione	~	152
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	~	154
6. Collaudo	~	160
6.1. Collaudo in corso d'opera	~	169
6.2. Verifica dell'opera	~	170
6.3. Emissione del certificato di collaudo e approvazione	~	172
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	~	174
7. Pre-contenzioso e contenzioso	~	177
7.1. Accordo bonario	~	177
7.2. Il procedimento innanzi l'AVCP	~	181
7.3. L'arbitrato	~	183
7.4. Il contenzioso	~	184
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	~	186
8. Risoluzione e Recesso	~	199
<i>Giurisprudenza e lodi</i>	~	202
5. GUIDA ALL'INSTALLAZIONE E ALL'USO DEL SOFTWARE	~	216
1. Contenuti del CD-ROM allegato	~	216
2. Requisiti minimi hardware e software	~	216
3. Procedura per la richiesta della password utente	~	216
4. Procedura per l'installazione del software	~	216
5. Procedura per la registrazione del software	~	217
6. Utilizzo del software	~	218
BIBLIOGRAFIA	~	220
Manualistica	~	220
Riviste	~	220

PREFAZIONE

Perché un manuale operativo sulle riserve?

La domanda rende possibili diverse risposte, tutte plausibili.

Sotto il profilo economico, il sistema delle riserve nel settore dei lavori pubblici assume una particolare importanza, considerando che, spesso, è sul “filo della riserva” che può stabilirsi se l’intervento sia stato remunerativo o meno per l’appaltatore.

Tale assunto, evidenzia un dato tanto reale quanto patologico e che discende direttamente da piani di gestione delle risorse pubbliche non sempre improntati ad una adeguata programmazione e progettazione degli interventi da realizzare.

Ma la ragione di questa trattazione risiede principalmente nell’intenzione di rendere ai tecnici e agli altri operatori coinvolti nelle vicende di cantiere (Direttori dei lavori, Rup, Stazioni appaltanti, etc.), un guida pratica che, senza tralasciare i dovuti approfondimenti giuridici, possa essere un valido ausilio operativo, offrendo opportuni chiarimenti ed esemplificazioni pratiche.

Secondo un’ormai famosa citazione del celeberrimo Frederick William Maitland, *“la libertà cresce negli interstizi della procedura”*.

Ebbene, in tema di riserve negli appalti pubblici, il legislatore sembra aver trasfuso tale richiamo in maniera fedele, articolando una complessa e formale disciplina, ampiamente procedimentalizzata.

A questo punto è importante verificare “chi fa che cosa”: Direttore dei Lavori, Responsabile del procedimento, Collaudatore in corso d’opera (se presente), Stazione appaltante e Impresa appaltatrice.

Questi i soggetti principali che, in tema di riserve negli appalti pubblici, hanno specifiche competenze e responsabilità.

Con un attento e paziente lavoro di ricerca e selezione, l’Autore ripercorre la tematica in esame attraverso la chiave di lettura più appropriata: i riferimenti giurisprudenziali e le pronunce dei collegi arbitrali.

È infatti attraverso le indicazioni della giurisprudenza e dei collegi arbitrali che l’istituto trattato ha mostrato le sue reali caratteristiche, rispetto alla applicazione concreta.

Il tecnicismo normativo che caratterizza la materia è fonte di notevoli dubbi interpretativi, favorendo così la diffusa impressione di voler restringere nei confini di un linguaggio preclusivo l’ambito di applicazione delle riserve.

In tal senso si apprezza ancor di più l’utilità di un percorso giurisprudenziale ragionato, preceduto da note di commento su ogni specifico tema trattato.

Il manuale si articola nelle macro categorie tipicamente interessate dalla tematica delle riserve e, dopo un commento introduttivo che definisce il rilievo normativo, pro-

pone una selezione delle più recenti sentenze e lodi arbitrali, dando così la possibilità al lettore di trovare una guida operativa di immediata consultazione.

L'attenzione prestata all'inquadramento generale dell'area trattata fornisce inoltre utili spunti sistematici ed applicativi.

Nel complesso, il testo offre un valido strumento operativo, di pronta consultazione, destinato al pubblico dei tecnici e delle pubbliche amministrazioni coinvolte a vario titolo nel settore dei lavori pubblici.

Giuseppe Rusconi

PREMESSA

Il diritto, si sa, è un linguaggio complesso, per certi versi criptico, a volte difficilmente decifrabile anche per coloro i quali sono chiamati professionalmente ad occuparsene nella quotidianità.

Tale assunto diventa ancora più evidente quando, il lessico giuridico, lascia il proprio perimetro d'azione "classico" e sconfinava in settori tecnici, come quello qui esaminato.

Infatti, in tema di lavori pubblici, un dato può essere assunto come comune denominatore: l'esigenza di chiarezza giuridica avvertita tra gli operatori del settore.

Il complesso delle disposizioni applicabili determina sovente dubbi interpretativi di non poco conto, rendendo difficoltoso il compito di coloro i quali, per ragioni professionali, sono chiamati ad applicare le procedure di settore e a districarsi in relazione ai vuoti normativi.

Il tutto è reso ancora più difficile dalle distinte professionalità che sono chiamate ad applicare tali regole: ingegneri, geometri ed, in generale, tecnici, che devono confrontarsi periodicamente con temi e questioni di indubbio interesse per la vita economica delle imprese o dell'amministrazione pubblica rappresentata.

È proprio tenendo conto delle esigenze di tali soggetti che è stato pensato questo manuale, cercando di offrire agli stessi una guida operativa di immediata consultazione.

Infatti, uno degli argomenti di diritto espressione delle caratteristiche di complessità appena descritte è rappresentato proprio dall'istituto delle riserve, quale strumento giuridico previsto dall'ordinamento per consentire all'appaltatore di un'opera pubblica di rilevare le contestazioni ed avanzare nuove richieste alla stazione appaltante.

Il tema sarà affrontato sotto una duplice prospettiva: normativa e giurisprudenziale.

Infatti, accanto all'imprescindibile dato normativo di riferimento, proprio a causa dei dubbi e delle incertezze applicative, un ruolo centrale deve essere riconosciuto alla giurisprudenza e alle numerose pronunce dei collegi arbitrali, generalmente coinvolte nella questione esaminata in virtù delle frequenti clausole arbitrali previste nei contratti e nei capitolati speciali di appalto.

L'esposizione procederà di pari passo: per ogni aspetto trattato, dopo un sintetico commento introduttivo, mirato all'esposizione delle specifiche caratteristiche dell'ambito trattato ed alla normativa rilevante, si passerà ad una rassegna di pronunce giurisprudenziali e di lodi arbitrali degli ultimi anni, selezionati in base al tema oggetto di commento.

L'istituto delle riserve, dunque, costituirà l'oggetto di questa trattazione, ma, considerato l'esteso campo di azione dello stesso, potenzialmente applicabile a tutte le questioni che emergono in fase esecutiva e riguardanti l'oggetto del contratto di appal-

to, saranno trattati, sia pure incidentalmente, anche altri aspetti ed istituti rilevanti, quali, ad esempio, le varianti in corso d'opera, l'anomalo andamento dei lavori, la documentazione contabile di cantiere, il corrispettivo dell'appalto, il collaudo, etc.

In conclusione, è sicuramente opportuna una precisazione.

Dopo anni di attesa, il Capo dello Stato ha firmato il Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, costituente il nuovo **Regolamento attuativo del codice dei contratti**, previsto dall'articolo 5 del D.Lgs. n. 163/2006, la cui pubblicazione avverrà dopo il visto della Corte dei Conti.

L'intervento assume un'importanza notevole per il settore dei lavori pubblici, in quanto sostituirà integralmente il Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il Decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 e il Decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384, oltre ad abrogare diverse disposizioni del decreto del Ministro dei lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145 e della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F.

Tuttavia, una volta pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, ad esclusione delle disposizioni in tema di sanzioni pecuniarie nei confronti delle SOA (articoli 73 e 74), il citato Regolamento entrerà in vigore trascorsi 180 giorni.

Inoltre, per definire l'immediato ambito di operatività dello stesso, occorrerà una attenta valutazione delle molteplici norme transitorie contenute nella parte finale.

Pertanto le disposizioni che saranno esaminate nel successivo paragrafo, e che sono espressione della 'vecchia' legge sui lavori pubblici (Legge n. 109/1994, c.d. Merloni, abrogata dal D.Lgs. n. 163/2006) e dei regolamenti connessi, saranno destinate ad avere applicazione ancora per un periodo di tempo medio-lungo, ciò in virtù del principio giuridico "*tempus regit actum*".

Come risaputo, esso sostanzialmente permette di fissare l'intera disciplina normativa applicabile ad un determinato contratto di appalto al momento della pubblicazione del bando.

Per tale ragione la normativa che sarà sostituita dal nuovo regolamento, continuerà ad avere vigore ed a produrre effetti giuridici in relazione agli appalti e concessioni i cui bandi di gara siano stati già pubblicati.

Infine, si aggiunga che, da una prima lettura del decreto firmato dal Presidente della Repubblica, non si registrano particolari novità in tema di riserve, fatto salvo il riferimento in maniera più ampia all'esecutore e non più all'appaltatore.

Tuttavia, per migliorare l'aspetto operativo del presente manuale, ogni citazione degli articoli dei suddetti regolamenti sarà in relazione con una nota di rinvio che fornirà al lettore l'indicazione del corrispondente articolo del nuovo regolamento, secondo lo schema ad oggi approvato in via definitiva, con Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010*.

* *Il rinvio agli articoli dello schema del Regolamento ex articolo 5 del D.Lgs. n. 163/2006, approvato con Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, in corso di pubblicazione, è solo indicativo, poiché potrebbero essere riscontrabili variazioni rispetto al testo che entrerà in vigore, dovuti ad ulteriori modifiche prima della pubblicazione. Pertanto, l'Autore non si assume la responsabilità di eventuali imprecisioni nelle suddette indicazioni.*

Sotto il profilo metodologico il volume si propone di fornire ai tecnici, professionisti e pubbliche amministrazione uno strumento operativo che possa servire da valido ausilio nella gestione della fase esecutiva delle opere pubbliche.

Il sistema delle riserve negli appalti pubblici assume infatti un'indubbia importanza, specie in relazione alla continua evoluzione giurisprudenziale che fissa riferimenti sempre nuovi.

L'Autore

Ringraziamenti

Si ringrazia la rivista “*Archivio Giuridico delle Opere Pubbliche*”, dalla quale sono stati tratti i lodi arbitrali.

CAPITOLO 1

**PRINCIPALI RIFERIMENTI NORMATIVI
IN TEMA DI RISERVE**

Sotto il profilo normativo, allo stato attuale, i riferimenti principali in materia di riserve negli appalti pubblici sono rappresentati dal Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (c.d. Regolamento Merloni) e dal Decreto ministeriale 19 aprile 2000, n. 145 (capitolato generale d'appalto).¹

Tale 'impalcatura' normativa rimarrà in vigore fino a quando non verrà definitivamente pubblicato ed entrerà in vigore il Regolamento di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, già approvato in via definitiva con Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010.

Come anticipato nelle premesse, infatti, adesso si attende la sua pubblicazione nella G.U.R.I. (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana), che viene data da più parti per imminente.

Le resistenze e le suddivisioni si registrano da più fronti, ma pare che alcuni aspetti tecnici legati alla riclassificazione delle categorie e classifiche in materia di SOA siano state al centro di forti dispute.

È indubbio che il nuovo Regolamento avrà importanti riflessi anche in tema di riserve, quantomeno in relazione ai riferimenti normativi che non saranno più rinvenibili nei diversi regolamenti (legati alla Legge n. 109/1994, abrogata dal D.Lgs. n. 163/2006), ma in un corpus normativo unico.

È presumibile che le ragioni di fondo e la *ratio* che sarà oggetto di questa trattazione rimarrà sostanzialmente invariata, considerate le specificità dell'istituto esaminato, ma, in ogni caso, l'analisi della disciplina applicabile al momento in cui si scrive è di indubbia utilità, considerato che si riferisce ad una molteplicità di rapporti contrattuali che continueranno a sussistere e produrre effetti ancora per diversi anni.

Tornando ad occuparci dell'aspetto normativo in tema di riserve, appare opportuno, preliminarmente, richiamare la normativa pregressa che, anche se oggi formalmente abrogata, può continuare ad avere vigore in virtù del richiamato principio "tempus regit actum", che individua la normativa applicabile di riferimento al momento della pubblicazione del bando.

In tal senso può essere utile richiamare il Decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063, in tema di "Approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici", oggi abrogato dal D.P.R. n. 554/1999.

¹ Il Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 e il D.P.R. n. 34/2000, saranno sostituiti dal nuovo Regolamento ex articolo 5 del D.Lgs. n. 163/2006, approvato in via definitiva dal Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 (in attesa di pubblicazione) il quale abrogherà parzialmente anche il D.M. 19 aprile 2000, n. 145.

In tale complesso normativo è stabilito ad esempio all'articolo 26 che *“I documenti contabili sono tenuti secondo le prescrizioni del regolamento approvato con regio decreto 25 maggio 1895, n. 350.*

Le osservazioni dell'appaltatore sui predetti documenti, nonché sul certificato di collaudo, devono essere presentate ed iscritte, a pena di decadenza, nei termini e nei modi stabiliti dal regolamento di cui al precedente comma”.

Il richiamo al vecchio Regolamento, permette a sua volta una residua efficacia, per gli appalti affidati prima del 1999, di un complesso normativo risalente alle fine del 1800.

L'articolo 11 del predetto regolamento prevede che *“Qualora, pur non riscontrandosi, a giudizio del direttore, delle differenze, l'impresa intenda fare delle riserve, queste debbono essere formulate nel modo indicato nei successivi artt. 54 e 89 e trascritte, al momento della firma, nel processo verbale di consegna, le cui risultanze si avranno altrimenti come definitivamente accertate”.*

Ed a sua volta, ad esempio, l'articolo 54 prevede tra l'altro che *“Il registro di contabilità deve essere firmato dall'appaltatore con o senza riserve nel giorno che gli vien presentato.*

Nel caso in cui l'appaltatore ricusi o non si presti a firmare il registro, lo si inviterà a firmarlo entro il termine perentorio di 15 giorni, e qualora persista nell'astensione o nel rifiuto se ne farà espressa menzione nel registro.

Se l'appaltatore ha firmato con riserva egli deve, nel termine di 15 giorni, spiegare 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”.

Tornando alla disciplina odierna, ai sensi dell'articolo 165 del D.P.R. n. 554/1999², *“Il registro di contabilità è firmato dall'appaltatore, con o senza riserve, nel giorno in cui gli viene presentato”.*

Individuato, dunque, “l'antenato” della disciplina attuale.

² Con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento la norma corrispondente, con le eventuali modifiche ed integrazioni, sarà contenuta dall'articolo 190, secondo cui: *“1. Il registro di contabilità è firmato dall'esecutore, con o senza riserve, nel giorno in cui gli viene presentato. 2. Nel caso in cui l'esecutore, non firmi il registro, è invitato a farlo entro il termine perentorio di quindici giorni e, qualora persista nell'astensione o nel rifiuto, se ne fa espressa menzione nel registro. 3. Se l'esecutore, ha firmato con riserva, qualora l'esplicazione e la quantificazione non siano possibili al momento della formulazione della stessa, egli esplica, 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. 4. 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. 5. Nel caso in cui l'esecutore non ha firmato il registro nel termine di cui al comma 2, oppure lo ha fatto con riserva, ma senza spiegare le sue riserve nel modo e nel termine sopraindicati, 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. 6. Ove per qualsiasi legittimo impedimento non sia possibile una precisa e completa contabilizzazione, il direttore dei lavori può registrare in partita provvisoria sui libretti, e di conseguenza sugli ulteriori documenti contabili, quantità dedotte da misurazioni sommarie. In tal caso l'onere dell'immediata riserva diventa operante quando in sede di contabilizzazione definitiva delle categorie di lavorazioni interessate vengono portate in detrazione le partite provvisorie”.*