



ORDINE DEGLI INGEGNERI
DELLA PROVINCIA DI MILANO

IF

COMMISSIONE
INGEGNERIA FORENSE

Seminario

LA GESTIONE DELLE RISERVE NELLE OO.PP.

Milano, 9 giugno 2011

Riserve: generalità

- ❑ Riserva come preannuncio di disaccordo (=firma con riserva)
- ❑ Riserva come domanda (R 142⁴, 157⁴, 161¹⁷, 189, 201² 202¹ lett. e), 233) o reclamo o contestazione (158⁸, 182³, 191) con cui l'esecutore esprime alla SA il suo dissenso circa la contabilizzazione dei lavori o il contenuto degli atti di direzione o di controllo dell'appalto

Riserve: generalità

- Finalità:
 - per la SA:
 - dare alla stazione appaltante immediata evidenza dello scostamento prospettico dei costi preventivati nel QTE
 - accertare immediatamente fatti che in seguito potrebbe essere difficoltoso o impossibile documentare
 - consentire alla SA di ricercare, se del caso, nuove ed ulteriori fonti di finanziamento o di decidere un recesso o una risoluzione del contratto
 - per l'appaltatore:
 - impedire che la sottoscrizione degli atti contabili possa essere assunta come acquiescenza dell'appaltatore (firma con riserva);
 - evitare la decadenza del diritto, che così potrà essere fatto valere in seguito

Riserve: generalità

□ Contenuto

- Vario: onerosità o difficoltà dell'esecuzione di certe lavorazioni, misurazioni, interpretazione di norme, situazioni di fatto, andamento dell'appalto, imposizione di un diverso sistema di lavorazioni, ritardi nei pagamenti della stazione appaltante, ogni altra causa di pregiudizio, etc.

□ Forma

- Solo scritta, solo negli atti specificamente indicati, solo con i requisiti prescritti, solo nei termini stabiliti

Riserve: generalità

- Riserve riferite alla contabilizzazione dei lavori
 - R 182 giornale dei lavori
 - R 189 registro di contabilità
 - R 161¹⁶⁻¹⁷: equo compenso per varianti produttive di «notevole pregiudizio economico»
 - R 163⁵ (mancato) concordamento nuovi prezzi
 - R 201: conto finale

Riserve: generalità

- Riserve riferite ad atti della direzione dei lavori o ad altri atti di controllo o verifica
 - R 155⁴ consegna dei lavori
 - R 157⁴ ritardata consegna dei lavori
 - R 158⁸ illegittima sospensione dei lavori
 - R 159³ illegittima protrazione della sospensione dei lavori
 - R 164 composizione di controversie con la SA
 - R 152³, 191 ordini di servizio del DL
 - R 233 collaudo

Riserve: termini

- Principio di tempestività:
 - non appena i danni si verificano e sono percepibili secondo buona fede e media diligenza
- Principio di controllo della spesa, che consente alla stazione appaltante:
 - di avere immediata contezza dei costi
 - di reperire, occorrendo, nuove risorse
 - di risolvere il contratto o di recedere
- Quindi:
 - la riserva va formulata subito R 189, 190^{1,2,5}, 191²
 - se non subito, entro 15 giorni previo invito 190²⁻³
 - ovvero sul «primo atto idoneo» sottoposto all'esecutore per la firma R 191²; dipende, dunque, dall'oggetto della riserva

Riserve: termini

- «atti idonei» ex R 191² nei casi di:
 - equo compenso per varianti R 161¹⁷
 - (non) concordamento di nuovi prezzi R 163⁵
 - controversie con la stazione appaltante R 164¹
- «Insorgenza» o «cessazione» del fatto pregiudizievole ex R 191: è una scelta facoltativa dell'appaltatore?
 - fatti istantanei
 - fatti continuativi: dopo la cessazione / non appena il danno è percepibile secondo buona fede e media diligenza (anche se il fatto non è ancora cessato)

Riserve: termini

- ❑ Mancato invito a firmare il Registro di contabilità ex R 189
- ❑ è rituale la firma del registro di contabilità non immediata, ma comunque entro il termine di cui all'art. R 190², con iscrizione di riserva solo in questa sede?

Riserve: modalità

- Regole espresse per fatti od eventi specifici
 - ordine di servizio R 152³: lo stesso ordine di servizio, poi il registro di contabilità
 - consegna dei lavori R 155⁴: lo stesso verbale di consegna, poi il registro di contabilità
 - ritardata consegna dei lavori R 157⁴: lo stesso verbale di consegna, poi il registro di contabilità
 - sospensione dei lavori R 158⁸: verbale di sospensione + verbale di ripresa; per sospensioni inizialmente legittime solo verbale di ripresa; [poi registro di contabilità]
 - illegittima protrazione della sospensione R 159³: [verbale di ripresa, poi registro di contabilità]

Riserve: modalità

- L'iter "ad ostacoli" della riserva
 - *Iscrizione*: firma con riserva R 190¹
 - *Esplicazione*: esposizione dei fatti e del pregiudizio sofferto R 190³; specificità e puntualità della descrizione R 191³
 - *Quantificazione* della pretesa R 190³, R 191³
 - immodificabilità R 191⁴, ma...
 - aggiornabilità R 201²
 - L'iscrizione nel registro di contabilità R 191²
 - La conferma «espressa» nel conto finale R 191²

Riserve: le patologie

- “Vizi” della riserva
 - omissione (assoluta)
 - omissione sul primo atto idoneo R 191²
 - omissione sul registro di contabilità R 191²
 - = tardività
 - mancata conferma nel conto finale R 191²
 - diversità per oggetto o per importo nel conto finale R 201²
 - incongruenza (certificato di collaudo R 233¹)
 - mancata esplicazione (genericità) R 191³
 - mancata quantificazione R 191^{3,4}

- Fatti equipollenti, negli effetti, alla riserva irrituale
 - mancato compimento di atti prodromici e condizionanti (diffida nel caso di R 159³)
 - mancata sottoscrizione del Registro di contabilità R 190⁵

Riserve: effetti giuridici della riserva “irrituale”

- Effetto sostanziale (sul diritto dell'appaltatore)
 - I fatti si intendono definitivamente accettati o accertati in danno dell'esecutore: fatti documentati nel Registro di contabilità R 190⁵; prezzi R 163⁵
 - decadenza dal diritto R 152³, R 191²
- Effetto procedurale (sulla riserva stessa e sugli atti dell'appalto)
 - Inammissibilità R 191³ (sul quantum; ma principio generalizzabile)

Riserve: effetti giuridici della riserva, invece, “rituale”

- Nel caso di superamento in corso d’opera della soglia di valore ex C 2401 (variazione «sostanziale» dell’importo dell’opera, comunque non <10%) → procedura di accordo bonario o transazione;
- Altrimenti le riserve sono **valutate**:
 - in sede di conto finale, (nuovamente) dal D.L. (R 200^{2f})
 - dal R.u.p. nella sua relazione riservata R 202²
 - in sede di collaudo, dall’organo di collaudo nella sua relazione riservata R 215³, R 217¹ lett. o), R 225³
- e infine **decise** dalla SA (unitamente a quelle eventualmente mosse in riferimento alle operazioni di collaudo R 233) R 234²
- in caso di insoddisfazione dell’esecutore
 - accordo bonario ex C 240 oppure
 - contenzioso (Giudice ordinario; arbitri, se così previsto dal contratto C 241; transazione C 239)

Riserve: effetti giuridici della riserva, invece, “rituale”: questioni varie

- la riserva vale come costituzione in mora?
 - no: manca l'intimazione e comunque la somma non è né certa né liquida né esigibile
- l'importo della riserva limita il quantum della domanda giudiziale o arbitrale C 240-bis¹
- può la SA rinunciare a far valere la decadenza o l'inammissibilità di una riserva?
 - secondo la Cassazione sì
 - anche in forma tacita (esempio: offerta a saldo e stralcio; rigetto per infondatezza; etc.)

Riserve: adempimenti del D.L.

- del D.L.:
 - ad ogni iscrizione: «motivate deduzioni» R 189, R 190⁴
 - termine di 15 giorni - R 190⁴: vale sempre o solo nel caso di firma non contestuale ex R 190³?
 - responsabilità del D.L. R 190⁴
 - relazione riservata allegata al conto finale ex art. R 200² lett. f
 - monitoraggio delle riserve ai fini dell'eventuale avvio «immediato» della procedura di accordo bonario C 240³

Riserve: adempimenti del collaudatore

□ del collaudatore:

- relazione riservata allegata al certificato di collaudo - R 225³
- «considerazioni» relative alle richieste avanzate dall'appaltatore in sede di sottoscrizione del certificato di collaudo - R 233³

Riserve: casi in cui la riserva non serve o è preclusa dalla legge

□ Non serve:

- R 142⁴: interessi per ritardato pagamento

□ È vietata:

- R 171⁸ riserve per insufficiente compensazione dei prezzi (nei casi ex C 133^{6-bis})
- C 240-bis^{1-bis}: aspetti progettuali fatti oggetto di verifica ex art. C 112

Riserve: altri effetti giuridici

- Commisurazione del compenso del collaudatore R 238²

2. L'accordo bonario

- ❑ è un accordo transattivo che, se raggiunto (ad esito di un procedimento decisorio "para-arbitrale"), pone termine, grazie a mutue concessioni e rinunzie, al contrasto tra SA ed appaltatore originato dalla proposizione di riserve in misura complessivamente pari o superiore ad una soglia qualificata, segnata dalla
- ❑ variazione sostanziale dell'importo dell'opera e comunque non $< 10\%$ C 240¹
- ❑ nel corso dell'appalto possono trovar luogo al massimo due soli procedimenti C 240²

Accordo bonario: procedimento e responsabilità

□ Il D.L.:

- monitora costantemente l'ammontare complessivo delle riserve lungo tutto il corso dell'esecuzione;
- al superamento della soglia di valore, avvisa «immediatamente» la SA C 240³
- redige e trasmette «nel più breve tempo possibile» apposita relazione riservata C 240³

Accordo bonario: procedimento

- Il R.u.p.:
 - accerta ed apprezza l'effettivo raggiungimento della soglia di valore ex art. C 240¹ (il procedimento, quindi, non ha corso "a prescindere"); due possibilità:
 - se l'appalto vale più di 10 mln di euro 240⁵:
 - entro 30 giorni - C 240⁵ - promuove la costituzione di una commissione di tre esperti, uno per parte C 240⁸
 - entro 10 giorni dalla comunicazione del D.-L. nomina il componente dell'Amministrazione aggiudicatrice C 240⁸ ed
 - invita l'esecutore a nominare il proprio C 240⁷

Accordo bonario: procedimento

- Il terzo componente:
 - è Presidente del Collegio C 240^{9-bis}
 - è scelto dai primi due entro 10 giorni dalla rispettiva nomina C 240⁸ o, in mancanza, dal Presidente del Tribunale C 240⁹
- La commissione:
 - acquisisce le relazioni riservate del D.-L. e dell'organo di collaudo ove già costituito C 240⁵
 - entro 90 giorni dalla costituzione formula una «proposta motivata di accordo bonario» C 240⁵,
 - quest'ultima può vincolare le parti se queste così hanno deciso all'atto della nomina; in tal caso l'accordo bonario è sottoscritto direttamente dai commissari C 240¹¹ in nome e per conto delle parti
 - è remunerata un po' meno di un Collegio arbitrale ma sempre con oneri a carico della sola SA C 240¹⁰

Accordo bonario: procedimento

- Le parti:
 - Nominano, ciascuna, il proprio componente (per la SA provvede lo stesso R.u.p. entro 10 giorni dalla comunicazione del D.L. C 240⁷; l'appaltatore vi provvede entro 20 giorni dalla richiesta del R.u.p. C 240¹³)
 - entro 30 giorni dal ricevimento della proposta della commissione si pronunziano su di essa (sempre che non abbiano dato mandato pieno ai commissari) C 240¹²
 - se l'accolgono, si forma processo verbale C 240¹⁷ e la SA esegue l'accordo nelle modalità ordinarie;
 - sono dovuti gli interessi legali a partire dal 60° giorno dal perfezionamento dell'accordo C 240¹⁹ (il che significa che la SA ha 60 giorni per pagare)
 - se la respingono, la riserva rimane pendente e viene affrontata alla fine insieme a tutte le altre eventualmente rimaste; tuttavia è immediatamente spendibile il rimedio contenzioso C 240¹⁶

Accordo bonario: procedimento

- Se l'appalto è inferiore a 10 mln di euro il R.u.p. può discrezionalmente:
 - nominare la commissione C 240¹⁴; oppure,
 - in alternativa, formulare autonomamente una proposta motivata di accordo bonario C 240¹⁵
 - anche in tal caso le parti dichiarano se accettano o respingono la proposta di accordo (C 240¹² richiamato dal C 240¹⁵)
 - gli esiti sono gli stessi già visti

Accordo bonario: procedimento

- quale che sia il valore delle riserve da definire, il R.u.p.:
 - avvia senz'altro il procedimento per le riserve rimaste pendenti dopo il positivo collaudo negli appalti di valore > 10 mln di euro - C 240⁶
 - può avviarlo negli appalti di valore < 10 mln - C 240¹⁴

3. L'arbitrato

- ❑ Vietato nel 2007, oggi nuovamente possibile ma solo se nel bando o nella lettera d'invito la stazione appaltante dichiara che il contratto sarà corredato di clausola compromissoria; l'aggiudicatario può però «ricusarla» C 241^{1-bis}
- ❑ Riguarda non solo le riserve ma in linea generale tutte le controversie relative a diritti soggettivi originate dall'esecuzione del contratto
- ❑ Realizza una deroga alla competenza del Giudice ordinario; la giurisdizione, infatti, non è disponibile dalle parti
- ❑ Non può riguardare questioni devolute alla giurisdizione del Giudice amministrativo, salvo che riguardi posizioni di diritto soggettivo e l'arbitrato sia di diritto C.p.a. 12
- ❑ La giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo riguarda essenzialmente (art. 133 C.p.a.) le vertenze aventi ad oggetto:
 - gli atti e le procedure di affidamento
 - i provvedimenti in materia di rinnovo tacito del contratto
 - l'interpretazione e l'applicazione della clausola di revisione prezzi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ex art. 115 D.Lgs 163/06
 - i provvedimenti applicativi dell'adeguamento prezzi ex art. 133³⁻⁴ D.Lgs 163/06

Arbitrato

□ Gli arbitri:

- sono tre, di particolare esperienza C 241⁴⁻⁵
- quello nominato dalle parti o dagli arbitri di comune accordo deve essere anche indipendente e presiede il Collegio C 241⁵
- se le parti o gli arbitri non si accordano il terzo arbitro è nominato dalla Camera arbitrale C 241¹⁵
- sono pagati dalle parti secondo tariffe speciali (d.m. 358/2000), peraltro dimezzate

Arbitrato

- Il giudizio:
 - è di diritto (arg. C 241^{15-bis})
 - per la procedura vale il cod. proc. civ. C 241²
 - in particolare:
 - termine per il deposito del lodo: 240 giorni dalla costituzione del Collegio art. 820 Cod. proc. civ., prorogabile dalle parti oppure ex lege alla ricorrenza di determinate circostanze art. 820 Cod. proc. civ.
 - Valgono tutti i mezzi di prova tranne il giuramento C 241⁸
 - il lodo è depositato presso la Camera Arbitrale
 - è appellabile entro 90 giorni dalla notifica o entro 180 giorni dal deposito C 241^{15-bis}
 - la Corte d'Appello in sede di impugnazione può sospenderne l'efficacia C 241^{15-ter}

4. Tutela giudiziale

- È fatta ovviamente salva
- segue le regole generali
- le vertenze giudiziali in materia di contratti pubblici non sono tra quelle per cui la previa mediazione ex D.Lgs 28/10 è condizione di procedibilità
 - La mediazione, infatti, è tale solo per le azioni giudiziali «*in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari*» (art. 5 D.Lgs 28/10)