

## Regolamento

# Il nuovo Regolamento e l'esecuzione dei lavori

di Arrigo Varlaro Sinisi

---

Il Regolamento introduce alcune novità sostanziali nella disciplina dell'esecuzione dei lavori pubblici (subappalto, varianti, riserve ecc.), che l'autore analizza, evidenziandone le criticità, anche rispetto alla preesistente normativa; non mancano richiami alla giurisprudenza in materia.

---

### **Le novità del Regolamento in tema di esecuzione dei lavori**

Il Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, nel disciplinare la fase di esecuzione dei lavori, introduce alcune novità rispetto a quanto previsto, sempre in tema di esecuzione dei lavori, dal precedente regolamento (d.P.R. n. 554/1999), di attuazione della vecchia legge quadro sui lavori pubblici (legge n. 109/1994 e s.m.i.).

Come si avrà modi di evidenziare più avanti, alcune delle novità presenti nel "nuovo" regolamento sono squisitamente formali, altre individuano ulteriori competenze in capo alle professionalità della stazione appaltante coinvolte, a vario titolo, nell'esecuzione dei lavori, altre ancora investono le obbligazioni del committente e soprattutto dell'appaltatore.

Le norme in questione sono contenute nella parte seconda del Regolamento, sotto il titolo VIII, il quale, a propria volta è suddiviso in due capi: il primo («Direzione dei Lavori») individua le principali funzioni e competenze delle diverse professionalità che costituiscono l'ufficio di direzione dei lavori. Il secondo, disciplina gli istituti principali che caratterizzano l'esecuzione dei lavori (la consegna, le sospensioni, le varianti, il subappalto, l'adeguamento prezzi ecc.).

### **Disposizioni e ordini di servizio**

Una delle prime novità che si incontrano nella parte del Regolamento in esame, riguarda "l'ordine di servizio".

In argomento, l'art. 128 comma 1 del d.P.R. n. 554/1999 stabiliva che "*L'ordine di servizio è l'atto mediante il quale sono impartite tutte le disposizioni e istruzioni da parte del responsabile del procedimento al direttore dei lavori e da quest'ultimo all'appaltatore*".

Il nuovo Regolamento introduce una distinzione che non era presente nella norma sopra richiamata: il responsabile del procedimento impartisce le istruzioni al direttore dei lavori non più con "ordine di servizio", ma attraverso "disposizione di servizio"; mentre, entrambi, impartiscono le istruzioni all'appaltatore attraverso: "l'ordine di servizio".

Si tratta di una distinzione opportuna, in quanto contribuisce a chiarire che tra responsabile del procedimento e direttore dei lavori non c'è alcun rapporto gerarchico, nel senso che il secondo non deve attenersi agli "ordini" del primo. Ed infatti le due diverse figure professionali assumono, in fase di esecuzione dei lavori, funzioni e compiti ben distinti tra di loro: al Direttore dei lavori spetta la responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività di tutto l'ufficio di direzione dei lavori (art. 148, comma 2 del nuovo Regolamento, già art. 124 comma 2 del d.P.R. n. 554/1999). Mentre al re-

sponsabile del procedimento, nella fase di esecuzione dei lavori, spettano tutta una serie di compiti (delineati per lo più dagli articoli 9 e 10 del Regolamento), che possono riassumersi come un'attività di vigilanza sul contratto, finalizzata a verificare che i lavori siano eseguiti nel rispetto dei termini e tempi contrattuali e di legge. Egli, in ogni caso, non esercita alcuna ingerenza diretta sull'esecuzione dei lavori, ne risponde in alcun modo se gli stessi lavori non sono eseguiti a regola d'arte.

E' evidente, dunque, come tra responsabile del procedimento e direttore dei lavori non possa e non debba parlarsi di subordinazione gerarchica<sup>1</sup>, quanto, piuttosto, di cooperazione, senza che ciò implichi interferenza tra le rispettive competenze.

### **La consegna dei lavori**

L'art. 153 disciplina il «giorno e termine per la consegna» dei lavori. Il primo comma di tale disposizione stabilisce che il responsabile del procedimento autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori dopo che il contratto è divenuto efficace. Il responsabile del procedimento autorizza, altresì, ai sensi dell'art. 11, comma 9 del Codice, il direttore dei lavori alla consegna dei lavori subito dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace. Questa disposizione, che ricalca quella già contenuta all'art. 129 del D.P.R. n. 554/1999, deve oggi essere coordinata con l'art. 11 comma 9 del Codice il quale, dopo le modifiche ed integrazioni (cosiddetta clausola “*stand still*”) introdotte ad opera del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, detta le regole da seguire anche per l'esecuzione d'urgenza dei lavori, e quindi la consegna degli stessi, anche prima della sottoscrizione del contratto d'appalto.

### **Il controllo sul ribasso dei prezzi praticati al subappaltatore**

Una novità significativa la troviamo al comma 4 lett. c) dell'art. 148. Si tratta di una disposizione che tende a fare chiarezza su chi, nell'ambito della stazione appaltante, debba effettuare i controlli sui prezzi praticati ai subappaltatori.

Prima di vedere cosa stabilisce la norma regolamentare, vediamo in argomento cosa prevede la norma primaria. L'art. 118 comma 4 del Codice stabilisce che l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non

superiore al venti per cento. Ed ancora, che l'affidatario corrisponde gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso.

Il D.lgs 31 luglio 2007, n.113 (art. 3, comma 1 lett. h), ha aggiunto un ulteriore periodo alla norma: “*la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente*”.

La questione che si è subito posta all'indomani della novella del 2007, è chi fosse, all'interno della stazione appaltante, il soggetto responsabile del controllo in questione: il responsabile del procedimento o altri uffici della stazione appaltante? ed ancora, lo stesso controllo deve essere effettuato solo al momento della trasmissione del contratto di subappalto, oppure deve essere riproposto anche – o solo – in fase di esecuzione dei lavori subappaltati?

Questi aspetti sembrano ricevere una risposta nel d.P.R. n. 207/2010, il quale chiarisce che il direttore dei lavori ha l'onere di segnalare al responsabile del procedimento l'eventuale violazione della menzionata previsione del Codice (art. 118, comma 4). Sembra, dunque, un'attività che lo stesso deve svolgere, a prescindere da eventuali richieste di verifiche da parte della stazione appaltante.

In argomento, e quindi a proposito dei controlli previsti dal comma 4 dell'art. 118 del Codice, si osserva che ai sensi dell'art. 10, comma 3 lett. b) dello stesso Regolamento, il RdP “*verifica*”, sentito il coordinatore per la sicurezza e il direttore dei lavori, che l'esecutore corrisponda gli oneri della sicurezza al subappaltatore. La stessa norma, tuttavia, nulla dice a proposito del controllo che il RdP deve effettuare sul ribasso dei prezzi contrattuali praticati dall'aggiudicatario al subappaltatore.

In sintesi, dal coordinato disposto degli art. 118, comma 4 del Codice, dell'art. 148, comma 4 lett. C) del Regolamento, e dell'art. 10, comma 3 lett. B) dello stesso Regolamento, sembra potersi affermare che il controllo sul ribasso dei prezzi praticati dall'affidatario al subappaltatore deve essere effettuato dal Direttore dei Lavori, che vi provvede di propria iniziativa; se questi rileva la violazione della norma del Codice, la segnala al RdP; mentre il controllo sul ribasso degli oneri della sicurezza

<sup>1</sup> Subordinazione gerarchica che nel sistema normativo ante legge n. 109/1994 esisteva tra il direttore dei lavori e l'ingegnere capo.

spetta al direttore dei Lavori, che vi può provvedere sia di propria iniziativa, sia perché ciò gli viene chiesto dal RdP.

Chiarito chi debba effettuare i controlli sui prezzi praticati al subappaltatore, si tratta ora di capire quale siano le conseguenze per l'affidatario che risulti inadempiente a tale obbligo. La questione non sembra ricevere risposta nelle norme del regolamento, e pertanto va ricercata nei principi generali in termini di esatto adempimento delle obbligazioni dell'appaltatore.

Ad avviso di chi coscrive, poiché la previsione dell'art. 118 comma 4 del Codice impone all'appaltatore il rispetto di un particolare adempimento, la sua violazione potrebbe indurre la stazione appaltante a valutare la possibilità di risolvere il contratto per grave inadempimento dello stesso appaltatore.

A conferma di ciò è sufficiente ricordare che secondo l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, il solo ritardo con il quale l'appaltatore paga i subappaltatori, può concretizzare gli estremi di un grave inadempimento contrattuale da parte dell'appaltatore, qualora sia accertato che lo stesso non è frutto di un mera lentezza di trasmissione dei documenti contabili, ma di un effettivo mancato pagamento nei confronti del subappaltatore<sup>2</sup>. Questi principi, nel silenzio della norma, ben potrebbero trovare applicazione anche nel caso di violazione dell'obbligo imposto all'appaltatore dal disposto di cui all'art. 118, comma 4 del Codice.

### ***Estesa la deroga al divieto di subappalto a "cascata"***

In tema di subappalto cosiddetto a "cascata", l'art. 170 contiene alcune novità rispetto all'omologa previsione del vecchio regolamento (art. 141).

La prima di esse che viene in evidenza è quella contenuta al comma 2, secondo la quale il subappaltatore in possesso dei requisiti relativi alle categorie di lavori indicate nella stessa norma, e l'esecutore in possesso degli stessi requisiti, possono stipulare con il subcontraente il contratto di posa in opera di componenti e apparecchiature necessari per la realizzazione di strutture, impianti e opere speciali di cui all'art. 107, comma 2, lett. f), g), m), o) e p).

Prima di entrare nel merito delle "novità", giova osservare che tutte le categorie di lavorazioni di strutture, impianti e opere speciali indicate nella

norma in commento hanno ad oggetto la "fornitura" e "posa in opera" di particolari materiali.

Nello specifico: la lettera "f" ha ad oggetto la fornitura, il montaggio e la manutenzione o ristrutturazione di impianti pneumatici ed antintrusione – individuata nell'allegato A del medesimo Regolamento, con l'acronimo OS 5 - ; la lettera "g" riguarda la produzione in stabilimento industriale ed in montaggio in opera di strutture prefabbricate prodotte industrialmente – OS 13 -; le lettere "m" e "p" riguardano la fornitura e posa in opera rispettivamente di componenti strutturali in acciaio e di componenti per facciate continue (OS 18-A e OS 18-B).

Rispetto all'art. 141, comma 4 del D.P.R. n. 554/1999 vi è un'apparente estensione del numero delle categorie di strutture, impianti ed opere speciali per le quali è consentito il sub affidamento cosiddetto a cascata. Infatti, la norma del vecchio regolamento prevedeva che la stessa norma trovasse applicazione solo alle categorie di lavori comprese *sub* lettere c), d) ed l), laddove le prime due si identificano con gli attuali f) e g) mentre la lettera l) riguardava genericamente la fornitura e posa in opera di strutture e di elementi prefabbricati prodotti industrialmente.

In realtà non è così.

In passato l'Autorità per la vigilanza su lavori pubblici<sup>3</sup> ebbe modo di chiarire che sotto la lettera "l)" dell'art. 72 comma 4 del D.P.R. n. 554/1999 dovevano intendersi comprese tutte le lavorazioni aventi ad oggetto «la fornitura e posa in opera di strutture e di elementi prefabbricati prodotti industrialmente», e quindi anche la OS 13 e la OS 18 (quest'ultima, suddivisa dal nuovo Regolamento in OS 18A e OS-18B).

In altre parole, il nuovo regolamento altro non ha fatto che recepire in positivo quanto era stato chiarito dall'Autorità nella menzionata determinazione, senza per ciò stesso introdurre di fatto alcuna novità.

La novità c'è e riguarda i soggetti che possono praticare il cosiddetto subappalto a cascata.

La norma in esame, limitatamente alle categorie di lavori ivi indicate, per le quali è significativo che l'esecutore sia anche il fornitore della materia, consente il cosiddetto "subappalto a cascata", ma lo ammette per la sola attività di posa in opera.

Questa regola – già presente nel vecchio regolamento – costituisce una eccezione al principio ge-

<sup>2</sup> AVLP determinazione 28 aprile 2004, n. 7 («Mancato pagamento ai subappaltatori»), in G.U. n. 122 del 26 maggio 2004).

<sup>3</sup> AVLP determinazione n. 12 del 22 maggio 2001.

nerale (art. 118 comma 9 del Codice), secondo il quale l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto (divieto del subappalto a cascata).

Più in particolare si osserva che detta disposizione del Regolamento da attuazione a quanto previsto all'art. 118, comma 11 seconda parte del Codice, ai sensi del quale, per l'appunto, «il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento».

Il nuovo Regolamento, ha esteso la regola del subappalto "a cascata" anche all'esecutore dell'appalto.

Ciò vuol dire che anche l'esecutore diretto può subaffidare, senza alcun limite, le sole attività di posa in opera.

La questione non è priva di rilevanza.

Infatti, tutte le menzionate categorie di lavori per le quali è ammesso il subappalto a cascata sono comprese nell'ambito dell'elenco di cui all'art. 107 del nuovo Regolamento, e quindi appartengono al genere delle cosiddette categorie "super specialistiche", per le quali trova applicazione la regola codicistica di cui all'art. 37, comma 11.

In virtù di tale ultima disposizione, ove la categoria super specialistica indicata nel bando superi in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori, il subappalto è consentito nel limite del 30 per cento della categoria medesima.

A questo punto si tratta di capire se nel caso in cui una delle categorie indicate al comma 2 dell'art. 170 del Regolamento, sia di valore superiore al 15 per cento dell'importo totale dei lavori, l'esecutore che parteciperà all'appalto potrà subappaltare solo il 30 per cento della categoria medesima, comprendendo in tale percentuale anche la fornitura, o se, in virtù di quanto previsto dall'art. 170 del Regolamento, il limite in questione riguarderà le sole attività di posa in opera.

Si tratta di capire se la norma regolamentare è o meno in contrasto con quella primaria (art. 37, comma 11) che, come detto, stabilisce il divieto di subappalto oltre il 30 per cento per le categorie di lavori che superano il 15 del valore dell'appalto.

Ai posteri l'ardua sentenza !

### ***La sospensione dei pagamenti per omessa trasmissione delle fatture quietanzate***

Nel sistema tradizionale degli appalti pubblici, il subappaltatore (o il cottimista) viene pagato

dall'appaltatore. In vero, il Codice ammette la possibilità che sia direttamente la stazione appaltante a pagare il subappaltatore; ma per fare ciò è necessario che la stessa stazione appaltante lo abbia previsto espressamente nel bando di gara (art. 118, comma 3 del Codice).

Vi è un solo caso in cui la stazione appaltante è obbligata a pagare direttamente il subappaltatore, senza necessità di doverlo preventivamente indicare negli atti di gara: questa ipotesi<sup>4</sup> ricorre nei casi di subappalto di categorie cosiddette super specialistiche, ossia di quelle indicate all'art. 107 del Regolamento n. 207/2010, qualora l'importo di esse superi il 15 per cento del valore dell'appalto, nel qual caso l'appaltatore non potrà subappaltare solo il 30 per cento della categoria stessa. In questi casi la stazione appaltante provvederà a pagare direttamente il subappaltatore.

Al di là di questa specifica ipotesi, dove c'è l'obbligo del pagamento diretto al subappaltatore, nella prassi è assai poco frequente che le stazioni appaltanti si impegnano a pagare direttamente il subappaltatore.

Esse, infatti, solitamente pagano l'appaltatore, il quale, ricevuto il pagamento, ha l'obbligo di trasmettere alla stessa stazione appaltante, entro venti giorni, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti del subappaltatore e del cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate.

L'art. 118, comma 3 del Codice prevede che qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli stessi.

Questa previsione tende indubbiamente a tutelare i contraenti più deboli, ossia i subappaltatori.

Al fine di evitare che la mancata trasmissione di una fattura quietanzata del subappaltatore – magari di valore modesto rispetto all'importo del successivo SAL sospeso all'appaltatore – possa paralizzare l'intero appalto, interviene la "nuova" previsione contenuta all'art. 170, comma 7 del Regolamento n. 207/2010. Ai sensi di tale norma, qualora l'esecutore motivi il mancato pagamento al subappaltatore con la contestazione della regolarità dei lavori eseguiti da quest'ultimo e sempre che quanto contestato dall'esecutore sia accertato dal direttore dei lavori, la stazione appaltante sospende i pagamenti in favore dell'esecutore limitatamente alla

<sup>4</sup> Introdotta all'art. 118 comma 3 del Codice dal secondo dei decreti correttivi al Codice (art. 2, comma 1 lett. bb) del D.Lgs. n. 113/2007).

quota corrispondente alla prestazione oggetto di contestazione nella misura accertata dal direttore dei lavori.

In altre parole, ove l'aggiudicatario motivi di non avere provveduto al pagamento del subappaltatore, per il fatto che quest'ultimo non ha eseguito i lavori ad esso affidati a regola d'arte, il direttore dei lavori dovrà accertare che ciò corrisponda al vero; ove risulti che così non è, lo comunicherà alla stazione appaltante che ha l'obbligo di sospendere i pagamenti nei confronti dell'aggiudicatario. Se, viceversa, dovesse risultare fondata l'eccezione sollevata dall'aggiudicatario, la stazione appaltante sospenderà il pagamento all'aggiudicatario, limitatamente alle somme in contestazione.

La questione che si pone, e che la norma non chiarisce, è fino a quando la stazione appaltante debba mantenere la sospensione del pagamento di cui trattasi. In effetti essa dovrebbe permanere fino a quando perdura la situazione di conflitto tra appaltatore e subappaltatore. In ipotesi, fino a quando l'eventuale giudice investito della controversia non avrà definitivamente risolto la questione.

In questo senso si è espressa di recente anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici<sup>5</sup>, secondo la quale per il pagamento di tale somma si dovrà attendere le determinazioni del giudice cui è rimessa la soluzione della controversia. La stessa Autorità ha evidenziato inoltre che le modalità di conservazione delle somme trattenute sono rimesse al prudente apprezzamento della stazione appaltante (a titolo esemplificativo: intervento e deposito in giudizio, accantonamento in bilancio, deposito presso un notaio).

## Il cottimo

L'art. 170 al comma 6 contiene anche una ulteriore novità, rappresentata dalla definizione di contratto di cottimo.

Il vecchio regolamento, nella disposizione che disciplinava il "cottimo" (art. 144 del D.P.R. n. 554/1999) si limitava ad affermare che il «*cottimo è una procedura negoziata, adottata per l'affidamento dei lavori di particolari tipologie, individuate da ciascuna stazione appaltante, ai sensi dell'art. 88 – che specificava la tipologia di lavori eseguibili in economia – e di importo inferiore a 200.00 euro*».

<sup>5</sup> Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici parere prot. G48/10 del 10 febbraio 2011, in tema di mancato pagamento dei subappaltatori.

Ebbene, il comma 6 dell'art. 170 del D.P.R. n. 207/2010 stabilisce che il cottimo consiste nell'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto della eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'esecutore.

Il successivo art. 173 del regolamento, disciplina poi (in linea con quanto era previsto all'art. 144, commi 3 e 4 del D.P.R. n. 544/99), il contenuto minimo dell'atto di cottimo.

## La compensazione dei prezzi

È ben noto che la norma sulla "compensazione dei prezzi" ha trovato ingresso nel nostro ordinamento solo di recente, allorché il mercato delle materie prime destinate al mercato delle costruzioni ha fatto registrare un tanto imprevedibile quanto repentino aumento dei prezzi. Ed allora, sulla pressione degli operatori del settore, il legislatore della legge Finanziaria per il 2005 (art. 1, comma 550, della legge n. 311/2004) ha introdotto, all'art. 26 della legge n. 109/1994 e s.m.i. alcune disposizioni, successivamente confluite all'art. 133 nei commi da 4 a 8 del Codice, destinate a fronteggiare i forti squilibri che tali situazioni hanno generato sul sinallagma dei contratti d'appalto di lavori pubblici<sup>6</sup>.

Pur senza entrare, in questa sede, nel merito della disciplina codicistica, è appena il caso di rammentare che la menzionata norma del codice dei contratti stabilisce che qualora circostanze eccezionali determinino variazioni nel prezzo dei materiali di costruzione – in aumento o in diminuzione – superiori al 10 per cento rispetto al prezzo corrente

<sup>6</sup> In argomento, A. Varlaro Sinisi, *Il TAR Lazio annulla parte del DM del 9/1/2008 sui prezzi dei materiali da costruzione*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) 8 aprile 2009; *La norme straordinarie per il 2008, tese a fronteggiare l'aumento dei prezzi dei materiali da costruzione: il DL n. 162/2008 (modificato in sede di legge di conversione)*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) 16 dicembre 2008; *Caro prezzi: introdotte nuove norme con il D.L. n. 162/2008*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) 4 novembre 2008; *Il "caro ferro" non è più un fenomeno eccezionale! La disciplina della revisione dei prezzi tra il codice dei contratti pubblici e le norme speciali per i servizi e le forniture*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) 6 dicembre 2006; *La "revisione prezzi" negli appalti pubblici di lavori: il chiaroscuro normativo e l'incertezza degli operatori*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) 2 novembre 2005; *La revisione prezzi: luci ed ombre!*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) 28 gennaio 2005; *La revisione dei prezzi: un ritorno annunciato*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) 20 dicembre 2004.

nell'anno di presentazione dell'offerta, rilevato con apposito decreto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, si applica un meccanismo di "compensazione" del corrispettivo d'appalto per il valore percentuale che eccede il 10 per cento.

La disposizione in commento, inserita frettolosamente nel testo della legge finanziaria per il 2005, è apparsa da subito priva di una disciplina organica ed esaustiva, con inevitabili difficoltà nell'applicazione della norma stessa.

Per tale ragione il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, all'indomani dell'entrata in vigore della norma in questione, emanò la circolare 4 agosto 2005, n. 871, con la quale, tra l'altro, ha tracciato le linee guida del procedimento finalizzato al riconoscimento della "compensazione" dei prezzi.

Ora, il Regolamento ha ripreso il contenuto della menzionata circolare e lo ha riproposto all'art. 171.

In questo modo, quelle che erano linee guida dettate dall'Amministrazione delle infrastrutture, con l'entrata in vigore del Regolamento avranno forza di "legge", e saranno vincolanti per tutti i soggetti tenuti ad applicare il Regolamento medesimo (quindi, con un ambito soggettivo di applicazione molto più ampio e diffuso rispetto a quanti fossero tenuti ad uniformarsi alle indicazioni dell'anzidetta Amministrazione centrale).

Ed allora, il primo comma dell'art. 171 citato, prevede che nell'istanza di compensazione presentata ai sensi dell'art. 133, comma 6-bis, del codice, l'esecutore indica i materiali da costruzione per i quali ritiene siano dovute eventuali compensazioni. Ricevuta l'istanza, il responsabile del procedimento, successivamente alla richiesta dell'esecutore, dispone che il direttore dei lavori individui i materiali da costruzione per i quali sono dovute le eventuali compensazioni. Entro quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta dell'esecutore, il direttore dei lavori effettua i conteggi relativi alle compensazioni e li presenta alla stazione appaltante.

Il terzo comma della norma in commento prevede che la compensazione è determinata dal direttore dei lavori secondo la seguente procedura: fase a) le variazioni percentuali annuali, per effetto di circostanze eccezionali di cui all'art. 133, comma 4, del codice, che eccedono il dieci per cento sono applicate al prezzo, del singolo materiale da costruzione, rilevato nei decreti ministeriali annuali nell'anno solare di presentazione dell'offerta; fase b) la variazione di prezzo unitario determinata secondo la procedura di cui alla fase a) è applicata alle quantità del singolo materiale da costruzione contabilizzate

nell'anno solare precedente.

La norma – sempre in linea con le indicazioni contenute nella richiamata circolare – stabilisce che il direttore dei lavori provvede ad accertare le quantità del singolo materiale da costruzione cui applicare la variazione di prezzo unitario, determinata secondo la procedura di cui al comma 3, fase a), sia per le opere contabilizzate a misura che per quelle contabilizzate a corpo e a determinare l'ammontare della compensazione secondo la procedura di cui al comma 3, fase b).

Lo stesso direttore dei lavori individua, quindi la quantità del singolo materiale da costruzione, ove detto materiale risulti presente come tale in contabilità, riscontrando nel registro di contabilità, per le opere contabilizzate a misura, le quantità contabilizzate, e per le opere contabilizzate a corpo, le percentuali di avanzamento cui corrispondono le quantità determinate sulla base delle previsioni progettuali. Qualora il singolo materiale da costruzione sia compreso in una lavorazione più ampia, il direttore dei lavori provvede a ricostruirne la relativa incidenza quantitativa sulla base della documentazione progettuale e degli elaborati grafici allegati alla contabilità.

La stazione appaltante verifica, sempre tramite il direttore dei lavori, l'eventuale effettiva maggiore onerosità subita dall'esecutore, la quale dovrà da questi essere provata con adeguata documentazione: dichiarazione di fornitori o subcontraenti o con altri idonei mezzi di prova relativi alle variazioni, per i materiali da costruzione, del prezzo elementare pagato dall'esecutore, rispetto a quello documentato dallo stesso con riferimento al momento dell'offerta. In altre parole, spetta all'esecutore l'onere di fornire la prova del maggior onere economico-finanziario subito.

In proposito qualche perplessità si pone in ordine al fatto che in un rapporto contrattuale la prova della maggiore onerosità sopportata (da far gravare sull'altro contraente), possa ritenersi assolta da una semplice auto dichiarazione della parte interessata; è quindi ragionevole ritenere che la "dichiarazione" abbia valore indiziario, nel senso che la stessa debba comunque essere supportata da idonea documentazione, che sarà valutata dal direttore dei lavori.

Laddove la maggiore onerosità provata dall'esecutore sia relativa ad una variazione percentuale inferiore a quella riportata nel decreto ministeriale annuale, la compensazione è riconosciuta limitatamente alla predetta inferiore variazione per la parte eccedente il dieci per cento. Ove sia prova-

ta dall'esecutore una maggiore onerosità relativa ad una variazione percentuale superiore a quella riportata nel predetto decreto, la compensazione è riconosciuta nel limite massimo pari alla variazione riportata nel decreto ministeriale annuale, di cui all'art. 133, comma 6, del codice, per la parte eccedente il dieci per cento.

La norma precisa inoltre che i prezzi riportati nei decreti ministeriali annuali di cui all'articolo 133, comma 6, del codice assumono unicamente un valore parametrico e non interferiscono con i prezzi contrattuali dei singoli contratti.

Per quanto concerne poi il prezzo di un singolo materiale da costruzione, per il caso in cui lo stesso non risulti essere stato rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, in quanto non sono state rilevate le circostanze eccezionali di cui all'art. 133, comma 4, del codice, il direttore dei lavori fa riferimento al prezzo rilevato nel primo decreto ministeriale annuale, di cui all'art. 133, comma 6, del codice, disponibile, successivo all'anno di presentazione dell'offerta.

La norma puntualizza inoltre che sono esclusi dalla compensazione i lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta.

Ai lavori contabilizzati in un periodo di tempo inferiore all'anno solare, diversi da quelli contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta, si applica per intero la variazione di prezzo riportata nei decreti ministeriali annuali di cui all'art. 133, comma 6, del codice.

Il comma 8 della norma precisa inoltre che la compensazione non è soggetta al ribasso d'asta ed è al netto delle eventuali compensazioni precedentemente accordate.

Sul piano formale, la norma – riprendendo sempre quanto affermato nella menzionata circolare ministeriale – dispone che alla compensazione dei prezzi non si applica l'istituto della riserva, nel senso che l'esecutore, al fine di far valere la propria pretesa, non ha l'onere di iscrivere riserva. Trattasi di una precisazione opportuna, in quanto consente di evitare possibile incertezze interpretative.

Una questione che la norma non chiarisce è se in tema di "compensazione" dei prezzi possa ammettersi la possibilità di "patti in deroga".

In passato, in materia di "revisione dei prezzi" una tale possibilità era ammessa dal legislatore (art. 1, comma 1 del D.L.C.P.S. n. 1501/1947). Facoltà mantenuta ferma anche dopo l'entrata in vigore della legge (art. 1 della legge 23 ottobre 1963, n. 1481) che ha modificato, a favore dell'appaltatore, il pre-

supposto (percentuale di aumento del costo delle opere) per il quale era ammessa la facoltà dell'amministrazione di procedere alla revisione.

Successivamente, l'art. 2 della legge 22 febbraio 1973 n. 37 aveva stabilito che «*la facoltà di procedere alla revisione dei prezzi è ammessa, secondo le norme che la regolano, con esclusione di qualsiasi patto in contrario o in deroga*». Con ciò, implicitamente abrogando le precedenti contrarie previsioni normative che, per l'appunto, ammettevano la possibilità di "patti in contrario".

Tale divieto non era venuto meno a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 33 della legge 28 febbraio 1986 n. 41, «*che ha introdotto particolari modalità di riconoscimento della revisione prezzi dei lavori appaltati dallo Stato e dagli enti pubblici*».

La giurisprudenza ha confermato l'impossibilità di derogare al regime legale della revisione prezzi disposto dall'art. 2 della legge n. 37/1973<sup>7</sup>.

Ad avviso di chi scrive, e pur nel silenzio della norma, deve ritenersi che il riconoscimento della compensazione, in quanto diritto dell'appaltatore, è inderogabile, con la conseguenza che dovrebbero essere ritenute nulle eventuali previsioni negoziali contrarie.

Sul piano procedurale, il comma 9 della norma in commento prevede che nel termine di quarantacinque giorni decorrente dalla presentazione dei conteggi di cui al comma 2 da parte del direttore dei lavori, il responsabile del procedimento o il dirigente all'uopo preposto, provvede a verificare la disponibilità di somme nel quadro economico di ogni singolo intervento per la finalità di cui all'art. 133, comma 4, del codice, nonché a richiedere alla stazione appaltante l'utilizzo, ai sensi dell'art. 133, comma 7, secondo periodo, del codice, di ulteriori somme disponibili o che diverranno tali. Entro lo stesso termine il responsabile del procedimento, verificati e convalidati i conteggi effettuati dal direttore dei lavori, emette, ove esista la disponibilità dei fondi, il relativo certificato di pagamento.

La norma disciplina pure il caso in cui la procedura è avviata d'ufficio dalla stazione appaltante: si tratta delle ipotesi in cui si sia in presenza di materiali da costruzione che hanno subito variazioni in diminuzione; la procedura è avviata entro sessanta giorni dalla avvenuta pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del decreto mini-

<sup>7</sup> In tal senso, v. Cass., Sez. Un., 14 novembre 2005, n. 22903, in *Foro It. Rep. Opere pubbliche* [1735], n. 657.

steriale annuale di cui all'art. 133, comma 6, del codice. In tal caso il responsabile del procedimento accerta, con proprio provvedimento, il credito della stazione appaltante e procede ad eventuali recuperi. Nulla dice la norma in ordine a quelle che sono le conseguenze per le ipotesi in cui il responsabile del procedimento non avvii d'ufficio il procedimento in questione. In ogni caso, l'omesso avvio del procedimento per il recupero delle somme in questione dovrebbe configurare danno erariale a carico dello stesso responsabile del procedimento.

Sul punto la norma tuttavia nulla dice espressamente (a differenza di quanto accade, ad esempio, in altre fattispecie normative, come quando l'art. 240 comma 15-*bis* – in tema di accordo bonario – dispone che il responsabile del procedimento che non rispetta i termini di cui ai commi 5 e 13 del medesimo art. 240 risponde sia di danno all'erario che sul piano disciplinare).

Tornando all'ipotesi più classica, ove la richiesta di "compensazione" parte dell'appaltatore, si evidenzia che il termine per disporre il pagamento degli importi indicati nel certificato di pagamento non può superare i trenta giorni a decorrere dalla data di emissione del certificato stesso.

Relativamente agli interessi per ritardato pagamento si applicano le disposizioni previste dall'art. 144, commi 1 e 2, con la previsione che la mancata emissione del certificato di pagamento è causa imputabile alla stazione appaltante laddove sussista la relativa provvista finanziaria.

Infine, qualora il direttore dei lavori riscontri, rispetto al cronoprogramma di cui all'art. 40 del Regolamento, un ritardo nell'andamento dei lavori addebitabile all'esecutore, relativo a lavorazioni direttamente incidenti sui materiali soggetti a compensazione, non si applicano le compensazioni in aumento dovute al protrarsi dei lavori stessi oltre l'anno solare entro il quale erano stati previsti nel predetto cronoprogramma.

### **In tema di varianti: le mobili frontiere del quinto d'obbligo.**

In passato, in tema di "varianti in corso d'opera", si è discusso a lungo su come dovesse essere calcolato il cosiddetto quinto d'obbligo. In alcuni casi si è finanche giunti a metterne in discussione l'esistenza del limite in questione.

Un contributo al dibattito giunse anche dal Consiglio di Stato che, in occasione del parere reso sullo schema capitolato generale amministrativo

d'appalto, sostenne<sup>8</sup> che era venuto meno il limite in questione, atteso che il testo dell'allora art. 25 della legge quadro sui lavori pubblici n. 109/1994, non prevedeva questa limitazione, salva l'eccezione dell'errore progettuale (introdotto, peraltro, dalla legge cosiddetta Merloni *bis*, ossia la legge n. 216/1995).

In verità, il limite del cosiddetto quinto d'obbligo non è mai venuto meno, atteso che la relativa disciplina era ed è tutt'ora contenuta nell'antica legge n. 2248, allegato F, del 1865, il cui art. 344 non è stato abrogato dal Codice del 2006<sup>9</sup>.

L'abrogazione di tale norma, infatti, si avrà solo con l'entrata in vigore del D.P.R. n. 207/2010, giusto quanto previsto dall'art. 358, comma 1 lett. a) del medesimo Regolamento. Ciò trova conferma anche nella disciplina transitoria del Codice, dove è stabilito che l'art. 344 sopra citato resta in vigore fino a quando non entrerà in vigore il Regolamento (cfr art. 253 comma 1 *quinquies* del Codice, aggiunto dall'art. 2 del D.Lgs n. 152/2008).

Il limite del quinto di cui trattasi sarà quindi previsto nel nuovo Regolamento all'art. 161 comma 12, la cui disciplina ripete, nella sostanza, quella dell'art. 344 in parola.

Nello specifico, l'art. 161 comma 12 del nuovo regolamento dispone che: «*Per le sole ipotesi previste dall'art. 132 comma 1 del Codice, la stazione appaltante durante l'esecuzione dell'appalto può ordinare una variazione dei lavori fino alla concorrenza di un quinto dell'importo dell'appalto, e l'esecutore è tenuto ad eseguire i variati lavori agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario, salva l'eventuale applicazione del comma 6 del presente articolo e dell'articolo 163, e non ha diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo ai nuovi lavori*».

Sin qui, a ben vedere, un po' di ordine nel tessuto normativo in tema di varianti, ma niente di più.

La vera novità in tema di varianti in corso d'opera è contenuta all'art. 161 comma 14, laddove viene stabilito per la prima volta il criterio che le stazioni appaltanti dovranno seguire per calcolare il limite del quinto; a tal fine dovranno sommarsi: «l'importo del contratto originario, degli atti di sottomissione e di quelli aggiuntivi, nonché dalla somma egli importi riconosciuti ai sensi degli artt. 239 e 240, diversi da quelli a titolo risarcitorio».

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 24 gennaio 2000, n. 7.

<sup>9</sup> Per un approfondimento del tema, v. A. Varlaro Sinisi, *L'esecuzione dei lavori pubblici*, Milano, 2000, 146 ss.



È una novità da accogliere decisamente con favore, perché tende a fare chiarezza su uno degli aspetti più controversi in tema di varianti<sup>10</sup>.

#### ***Varianti in diminuzione proposte dall'appaltatore***

Tra le diverse norme del D.M. n. 145/2000 che sono state elevate a norma di rango regolamentare, ci sono gli articoli 11 e 12 del capitolato generale, che troviamo all'art. 162 del Regolamento.

Quest'ultima norma disciplina le variazioni in diminuzione migliorative proposte dall'appaltatore. Unica differenza di sostanza è che mentre all'art. 11, comma 5 del D.M. n. 145/2000, era previsto che le economie risultanti dalla proposta migliorativa approvata «sono ripartite in parti uguali tra stazione appaltante e appaltatore», il Regolamento stabilisce che una tale possibilità debba essere prevista nei capitolati speciali.

Ed infatti, non potrà effettuarsi la ripartizione delle economie derivanti da tali varianti, se ciò non sarà espressamente stabilito nel capitolato speciale.

#### **In tema di riserve**

Un'altra novità da segnalare riguarda le "riserve". In effetti non si tratta di una vera e propria novità, nel senso che il Regolamento fa propria una disposizione già presente nel D.M. n. 145/2000 (art. 31), secondo la quale le riserve devono essere "quantificate" al momento dell'iscrizione della riserva.

In tal senso, l'art. 191, al comma 1, dispone che l'esecutore è sempre tenuto ad uniformarsi alle disposizioni del direttore dei lavori, senza poter sospendere o ritardare il regolare sviluppo dei lavori, quale che sia la contestazione o la riserva che egli iscriva negli atti contabili. Contestazioni e riserve che sono soggette ad un rigido sistema decadenziale.

Il comma due della norma da ultimo citata dispone, infatti, che le riserve devono essere iscritte a pena di decadenza sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio

dell'esecutore. La stessa norma precisa che in ogni caso, sempre 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. Ed infine, che le riserve che non siano espressamente confermate sul conto finale si intendono abbandonate.

Per quanto concerne la quantificazione delle riserve, il terzo comma stabilisce che esse devono essere formulate in modo specifico ed indicare con precisione le ragioni sulle quali esse si fondano. In particolare, la norma dispone che le riserve devono contenere a pena di inammissibilità la precisa quantificazione delle somme che l'esecutore, ritiene gli siano dovute. Ed ancora, il quarto comma dispone che la quantificazione della riserva è effettuata in via definitiva, senza possibilità di successive integrazioni o incrementi rispetto all'importo iscritto.

Il comma 3 - dell'art. 190 - dispone che: «*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*».

Dunque, secondo la norma da ultimo citata, le riserve devono essere formulate in modo specifico ed indicare con precisione le ragioni sulle quali esse si fondano. Esse devono contenere a pena di inammissibilità la precisa quantificazione delle somme che l'esecutore, ritiene gli siano dovute.

Le nuove disposizioni, che vanno ad integrare quelle già presenti nel precedente regolamento, soddisfano ancor di più l'esigenza sottesa al regime decadenziale delle "riserve": far conoscere alla stazione appaltante, tempestivamente e costantemente, tutti i fattori che siano suscettibili di aggravare il costo dell'opera.

In questo senso, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'onere della riserva ha la sua ragione d'essere nella tutela della stazione appaltante che, nell'esercizio della sua attività discrezionale, deve essere posta in grado di esercitare sempre e prontamente ogni necessaria verifica e deve, inoltre, poter valutare, in ogni momento, l'opportunità del mantenimento ovvero del recesso dal rapporto di appalto, in relazione ai fini di interesse pubblico<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Non sembra possa dirsi altrettanto per i contratti di "servizi e forniture", laddove l'art. 311, comma 4 si limita a prevedere che la stazione appaltante può chiedere all'esecutore una variazione in aumento o in diminuzione fino alla concorrenza di un quinto "del prezzo complessivo previsto dal contratto"; la norma non dice, tuttavia, se a tale fine si debba tener conto anche degli importi riconosciuti al contraente nell'ambito dell'accordo bonario o di eventuali transazioni in corso di esecuzione del contratto. Né sembra corretto potersi fare ricorso all'analogia e quindi estendere la previsione dell'art. 161 anche a servizi e forniture, trattandosi dello stesso testo normativo.

<sup>11</sup> Cass., sez. I, 21 luglio 2004, n. 13500.

Queste le principali novità introdotte in tema di riserve.

Restando sul tema delle riserve, forse si è persa l'occasione per disciplinare alcuni aspetti di questa delicata materia, la cui soluzione continua a passare attraverso le pronunce della giurisprudenza; è il caso, ad esempio, delle riserve fondate su cosiddetti "fatti continuativi".

In presenza di fatti di tal genere, la giurisprudenza ha chiarito che l'onere di iscrizione della riserva ha una diversa collocazione nel tempo, che muta in funzione del momento in cui quei fatti in contestazione evidenziano una potenzialità dannosa, secondo i criteri oggetti di mera diligenza<sup>12</sup>, salvo restando il differimento della precisa quantificazione delle maggiori spese al definitivo consolidarsi del pregiudizio economico. Orbene, sempre secondo la giurisprudenza, nel caso di "fatti continuativi" l'evento dannoso potrebbe apparire nel mondo fenomenico attraverso due diverse strade: in modo puntuale, ed allora da tale momento decorre il termine decadenziale previsto dalla norma; ovvero, potrebbe essere determinato dal concatenarsi di una serie di fattori causali di non immediata percezione, laddove l'elemento o gli elementi disponibili non integrano da soli il fatto come richiesto dalla norma<sup>13</sup>. In questi casi, solo nel momento in cui – sempre con l'utilizzo della normale diligenza – l'operatore avverte il danno, ha l'onere di iscrivere riserva.

Queste le indicazioni che giungono da una giurisprudenza di legittimità, che per maggiore certezza del diritto, forse il legislatore avrebbe fatto bene a declinare in una disciplina normativa.

---

<sup>12</sup> Cass. 6 novembre 2006, n. 23670; 4 settembre 2004, n. 17906.

<sup>13</sup> Cass., sez. I, 17 marzo 2009, n. 6443.

