



ANTONIO GIACALONE

LE RISERVE NEI LAVORI PUBBLICI

AGGIORNATO AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. N. 50/2016)
E AL NUOVO SCHEMA DI REGOLAMENTO APPALTI PUBBLICI

SECONDA EDIZIONE



WEBAPP INCLUSA
CON AGGIORNAMENTO AUTOMATICO

**GRAFILL**

Antonio Giacalone

LE RISERVE NEI LAVORI PUBBLICI

Ed. II (04-2021)

ISBN 13 978-88-277-0138-6

EAN 9 788827 701386

Collana **Manuali** (258)

Ringraziamenti

Si ringrazia la rivista «*Archivio Giuridico delle Opere Pubbliche*», dalla quale sono stati tratti i lodi arbitrari.

Si ringrazia inoltre il collega Marco Porcu, per il lavoro di ricerca e aggiornamento normativo e giurisprudenziale.



Prima di attivare Software o WebApp inclusi prendere visione della licenza d'uso.

Inquadrare con un reader il QR Code a fianco oppure collegarsi al link <https://grafill.it/licenza>

© **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

**CONTATTI
IMMEDIATI**



ProntoGRAFILL
Tel. 091 226679



Chiamami
chiamami.grafill.it



Whatsapp
grafill.it/whatsapp



Messenger
grafill.it/messenger



Telegram
grafill.it/telegram

Finito di stampare presso **Officine Tipografiche Aiello & Provenzano S.r.l. – Bagheria (PA)**

Edizione destinata in via prioritaria ad essere ceduta nell'ambito di rapporti associativi.

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.

SOMMARIO

PREFAZIONE

a cura del Dott. Umberto Oppus p. 7

PREMESSA..... " 9

PARTE PRIMA

LE RISERVE DOPO IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI..... " 13

1. IL NUOVO SISTEMA DELLE RISERVE

ALLA LUCE DEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50 " 15

1.1. Introduzione..... " 15

1.2. Quadro normativo di riferimento..... " 15

1.3. L'art. 111 del Codice dei contratti pubblici..... " 16

1.4. Il decreto del Ministero
delle infrastrutture e dei trasporti 7 marzo 2018, n. 49 " 16

1.5. L'attuale sistema delle riserve..... " 18

1.6. Esempi di clausola da inserire nel capitolato speciale d'appalto..... " 19

PARTE SECONDA

LE RISERVE PRIMA DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI..... " 23

2. PRINCIPALI RIFERIMENTI NORMATIVI

IN TEMA DI RISERVE PRIMA DEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50... " 25

2.1. Giurisprudenza e lodi..... " 29

3. LE RISERVE: IL CONTENUTO E I SOGGETTI..... " 35

3.1. Parte I..... " 35

3.1.1. Riserve e contestazioni " 35

3.1.2. L'impresa " 36

3.1.3. Il Direttore dei lavori " 38

3.1.4.	Compiti del DL.....	p.	40
3.1.5.	Il collaudatore in corso d'opera.....	"	42
3.1.6.	Le funzioni del RUP in tema di riserve.....	"	44
3.1.7.	La stazione appaltante.....	"	46
3.1.8.	Cenni sulla responsabilità pubblico (o erariale).....	"	48
3.1.9.	Giurisprudenza e lodi.....	"	49
3.2.	Parte II.....	"	62
3.2.1.	Onere di iscrizione: tempi e modalità.....	"	62
3.2.2.	Giurisprudenza e lodi.....	"	63
4.	CONTRATTO E CORRISPETTIVO DELL'APPALTO	"	80
4.1.	Cenni sul contratto d'appalto.....	"	80
4.2.	Revisioni e variazioni del corrispettivo nel contratto di appalto pubblico.....	"	90
4.3.	Prezzo chiuso.....	"	92
4.4.	Compensazione.....	"	92
4.5.	Anticipazione del corrispettivo.....	"	98
4.6.	Giurisprudenza e lodi.....	"	99
5.	LA CASISTICA	"	115
5.1.	Risarcimento e maggiori oneri.....	"	115
5.1.1.	Giurisprudenza e lodi.....	"	116
5.2.	Consegna e anomalo andamento dei lavori.....	"	130
5.2.1.	Anomalo andamento dei lavori.....	"	132
5.2.2.	Giurisprudenza e lodi.....	"	133
5.3.	Sospensione dei lavori.....	"	139
5.3.1.	Giurisprudenza e lodi.....	"	140
5.4.	Fatti continuativi.....	"	150
5.4.1.	Giurisprudenza e lodi.....	"	151
5.5.	Varianti.....	"	154
5.5.1.	Varianti: note introduttive.....	"	154
5.5.2.	Le ipotesi.....	"	155
5.5.3.	Il c.d. quinto d'obbligo e l'atto di sottomissione.....	"	159
5.5.4.	L'approvazione.....	"	161
5.5.5.	Giurisprudenza e lodi.....	"	162
5.6.	Collaudo.....	"	168
5.6.1.	Collaudo in corso d'opera.....	"	177
5.6.2.	Verifica dell'opera.....	"	178
5.6.3.	Emissione del certificato di collaudo e approvazione.....	"	179
5.6.4.	Giurisprudenza e lodi.....	"	182
5.7.	Pre-contenzioso e contenzioso.....	"	185

5.7.1.	Accordo bonario	p.	186
5.7.2.	Il procedimento innanzi l'AVCP	"	190
5.7.3.	L'arbitrato	"	191
5.7.4.	Il contenzioso.....	"	192
5.7.5.	Giurisprudenza e lodi.....	"	194
5.8.	Risoluzione e recesso.....	"	206
5.8.1.	Giurisprudenza e lodi.....	"	209
6.	CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP	"	221
6.1.	Contenuti della WebApp.....	"	221
6.2.	Requisiti hardware e software	"	221
6.3.	Attivazione della WebApp.....	"	221
6.4.	Assistenza tecnica sui prodotti Grafill	"	221
	BIBLIOGRAFIA.....	"	222
	Manualistica.....	"	222
	Riviste	"	222

PREFAZIONE

a cura del Dott. Umberto Oppus

Il tema degli appalti dei lavori pubblici, negli ultimi decenni soprattutto, è costantemente al centro di un dibattito politico e tecnico che ha visto, più volte, il Parlamento riordinare la disciplina. Un'evoluzione normativa che, dagli anni Novanta in poi, ha visto diversi assestamenti anche per rispondere alle istanze provenienti dall'Unione Europea. Norme del vario tipo che, nonostante le conclamate esigenze di semplificazione, hanno creato un percorso burocratico che, spesso e volentieri, mette a dura prova chi poi deve materialmente seguire l'opera pubblica a partire dalla Stazione appaltante.

Uno dei temi scottanti è da sempre quello delle riserve. L'autore di questo manuale, anche alla luce della loro esperienza, ha ben pensato di offrire agli operatori una guida operativa che orienti e sostenga soprattutto l'attività quotidiana di cantiere rispondendo all'esigenza della praticità dell'agire quotidiano.

Lo ha fatto partendo da un semplice assunto: sin dal Regio Decreto n. 350, del 20 maggio 1895, le riserve di legge nei lavori pubblici hanno rappresentato e rappresentano tutt'oggi un momento fondamentale, nell'esecuzione del contratto, del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e l'appaltatore.

La domanda sull'esigenza di avere un manuale conduce non ad una ma a molteplici risposte quante sono le esigenze manifestate. A partire da quelle prettamente amministrative, passando per quelle economiche e arrivando a quelle non meno importanti di natura giuridica.

L'autore, analizzando il profilo economico, evidenzia un dato tanto lapalissiano, quando fondamentale in ogni singolo contratto: il sistema delle riserve nel settore dei lavori pubblici assume una particolare importanza e, considerato che, spesso, è sul «*filo della riserva*» che può stabilirsi se l'intervento sia stato remunerativo o meno per l'appaltatore.

Una valutazione che spesse volte arriva solo successivamente alla firma del contratto e all'esecuzione dello stesso e non con una valutazione oggettiva *ex ante*. Uno dei problemi degli ultimi anni, evidenziato soprattutto nel mondo delle autonomie locali, è quello di appalti di lavori pubblici messi a bando senza una congrua valutazione delle risorse disponibili rispetto all'opera da realizzare. L'assenza di una seria programmazione ha condotto, in numerosi casi, ad eterne incompiute, e, nel nostro caso, a lunghi contenziosi tra l'ente pubblico e l'appaltatore.

In questo quadro assumono una rilevanza fondamentale le riserve di legge. L'autore, non a caso, ha posto come obiettivo di questo lavoro la definizione di un percorso, tradotto in questo manuale operativo che, senza tralasciare i dovuti approfondimenti giuridici, possa essere un valido ausilio operativo, offrendo opportuni chiarimenti ed esemplificazioni pratiche.

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 capitoli 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 appalto, saranno trattati,

IL NUOVO SISTEMA DELLE RISERVE ALLA LUCE DEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50

1.1. Introduzione

Come noto, il legislatore nazionale, con l'emanazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. *Codice dei contratti pubblici*), nell'ottica di una sempre maggiore semplificazione della gestione dei pubblici appalti, sia nella fase dell'affidamento sia in quella esecutiva, ha inteso sostituire il Regolamento di esecuzione dei contratti pubblici (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), con le linee guida dell'ANAC e i decreti ministeriali di volta in volta previsti dal Codice oltre che con l'emanazione di specifici decreti ministeriali.

Lo stesso Consiglio di Stato, nel Parere n. 855 del 1 aprile 2016, pronunciato sullo schema del decreto legislativo, sottolineava la volontà del legislatore di razionalizzare le numerose norme dedicate all'esecuzione dei contratti, riordinando il quadro normativo vigente e concentrando questa disciplina nella fonte codicistica di rango primario.

Con l'abrogazione dell'art. 190 (rubricato «*Eccezioni e riserve dell'esecutore sul registro di contabilità*») e dell'art. 191 (rubricato «*Forma e contenuto delle riserve*»), del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, gli operatori si sono tuttavia trovati sprovvisti di uno strumento fondamentale relativo alle modalità di apposizione delle riserve negli appalti pubblici. La disciplina ivi prevista era applicabile esclusivamente agli appalti di lavori, in quanto né in queste norme, né nelle previgenti disposizioni codicistiche era prevista la possibile estensione agli appalti di servizi e forniture. Per queste ultime tipologie di affidamenti vi era tuttavia la possibilità di disciplinare riserve e contestazioni dell'appaltatore nei documenti contrattuali.

1.2. Quadro normativo di riferimento

È utile ripercorre i passaggi che hanno caratterizzato l'istituto delle riserve fin dall'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'art. 217, comma 1, lettera *u*), del D.Lgs. n. 50/2016, aveva previsto, dalla data della sua entrata in vigore, ovvero il 19 aprile 2016, l'abrogazione del D.P.R. n. 207/2010.

Tuttavia, l'art. 216 prevedeva espressamente alcune ipotesi di ultrattività delle disposizioni regolamentari fino alla data di entrata in vigore degli atti attuativi.

Per quanto qui di interesse, l'art. 111 del D.Lgs. n. 50/2016, rimanda(va) infatti al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per l'emanazione delle linee guida disciplinanti l'attività del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione.

Nelle more dell'adozione del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (periodo che avrebbe dovuto essere di 90 giorni, ma che è durato oltre un anno), in virtù del-

le disposizioni transitorie dell'art. 216, alla contabilità di lavori si continuava ad applicare la disciplina prevista dalla Parte II, Titolo IX, Capi I e II del D.P.R. n. 207/2010.

Pertanto, nel periodo ricompreso tra il 19 aprile 2016 (data di entrata in vigore del nuovo Codice) ed il 30 maggio 2018 (data di entrata in vigore del D.M. n. 49/2018) la contabilità dei lavori, ed in particolare la parte relativa alle contestazioni dell'appaltatore, risultava ancora disciplinata dagli artt. 190 e 191 del Regolamento.

1.3. L'art. 111 del Codice dei contratti pubblici

L'art. 111 del Codice dei contratti pubblici, rubricato «*Controllo tecnico, contabile e amministrativo*», deve essere letto congiuntamente alle disposizioni codicistiche di cui all'art. 31 sul responsabile del procedimento e all'art. 101 dedicato ai soggetti delle stazioni appaltanti.

Il comma 1 dell'art. 111, fa esplicito rinvio al decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti, contenente le linee guida che individuano le modalità e la tipologia di atti, attraverso i quali il direttore dei lavori effettua l'attività meglio specificata nell'art. 101 del Codice, ovvero il controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento, affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto. L'esigenza di questa disposizione è quella di fare in modo che il soggetto incaricato di effettuare l'attività di direzione dei lavori sia in possesso di strumenti tali da garantire la trasparenza e la semplificazione dell'attività, oltre all'efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e alle strumentazioni elettroniche utili ai controlli di contabilità.

Viene dunque affidata allo strumento della *soft regulation* la regolamentazione degli aspetti di dettaglio, al fine di fornire agli operatori uno strumento flessibile volto, maggiormente suscettibile di un adattamento alla prassi, a raccogliere le disposizioni prima contenute nei regolamenti di attuazione della normativa di rango primario.

1.4. Il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 7 marzo 2018, n. 49

Il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, entrato in vigore il 30 maggio 2018, recante «*Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione*», dedica alle riserve l'articolo 9 «*contestazioni e riserve*», riguardante ai lavori pubblici, e l'art. 21 riferito a servizi e forniture.

Non prevedendo alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi e forniture, il decreto rimette la scelta sulla disciplina delle riserve alla stazione appaltante, che dovrà inserire apposite disposizione nel capitolato di gara.

Il decreto contiene tuttavia numerosi riferimenti alle riserve:

- l'art. 3 comma 1, stabilisce che «*l'esecutore è tenuto ad uniformarsi alle disposizioni contenute negli ordini di servizio, fatta salva la facoltà di iscrivere le proprie riserve*»;

CAPITOLO 2

**PRINCIPALI RIFERIMENTI NORMATIVI IN TEMA DI RISERVE
PRIMA DEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50**

Sotto il profilo normativo, allo stato attuale, i riferimenti principali in materia di riserve negli appalti pubblici sono rappresentati dal D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (c.d. *Regolamento Merloni*) e dal D.M. 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'art. 5 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, già approvato in via definitiva con D.P.R. 5 ottobre 2010². Come anticipato nelle premesse, infatti, adesso si attende la sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*, 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 D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, in tema di

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

² Si rammenta che per volontà dell'autore, la prima versione del testo è rimasta pressoché intatta. Gli aggiornamenti hanno riguardato l'inserimento della giurisprudenza nel frattempo intervenuta, oltre che la previsione della prima parte del libro dedicata alla normativa applicabile all'istituto delle riserve dopo l'emanazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In questa parte, invece, si fa riferimento ad una disciplina e ad un regolamento, il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, non entrato ancora in vigore al momento della pubblicazione della prima edizione del libro. Si ritiene che questa impostazione sia utile ad inquadrare le riserve nei vari periodi storici, compreso quello antecedente all'emanazione del D.Lgs. n. 50/2016. La maggior parte dei contenziosi in essere, infatti, riguarda quel quadro normativo.

«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.

In tale complesso normativo è stabilito ad esempio all'art. 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'art. 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'art. 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, esplicitare 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'art. 165 del D.P.R. n. 554/1999³, «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.

³ Con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento la norma corrispondente, con le eventuali modifiche ed integrazioni, sarà contenuta dall'art. 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.

LE RISERVE: IL CONTENUTO E I SOGGETTI

3.1. Parte I

3.1.1. *Riserve e contestazioni*

Prima di entrare nel tecnicismo della disciplina in tema di riserve, è opportuno chiarire una distinzione di fondamentale importanza: le richieste dell'appaltatore e le riserve, queste ultime intese quale strumento tecnico-giuridico attraverso il quale le prime assumono una veste formale e sono in grado di determinare una serie di atti successivi. Tale distinzione, come si vedrà, assume una netta importanza per comprendere meglio la necessità di esplicitare in maniera adeguata il contenuto della riserva (che attiene alla richiesta) e di iscrivere in determinati documenti contabili che descrivono l'andamento dell'esecuzione dei lavori (aspetto che attiene invece alla riserva quale strumento/veicolo tecnico).

Nell'appalto di opere pubbliche, infatti, i rilevamenti e le registrazioni contabili assumono una importanza decisiva, poiché, oltre a determinare tempi e contenuto del corrispettivo dovuto all'appaltatore, costituiscono gli strumenti principali di monitoraggio dell'esecuzione dei lavori. Conseguentemente, la riserva, in sé, non è la domanda, ma la presuppone.

Con riferimento alle richieste dell'appaltatore, condensate nella riserva, occorre richiamare, anche solo idealmente, la complessità del rapporto tecnico e giuridico alla base di un contratto di appalto o di concessione, quali strumenti tipici di affidamento dei lavori pubblici. In linea teorica, infatti, il contratto stipulato tra le parti si propone di regolare interamente tutti gli aspetti della fase esecutiva dell'affidamento e, tenuto conto che come a livello di principio generale l'appaltatore deve conformarsi alle disposizioni date dal direttore dei lavori attraverso gli ordini di servizio, sembrerebbe realizzata la quadratura del cerchio.

Tuttavia, chi vanta una esperienza operativa, conosce quanto tale assunto sia solo teorico e come ogni cantiere sia la dimostrazione che il quadro normativo richiamato non sia in grado di assicurare un fluido andamento della fase esecutiva.

Sotto tale punto di vista l'insorgere di controversie tra appaltatore e stazione appaltante rappresenta una ipotesi molto frequente. Generalmente esse hanno ad oggetto la contestazione dei lavori eseguiti, i ritardi, le sospensioni dei lavori, ma possono avere il contenuto più vario. In linea di massima, infatti, tutte le pretese che trovino un immediato riferimento nell'oggetto del contratto e che abbiano un risvolto di carattere economico, possono costituire una contestazione ed essere oggetto di riserva.

Da tale novero vengono generalmente escluse solo alcune limitate ipotesi riferibili a pretese dell'appaltatore attinenti alla validità e/o efficacia del contratto, ovvero alle ipotesi

connesse a comportamento doloso o gravemente colposo della stazione appaltante. In queste ipotesi, infatti, è facile comprendere che qualsiasi richiesta non potrebbe essere fatta alla controparte contrattuale, bensì occorre necessariamente l'investitura di un terzo soggetto imparziale, ossia il Giudice.

3.1.2. *L'impresa*

Nel procedimento che prende avvio dell'iscrizione della riserva nei registri contabili, un ruolo di sicuro primato spetta all'impresa appaltatrice, essendo la stessa a dare impulso all'intera procedura. Ed infatti, si è in parte visto che il registro di contabilità può essere firmato dall'appaltatore, con o senza riserve e, qualora non firmi il registro, è invitato a farlo entro il termine perentorio di quindici giorni.

La firma del registro di contabilità con riserva, avvia il procedimento previsto in tema di contestazioni e riserve, caratterizzato dalla presenza di termini decadenziali previsti per ognuna delle sue fasi.

Iscritta la riserva, l'appaltatore deve, entro quindici giorni a pena di decadenza, provvedere alla sua esplicazione, scrivendo e firmando nel registro di contabilità le corrispondenti domande di indennità e indicando con precisione le cifre di compenso cui crede di aver diritto, nonché le ragioni di ciascuna domanda. Sull'onere di precisa quantificazione, si rinvia alla trattazione sui fatti continuativi che, come si vedrà, pur presupponendo una tempestiva iscrizione, determinano tuttavia una eccezione alla necessità di quantificazione immediata.

Sotto il profilo operativo la domanda avanzata dall'appaltatore deve essere formulata per iscritto e apposta sui documenti contabili o sugli altri documenti previsti dalla legge (si veda ad esempio, il verbale di consegna dei lavori ex art. 133 del D.P.R. n. 554/1999¹), assumendo così le caratteristiche della riserva. Quest'ultima dunque si pone quale strumento tecnico in

¹ Con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento la norma corrispondente, con le eventuali modifiche ed integrazioni, sarà contenuta dall'art. 158, secondo cui: «1. *Qualora circostanze speciali impediscano in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, il direttore dei lavori ne ordina la sospensione, indicando le ragioni e l'imputabilità anche con riferimento alle risultanze del verbale di consegna.*

2. *Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dall'articolo 159, comma 1, il responsabile del procedimento può, per ragioni di pubblico interesse o necessità, ordinare la sospensione dei lavori nei limiti e con gli effetti previsti dagli articoli 159 e 160. Rientra tra le ragioni di pubblico interesse l'interruzione dei finanziamenti disposta con legge dello Stato, della Regione e della Provincia autonoma per sopravvenute esigenze di equilibrio dei conti pubblici.*

3. *Il direttore dei lavori, con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, compila il verbale di sospensione indicando le ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori. Il verbale è inoltrato al responsabile del procedimento entro cinque giorni dalla data della sua redazione.*

4. *Nel verbale di sospensione è inoltre indicato lo stato di avanzamento dei lavori, le opere la cui esecuzione rimane interrotta e le cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri la consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione.*

5. *Nel corso della sospensione, il direttore dei lavori dispone visite al cantiere ad intervalli di tempo non superiori a novanta giorni, accertando le condizioni delle opere e la consistenza della mano d'opera e dei macchinari eventualmente presenti e dando, ove occorra, le necessarie disposizioni al fine di contenere macchinari e mano d'opera nella misura strettamente necessaria per evitare danni alle opere già eseguite e facilitare la ripresa dei lavori.*

6. *I verbali di ripresa dei lavori, da redigere a cura del direttore dei lavori, non appena venute a cessare le cause della sospensione, sono firmati dall'esecutore ed inviati al responsabile del procedimento nei modi e nei termini sopradetti. Nel verbale di ripresa il direttore dei lavori indica il nuovo termine contrattuale.*

CONTRATTO E CORRISPETTIVO DELL'APPALTO

4.1. Cenni sul contratto d'appalto

Il contratto di appalto è innanzitutto regolato dagli articoli dal 1655 al 1677 del c.c.

In particolare, ai sensi dell'art. 1655 «*L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*».

La norma descrive il nucleo fondamentale di ogni contratto di appalto, mettendo in evidenza il suo carattere c.d. a prestazioni corrispettive (o sinallagmatico).

In generale, sotto il profilo giuridico è opportuno rilevare che tali tipologie di contratti si caratterizzano per un nesso di reciprocità che accomuna le sorti di entrambe le prestazioni. Si tratta infatti di un contratto in cui una parte, a fronte di una prestazione (compimento di un'opera o di un servizio, con organizzazione dei mezzi e con gestione a proprio rischio), ha diritto ad una controprestazione, il corrispettivo in danaro, appunto.

Quest'ultimo aspetto, dunque, assume una rilevanza particolare nella struttura del contratto, così come delineato dal legislatore, e costituisce la base della distinzione con il contratto di concessione che, insieme al primo, rappresenta un altro schema contrattuale tipico nel settore dei lavori pubblici. Infatti, nel contratto di concessione, il concessionario assume sulla propria struttura aziendale sia il rischio dell'esecuzione sia il rischio della gestione. Quest'ultima fase poi, prolungata per un periodo di tempo concordato tra le parti, costituirà la fonte della propria remunerazione o di quello che, tecnicamente, è possibile definire corrispettivo.

Appalto e concessione

Al fine di definire meglio i confini tra il contratto, oggetto della presente trattazione, e quello di concessione, si riporta uno stralcio della recente determinazione dell'AVCP, del 11 marzo 2010, n. 2: «...Il Codice definisce (articolo 3, comma 11) le concessioni come contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che «presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo» (in sostanziale continuità con la previgente legge n. 109/1994, ove all'articolo 19, comma 2, era stabilito che «la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati», ammettendo la possibilità di riconoscere un prezzo, fissato in sede di gara, solo qualora necessario al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento in relazione alla qualità ed ai costi del servizio).

Caratteristica peculiare dell'istituto concessorio è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato.

Nella concessione di lavori pubblici l'imprenditore, di regola, progetta ed esegue l'opera ed attraverso la gestione e lo sfruttamento economico dell'opera stessa ottiene in cambio i proventi a titolo di corrispettivo per la costruzione, eventualmente accompagnato da un prezzo.

Occorre precisare che ai sensi di quanto previsto dall'articolo 143, comma 9, del Codice rientrano a pieno titolo nella nozione di concessione tanto le ipotesi dove il concessionario assume, oltre al rischio di costruzione, il rischio di domanda (modello autostrade), quanto le concessioni in cui al rischio di costruzione si aggiunge il c.d. rischio di disponibilità (modello ospedali, carceri etc.), sul quale si tornerà più diffusamente oltre.

In assenza di alea correlata alla gestione, non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera. Nella concessione, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata e/o il c.d. rischio di disponibilità, sui quali si tornerà nel prosieguo. La Commissione europea, nella Comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, delinea proprio nel senso sopra evidenziato i criteri distintivi tra concessione e appalto: si afferma che il tratto peculiare delle concessioni di lavori pubblici consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della relativa responsabilità che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Al contrario, si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice ed il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.

La pratica dimostra che, in certi casi, il concedente interviene parzialmente nel rischio economico assunto dal concessionario. Accade, così, che la pubblica amministrazione sostenga in parte il costo di costruzione e/o quello di gestione della concessione al fine di contenere il corrispettivo delle prestazioni a carico dell'utente finale. Tale intervento può avvenire secondo diverse modalità nella fase di costruzione con pagamenti prestabiliti in corso di esecuzione e in fase di gestione con pagamenti in forma forfettaria garantita, o in funzione del numero di utenti e non conduce necessariamente alla modifica della natura del contratto. Sempre secondo la Commissione, se il prezzo versato copre solo parzialmente il costo dell'opera, il concessionario dovrà sempre assumere una parte significativa dei rischi connessi alla gestione. La corresponsione di somme in conto gestione è conseguenza del fatto che il concessionario deve, per ragioni attinenti all'interesse generale, praticare «prezzi sociali» e riceve pertanto a questo titolo una compensazione da parte della amministrazione, in un unico versamento o in più versamenti scaglionati nel tempo. Tale partecipazione dell'amministrazione al costo di funzionamento non solleva il concessionario da una parte significativa del rischio di gestione.

Elemento imprescindibile della concessione di lavori pubblici è, quindi, l'attitudine dell'opera oggetto della stessa a realizzare un flusso di cassa che può consentire di ripagare totalmente o parzialmente l'investimento. Proprio in relazione a questa attitudine, si usa classificare le opere in tre tipologie: opere calde, fredde e tiepide.

Calde sono quelle opere dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione; fredde sono, invece, le opere per le quali

LA CASISTICA

5.1. Risarcimento e maggiori oneri

Ai sensi dell'art. 1218 c.c. «*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*».

Tale norma costituisce il riferimento principale in tema di responsabilità per inadempimento contrattuale. Essa è espressione di un momento patologico legato al rapporto di equilibrio (sinallagma contrattuale) che lega le prestazioni delle parti.

Se l'inadempimento (o il ritardo nell'adempimento) è dovuto ad una causa non imputabile al debitore, ai sensi dell'art. 1256, comma 1 del c.c., la prestazione diventa impossibile e l'obbligazione si estingue. Qualora invece l'inadempimento è imputabile a colpa del debitore, questi è obbligato a risarcire il danno al creditore. È questa dunque una delle possibili voci di danno nell'ambito del rapporto tra l'appaltatore e la stazione appaltante.

Ai sensi dell'art. 1223 c.c. il risarcimento del danno comprende il c.d. danno emergente, inteso come perdita che il creditore subisce, e il lucro cessante, ossia il mancato guadagno.

Salvo il caso in cui sia stata pattuita tra le parti una clausola penale (che permette di forfetizzare il danno subito dal creditore) il creditore ha l'onere di provare le voci di danno. Deve quindi documentare l'entità della perdita subita e il guadagno che avrebbe realizzato se l'adempimento fosse stato tempestivo e completo, e salvo la possibilità di una riduzione dell'importo quantificato in caso di concorso di colpa.

Qualora il creditore dimostri la sussistenza di un danno, ma al contempo non riesca a quantificarne l'ammontare, il giudice può provvedere ad una liquidazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c.

Accanto all'istituto sommariamente descritto, il legislatore prevede la risarcibilità del danno anche quando tra il danneggiato e il soggetto agente non sussista un rapporto contrattuale, o negoziale in genere. Il riferimento è alla c.d. responsabilità extracontrattuale (altrimenti definita responsabilità aquiliana) che trova la sua fonte nelle disposizioni dell'art. 2043 c.c., secondo cui «*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*». Si tratta di una forma di responsabilità molto complessa che costituisce uno dei cardini del nostro sistema civilistico e che, a rispetto ad una formulazione letterale sintetica e ben concisa, ha dato luogo a una elaborazione giurisprudenziale molto articolata.

In questa sede basti trarre il dato letterale della responsabilità di chi, volontariamente o per colpa, cagiona ad altri un danno ingiusto.

Per quanto qui di interesse, la responsabilità da danno c.d. extracontrattuale si ricollega generalmente alle ipotesi non attinenti direttamente al rapporto contrattuale tra appaltatore e stazione appaltante, e all'esecuzione dei lavori.

Come descritto nel paragrafo *Onere di iscrizione*, l'estraneità ai fatti direttamente attinenti alla esecuzione del contratto determina la non applicazione del regime delle riserve, con le procedure connesse e gli oneri di tempestiva iscrizione. Il danneggiato ex art.2043 c.c. potrebbe insomma richiedere il prescritto risarcimento del danno nelle forme ordinarie del giudizio civile, a prescindere dall'iscrizione di una riserva. Come già chiarito, tuttavia, nell'ambito del rapporto contrattuale tra appaltatore e stazione appaltante, appare consigliabile che la richiesta di risarcimento dei danni extracontrattuali trovi comunque un riferimento in una riserva tutte le volte in cui non è facile scindere l'aspetto esecutivo dell'appalto da altre vicende mostratesi pregiudizievoli per l'impresa.

5.1.1. *Giurisprudenza e lodi*

Cassazione Civile, Sez. I, Ord., 15/01/2020, n. 727

In tema di appalto di opere pubbliche, la riserva della quale l'appaltatore è onerato al fine di evitare la decadenza da domande di ulteriori compensi, indennizzi o risarcimenti, richiesti in dipendenza dello svolgimento del collaudo, non assurge ad atto di costituzione in mora, con la conseguenza che gli interessi sulle somme effettivamente dovute da parte della P.A. vanno liquidati con decorrenza dalla data della domanda introduttiva del giudizio, quale unico momento all'uopo rilevante, in quanto è allo stesso appaltatore consentito di attivarsi per la relativa proposizione.

Tribunale Catania, Sez. IV, Sentenza 28/06/2019

Sulla somma dovuta a titolo di riserve spettano gli interessi dalla data della domanda. Infatti, in tema di appalto di opere pubbliche, la formulazione delle riserve, posta a carico dell'appaltatore al fine di evitare la decadenza da domande di ulteriori compensi, indennizzi o risarcimenti, non implica costituzione in mora secondo il regime civilistico dell'istituto, in quanto si esaurisce nella quantificazione di una pretesa di integrazione del corrispettivo, e non implica un immediato soddisfacimento, ma resta soggetta ad un successivo procedimento di verifica, con la conseguenza che gli interessi sulle somme risultanti effettivamente dovute da parte dell'Amministrazione vanno liquidati dalla data dell'intimazione di pagamento o della domanda di arbitrato.

Cassazione Civile, Sez. I, 30/09/2016, n. 19604

In tema di appalto di opere pubbliche, la «riserva» della quale l'appaltatore è onerato al fine di evitare la decadenza da domande di ulteriori compensi, indennizzi o risarcimenti, richiesti in dipendenza dello svolgimento del collaudo, non assurge ad atto di costituzione in mora, con la conseguenza che gli interessi sulle somme effettivamente dovute da parte della P.A. vanno liquidati con decorrenza dalla data della domanda introduttiva del giudizio arbitrale, quale unico momento all'uopo rilevante, in quanto è allo stesso appaltatore consentito di attuarsi per la relativa proposizione.

CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP

6.1. Contenuti della WebApp

La WebApp inclusa gestisce un archivio di massime giurisprudenziali e di lodi arbitrali consultabili attraverso un motore di ricerca.

6.2. Requisiti hardware e software

- Dispositivi con MS Windows, Mac OS X, Linux, iOS o Android;
- Accesso ad internet e browser web con Javascript attivo;
- Software per la gestione di documenti Office e PDF.

6.3. Attivazione della WebApp

1) Collegarsi al seguente indirizzo internet:

https://www.grafill.it/pass/0138_6.php

- 2) Inserire i codici «A» e «B» (vedi ultima pagina del volume) e cliccare su [**Continua**].
- 3) Accedere al **Profilo utente Grafill** oppure crearne uno su **www.grafill.it**.
- 4) Cliccare sul pulsante [**G-CLOUD**].
- 5) Cliccare sul pulsante [**Vai alla WebApp**] in corrispondenza del prodotto acquistato.
- 6) Fare il *login* usando le stesse credenziali di accesso al **Profilo utente Grafill**.

Lo scaffale **Le mie App** presenterà tutte le WebApp attive.

- 7) Entrare nella WebApp abbinata alla presente pubblicazione cliccando sulla relativa immagine di copertina e visualizzarne i contenuti.

6.4. Assistenza tecnica sui prodotti Grafill

Per assistenza tecnica sui prodotti Grafill aprire un ticket su **<https://www.supporto.grafill.it>**. L'assistenza è gratuita per 365 giorni dall'acquisto ed è limitata all'installazione e all'avvio del prodotto, a condizione che la configurazione hardware dell'utente rispetti i requisiti richiesti.



Il volume offre un inquadramento complessivo della tematica delle riserve nei lavori pubblici, che rappresenta uno degli argomenti di maggiore interesse nella fase esecutiva dei contratti pubblici. Il sistema delle riserve negli appalti pubblici assume, infatti, un'indubbia importanza, specie in relazione ai molteplici interventi del legislatore e alla continua evoluzione giurisprudenziale che fissa riferimenti sempre nuovi. Un approccio mirato all'individuazione delle più recenti novità per offrire uno strumento di pronto utilizzo, grazie anche alla presenza di schemi esemplificativi e box di approfondimento. Il taglio è operativo senza tralasciare i dovuti approfondimenti giuridici, fondamentali per la soluzione delle questioni di ordine applicativo.

Il manuale, destinato prevalentemente al pubblico dei tecnici di cantiere, ai professionisti e alle pubbliche amministrazioni, fornisce uno strumento di consultazione immediata ed un valido ausilio nella gestione della fase esecutiva delle opere pubbliche. Tra gli "addetti ai lavori", infatti, è frequente l'esigenza di trovare una risposta ai quesiti giuridici derivanti dalla realtà applicativa, spesso non contemplati direttamente dalla disciplina regolamentare perché troppo specifici, ma che, solitamente, trovano importanti indicazioni nei tanti lodi arbitrali e sentenze della giurisprudenza.

Per tale ragione l'esposizione è organizzata in macro aree, precedute da commenti introduttivi dell'autore che riportano l'evoluzione normativa e la disciplina attuale, nonché da una selezione di giurisprudenza e di lodi arbitrali più recenti, riferiti ad ogni argomento trattato.

Questa nuova edizione, naturale prosecuzione della precedente versione, tiene conto delle ultime indicazioni normative apportate dal legislatore in materia di riserve; il proposito è quello di analizzare le caratteristiche specifiche e le modalità con le quali un appaltatore può ottenere il ristoro delle proprie pretese e la stazione appaltante può invece "controbattere" a queste richieste di pagamento.

Società di costruzioni, liberi professionisti e pubbliche amministrazioni troveranno pertanto in questo volume uno strumento pratico, efficace, snello e di facile consultazione per affrontare e risolvere le problematiche relative all'esecuzione dell'opera pubblica, in modo tale da prevenire eventuali contenziosi giudiziari e consentire la realizzazione dell'intervento a regola d'arte.

La **WebApp inclusa** gestisce un **archivio di massime giurisprudenziali e di lodi arbitrali** consultabili attraverso un motore di ricerca.

REQUISITI HARDWARE E SOFTWARE

Qualsiasi dispositivo con MS Windows, Mac OS X, Linux, iOS o Android; accesso ad internet e browser web con Javascript attivo; software per la gestione di documenti Office e PDF.

Antonio Giacalone, Avvocato, abilitato al patrocinio innanzi alle Giurisdizioni superiori, svolge la sua attività professionale principalmente nel settore del diritto amministrativo, con particolare riguardo alla contrattualistica pubblica (fase di affidamento e di esecuzione) ed ai profili connessi di diritto ambientale, dell'energia ed urbanistico. È partner del team di diritto amministrativo della sede milanese dello studio legale Ughi e Nunziante. È autore di diverse pubblicazioni specialistiche di settore e svolge attività di formazione presso enti pubblici e primari istituti privati.



WebApp

Assistenza
tecnica

ISBN 13 978-88-277-0138-6



9 788827 701386 >

Euro 32,00