

Articoli e note

n. 5-2007 - © copyright

FRANCESCO ASTONE

Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici^(*)

Sommario: 1. Le forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel Codice dei contratti pubblici. 2. La transazione. 3. L'accordo bonario.

1. Le forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel Codice dei contratti pubblici.

Il 1° luglio 2006 è entrato in vigore[1] il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12.04.2006, n. 163), che ha raccolto in un unico testo normativo la sterminata disciplina in materia di lavori, servizi e forniture, dalla legge fondamentale del 1865, n. 2248, all. F, alla legge Merloni, nelle sue plurime versioni, sino alla normativa sulle grandi infrastrutture (D.Lgs. 20.08.2002, n. 190); e semplificato in più parti le procedure, in aderenza alla delega di cui all'art. 25 della Legge 18 aprile 2005, n. 62.

Il Codice contiene, tra l'altro, una sezione dedicata agli strumenti di tutela, ove sono disciplinate le forme di definizione delle controversie "alternative" alla giurisdizione.

E' noto come, in ambito comunitario ed in altri paesi europei, sia stata avvertita, soprattutto negli ultimi anni, l'esigenza di individuare *alternative dispute methods*[2] (i c.d. A.D.R.) che consentano una risoluzione delle controversie alternativa, o comunque "diversa" (dato che l'utilizzazione di taluni A.D.R. non preclude l'accesso alla tutela giurisdizionale), rispetto a quella giudiziaria. Ed in effetti la conciliazione, la mediazione, l'arbitrato codicistico e tutto sommato anche quello irrituale hanno costituito e costituiscono efficaci strumenti "*alternativi alla giustizia togata*"[3].

Per quanto concerne i contratti pubblici, il Codice articola la possibilità di soluzione bonaria tra i due istituti della transazione (art. 239) e dell'accordo bonario (art. 240) e detta una specifica disciplina dell'arbitrato[4] (articoli 241, 242, 243), mostrando un orientamento volto a ricondurre l'applicazione dell'istituto, in tutti i settori dei pubblici appalti e non solo nei lavori pubblici -inclusa la peculiare disciplina che era stata introdotta in materia di infrastrutture strategiche- all'archetipo di cui al c.p.c.. La presente relazione si incentrerà sulla transazione e sull'accordo bonario quali strumenti di definizione bonaria del contenzioso in materia di appalti: sia consentito tuttavia qualche fugace cenno alla disciplina dell'arbitrato.

Si è già anticipato come il legislatore, con la disciplina portata dagli artt. 241, 242 e 243 del Codice dei contratti pubblici, sembri optare per una riconduzione dell'istituto al modello di cui al Codice di procedura; e ciò non solo per i lavori ma per tutti i settori dei pubblici appalti (contemplando le innovazioni normative più recenti ed unificando la peculiare disciplina in materia di infrastrutture strategiche); ciò si evince, tra l'altro, dalla relazione di accompagnamento alle suddette disposizioni che paiono complessivamente orientate ad attenuare la "specialità" del rito per quanto concerne l'arbitrato in materia di lavori pubblici.

L'istituto, la cui natura giuridica - giurisdizionale o contrattuale - è da sempre oggetto di contrapposte ricostruzioni dottrinali[5] e di attenzione da parte della giurisprudenza, pone una infinità di questioni di ordine sistematico che non saranno qui affrontate *funditus*.

Non si può fare a meno di rilevare tuttavia come il "contatto" con il diritto amministrativo ha finito, sovente, per provocare accese dispute ed una diffusa "*diffidenza rispetto*" alla utilizzazione dell'arbitrato "*nei rapporti amministrativi, che ha portato ad escludere l'esperibilità del giudizio*

arbitrale dalle questioni riservate alla giurisdizione amministrativa, e comunque che l'oggetto dell'arbitrato potesse essere l'azione dell'amministrazione in veste autoritativa" [6].

2. La transazione.

Il Consiglio di Stato, nel parere reso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi (Adunanza del 6 febbraio 2006, n. 355), sullo schema di decreto legislativo di approvazione del Codice, ha rilevato, in ordine all'art. 239 sulla transazione, come il nuovo istituto, che si aggiunge al procedimento di accordo bonario disciplinato dal successivo art. 240, sia destinato ad erodere spazi di utilizzazione dell'accordo rispetto al quale, tuttavia, offre minori garanzie procedurali (nel caso della transazione, essenzialmente un'istruttoria, la garanzia del contraddittorio, la forma scritta *ad substantiam*).

In linea generale, la codificazione di una disciplina in materia di transazione nelle controversie potenzialmente involgenti la tutela di diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, discende anche da una crescente attenzione riservata al tema dalla dottrina amministrativistica a tutte le figure giuridiche che costituiscono rimedio asseritamente efficace per la deflazione del contenzioso[7]. Nello specifico poi, positivamente risolta -e quindi ormai in disparte- la questione principale circa la applicabilità dell'istituto in diritto amministrativo, la dottrina si interroga tuttora in ordine alle problematiche poste dalle tre ipotesi di transazione che possono coinvolgere un'amministrazione pubblica: nei rapporti di diritto privato; nell'ambito dei rapporti pubblicistici; con riferimento alle vere e proprie transazioni di diritto pubblico.

Più in particolare, il Codice disciplina una procedura minima per addivenire alla transazione, istituto che, ai sensi dell'art. 1965 cod. civ., costituisce lo strumento contrattuale per il tramite del quale le parti prevengono una lite ovvero pongono fine ad una lite tra di esse insorta, facendosi reciproche concessioni[8]. Spetta al dirigente competente della stazione appaltante, sentito il responsabile del procedimento, formulare una proposta transattiva o esaminare la proposta dell'aggiudicatario. Nel caso sia la stazione appaltante a formulare la proposta, il dirigente procede alla audizione dell'aggiudicatario al fine di formalizzare la proposta o comunque di avviare trattative.

In ogni caso, e cioè sia quando l'iniziativa venga assunta dall'impresa, sia quando venga assunta dall'amministrazione, allorché l'importo della transazione ecceda i 100mila euro è sempre necessario il preventivo parere dell'avvocatura dell'ente appaltante (e, quindi, dell'Avvocatura dello Stato o della Regione per gli enti che si avvalgono di queste e, negli altri casi, del servizio di avvocatura interna ove sussista), ovvero per gli enti che non abbiano alcuna forma istituzionale di avvocatura, dal funzionario più alto in grado, competente e responsabile, nell'ambito della struttura organizzativa, della materia del contenzioso. E' da ritenere peraltro che il parere di cui sopra abbia natura giuridica di parere obbligatorio, ma non vincolante, pur non potendosi disconoscere, sul piano pratico, la sua rilevanza connessa alla specifica competenza in materia del soggetto che lo emette. Va rammentato inoltre che le reciproche concessioni possono riguardare anche rapporti diversi da quello specifico che ha formato oggetto della pretesa. In base a tale principio, l'amministrazione in luogo del *petitum* o di parte di esso, potrebbe, ad esempio, concedere un maggior termine di ultimazione, disapplicare la penale, rinunciare a far valere modeste imperfezioni dell'opera non incidenti sulla sua funzionalità e così via dicendo.

La forza dell'istituto (*rectius*: della sua applicabilità al settore dei contratti pubblici) risiede nella sua attitudine a trovare applicazione anche al di fuori dell'ambito di operatività dell'accordo bonario, presentandosi come strumento alternativo e facoltativo di definizione del contenzioso, cui è possibile ricorrere per la risoluzione di tutte le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Seppure la norma sulla transazione preveda minori garanzie procedurali rispetto all'ampia disciplina concernente l'accordo bonario, vanno qui segnalati due aspetti peculiari: il primo concernente l'istruttoria della pratica da transigere, il secondo le regole sul contraddittorio propedeutico alla transazione.

Allorché la somma transatta ecceda i 100.000 euro, è necessario il previo parere dell'avvocatura che difende il soggetto o, in mancanza di essa, del funzionario più elevato in grado, che sia competente per il contenzioso (art. 239, co. 2). Tale disposizione è stata condivisa dal Consiglio di Stato nel succitato parere, apparendo ai giudici di Palazzo Spada coerente con le competenze proprie dei dirigenti, delineate dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non affidare la competenza del parere al semplice responsabile del procedimento.

Secondo i primi commentatori[9], il parere di cui sopra è obbligatorio ma non vincolante, pur non potendosi disconoscere sul piano pratico la sua rilevanza, connessa alla specifica competenza in materia del soggetto che lo emette[10].

In ogni modo i soggetti di cui sopra dovranno pronunziarsi sui rischi connessi al contenzioso, sulla natura e consistenza delle questioni giuridiche controverse (e quindi indirettamente sulla convenienza ed opportunità della proposta transattiva), nonché sulla sussistenza dei presupposti per procedere alla definizione transattiva, anche ai sensi dei requisiti richiesti dagli artt. 1965 e 1966 c.c.[11].

In disparte per ora il problema dell'interpretazione della natura giuridica dell'accordo bonario[12], da risolvere in una prospettiva diacronica in cui è opportuno distinguere il dato normativo anteriore e successivo alla L. n. 166/2002 (c.d. Merloni *quater*), nessun dubbio può sussistere circa il richiamo alle regole proprie del negozio di transazione, come specificate dalla giurisprudenza civile nel corso degli anni.

La transazione, com'è noto, presuppone la sussistenza della *res litigiosa*; ma a tal fine non occorre che le rispettive tesi delle parti abbiano assunto la determinatezza propria della pretesa, (anche se, in materia di accordo bonario, tale determinatezza scaturisce di per sé dal suo stesso presupposto, rappresentato, come s'è visto, dalla apposizione di riserve in una determinata misura), essendo sufficiente l'esistenza di un dissenso potenziale, anche se ancora da definire nei più precisi termini di una lite e non esteriorizzata in una rigorosa formulazione[13]; le reciproche concessioni, nelle quali si sostanzia l'accordo transattivo, a loro volta debbono riguardare la posizione assunta dalle parti in riferimento a reciproche pretese o contestazioni e non già in relazione ai diritti effettivamente spettanti[14] e pertanto non è necessaria l'esistenza di un equilibrio economico tra le concessioni medesime[15].

Nell'ipotesi di accordo transattivo tra le parti di una controversia, il nuovo assetto pattizio da essere voluto in relazione al rapporto controverso si sostituisce ad ogni precedente regolamentazione del rapporto stesso; la transazione, che costituisce contratto del tutto autonomo rispetto a quello dal quale sorge la controversia, comporta, peraltro, una rinuncia, in quanto le parti, facendosi reciproche concessioni pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che tra loro possa insorgere. Per verificare se sia configurabile tale negozio, occorrerà indagare se le parti, mediante l'accordo, abbiano perseguito la finalità di porre fine all' *incertus litis eventus*: infatti, non ogni accordo che valga a comporre un conflitto giuridico tra le parti costituisce transazione, ma solo quello che abbia ad oggetto "*res dubia*" e cioè cada sopra un rapporto giuridico avente, almeno nell'opinione delle parti, carattere d'incertezza e sia altresì caratterizzato (al fine di soddisfare l'intento delle parti di far cessare la situazione di dubbio venutasi a creare tra loro) da concessioni reciproche tra i contraenti, il cui contenuto può essere il più vario[16] (senza tuttavia che sia necessario che venga esplicitato il dissenso sulle contrapposte pretese, né che siano usate espressioni direttamente rivelatrici del negozio transattivo, la cui esistenza può anche essere desunta da altri elementi).

L'oggetto della transazione, peraltro, non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o può dar luogo. Ciò che conta quindi ai fini della individuazione del negozio è la volontà di eliminare il contrasto mediante reciproche concessioni, che possono consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un "*quid medium*" tra le prospettazioni iniziali.

In riferimento al contratto di transazione, va poi distinta la cosiddetta "transazione generale" dalla "transazione speciale". Per il tramite della prima le parti chiudono definitivamente ogni contestazione su tutti i loro pregressi rapporti, costituendo tra di loro una nuova situazione giuridica, nella quale non è necessario individuare una concessione in relazione ad ogni singola vicenda implicata nel contratto, potendo la concessione di ciascuna parte tradursi anche nel totale sacrificio di una determinata posizione, relativa ad uno dei vari affari coinvolti nel negozio di componimento dei reciproci interessi. Ricorre invece la transazione speciale quando l'accordo ha ad oggetto un affare determinato, rimanendo fermi il precedente rapporto e la relativa fonte, sì da produrre l'effetto preclusivo della lite solo limitatamente all'affare transatto, il cui mutato assetto sostanziale si configura come fatto modificativo, impedito od estintivo del diritto azionato[17].

Sia l'una che l'altra forma di transazione eliminano comunque la posizione di contrasto fra le parti e fanno venir meno l'interesse delle stesse ad una pronuncia sulla domanda giudiziale.

Per quanto attiene, poi, all'assoggettamento della transazione alla prova per iscritto, la disposizione di cui all'art. 1967 c.c. (che implica debbano risultare documentalmente tutti gli elementi essenziali di tale negozio, ivi compreso quello della reciprocità delle concessioni) non consente che elementi

costitutivi del contratto di transazione, fra i quali la reciprocità delle concessioni, siano desunti per presunzione, dovendo essi risultare tutti documentalmente[18].

Valga notare come tale regola viene a coincidere, quando della transazione sia parte una pubblica amministrazione, con quell'obbligatorietà della forma scritta, che è elemento essenziale per tutti i contratti della pubblica amministrazione[19].

3. L'accordo bonario

Se, come s'è detto, la transazione speciale riguarda un "affare determinato" (art. 1975, comma 2, cod. civ.), in cui le reciproche concessioni sono relative alla singola lite, rispetto alla quale essa produce effetti preclusivi[20], l'accordo bonario di cui all'art. 31**bis** della legge n. 109 del 1994 (oggi art. 240 del d.lgs 163/06) si configura certamente come transazione speciale, avente ad oggetto la lite, cui la discorde valutazione delle parti ha dato luogo o può dar luogo, e riguardante le domande dell'appaltatore iscritte in contabilità (quando l'importo di queste abbia raggiunto il valore minimo predeterminato *ex lege*), ovvero quelle che, non essendo state oggetto di procedura di accordo bonario in corso d'opera in ragione del valore o del tempo di insorgenza, risultano dal conto finale.

Tale lite, avente carattere speciale ed unitario, non può che essere unitariamente intesa ed eliminata mediante le reciproche concessioni che contraddistinguono l'accordo transattivo; sì che pare sicuramente inammissibile, in quanto in contrasto con i caratteri propri dell'istituto transattivo, un accordo tra stazione appaltante ed appaltatore, che intervenga solo su una parte del contenzioso che ha dato luogo alla procedura di cui all'art. 31**bis** della l. 109/1994, non assicurando un tale accordo, da una parte, la certezza dell'eliminazione della lite e, dall'altro, con riguardo ai profili più strettamente amministrativistici di valutazione dell'attività dell'Amministrazione, il rispetto concreto di quei criteri di efficacia, efficienza, tempestività ed efficacia, ai quali sempre deve improntarsi l'attività tecnico-amministrativa in materia di lavori pubblici.

Nell'ambito della procedura di accordo bonario non è quindi consentito rinviare ad una fase successiva dell'appalto il tentativo di composizione delle riserve[21].

Quindi, tutte le circostanze, che hanno dato luogo all'iscrizione di riserve sui documenti contabili in misura superiore ai limiti indicati dall'art. 31**bis** della Legge devono essere considerate alla stregua di fatti oggettivi ed oramai definiti a fronte dei quali la competente commissione (ovvero il responsabile del procedimento in caso di procedura c.d. semplificata) - acquisite le relazioni del caso e sentito l'appaltatore - è tenuta a formulare una proposta, riferita a quelle circostanze ed a quell'ambito temporale, da intendersi come risolutiva *in toto*.

Resta ferma la possibilità di dare luogo alla procedura di accordo bonario tutte le volte che le riserve iscritte dall'appaltatore, «ulteriori e diverse rispetto a quelle precedentemente esaminate», raggiungano nuovamente l'importo fissato dalla legge, così come espressamente disposto dal comma 2 dell'art. 240.

L'anzidetta natura transattiva attribuita dal legislatore all'accordo *de quo* non rende comunque del tutto tranquille le scelte da compiersi dalle imprese appaltatrici in sede di accettazione della proposta transattiva formulata dalla commissione o dal responsabile del procedimento.

Ciò perché il contratto di transazione è soggetto alla revocatoria fallimentare.

Infatti la sua natura non aleatoria ma commutativa fa sì che ciascun contraente subisca un sacrificio patrimoniale determinato, onde procurarsi un vantaggio corrispondente; ciò rende possibile al giudice di valutare se la prestazione assunta dal fallito sorpassi notevolmente la controprestazione.

E la valutazione del giudice va effettuata con riferimento alle sole prestazioni dedotte in contratto, e non anche con riferimento alle reciproche concessioni, ossia alle pretese originarie dei contraenti, poiché le valutazioni delle parti circa la situazione preesistente restano assorbite nel regolamento contrattuale, vale a dire nelle reciproche attribuzioni patrimoniali[22].

Invero un bonario componimento del conflitto insorto tra privato e P.A., attraverso un equo contemperamento degli interessi in gioco (non ultimo quello di ridurre il rischio per l'Amministrazione di dover affondare un procedimento contenzioso "tradizionale", in termini di tempi e costi), richiede, peraltro, che non ci si possa avvalere del rimedio convenzionale in questione ad evidente detrimento dell'interesse pubblico comunque sotteso anche alla attività "privatistica" della P.A.; sì che ogni violazione, con dolo o colpa grave, del canone di ragionevolezza dell'attività amministrativa, che possa arrecare danno erariale, non si sottrarrà alla consueta assoggettabilità al giudizio di responsabilità della Corte dei conti.

L'accordo, qualificato come transazione, ha natura contrattuale e si forma, pertanto, a norma dell'art. 1326 del codice civile, con l'incontro della volontà delle parti.

Tale "incontro" si realizza, per espressa volontà del legislatore, con il ricevimento reciproco della comunicazione della controparte delle sue determinazioni positive in ordine alla proposta formulata dalla commissione.

Ai fini dell'insorgenza del vincolo, non è necessaria la convocazione delle parti ai fini della sottoscrizione del c.d. verbale di accordo, come prevista dal comma 4 dell'art. 149 del regolamento; e, ove una tale fase sia comunque espletata, la successiva stipula non sarà altro che la riproduzione del contratto già formatosi, che nulla viene ad aggiungere alla esistenza ed alla perfezione del vincolo negoziale, nel quale si concretizza l'accordo bonario.

Dal fatto che, in tale ipotesi, l'eventuale successiva stipulazione del verbale di accordo bonario configura una mera formalità ulteriore, avente carattere normalmente riproduttivo, consegue che è proprio la regolamentazione del rapporto risultante dalla reciproca accettazione della proposta formulata dalla commissione a costituire la fonte delle obbligazioni assunte dalle parti e che alla stessa l'interprete deve attribuire, avvalendosi dei criteri ermeneutici posti dagli art. 1362 e segg. cod. civ., valenza decisiva per ricavarne la disciplina.

Invero, se pacifico è l'insegnamento dottrinale e giurisprudenziale circa la necessità che i contratti dello Stato e degli enti pubblici rivestano *ad substantiam* la forma scritta (anche quando l'Amministrazione agisca "*iure privatorum*"), ex artt. 16 e 17 r.d. n. 2440 del 1923 (con conseguente nullità di ogni eventuale intesa verbale[23]) per soddisfare il requisito della forma scritta è sufficiente che la volontà negoziale sia contenuta in un atto scritto e tale requisito risulta soddisfatto non solo in presenza di un atto integrativo del contratto di appalto redatto per iscritto e sottoscritto da entrambe le parti, ma in ogni caso in cui, a seguito di una proposta o controproposta (in forma scritta) di una delle parti, l'altra vi abbia con la stessa forma prestato adesione (secondo lo schema civilistico della accettazione della proposta) e sussista così l'accordo delle parti sugli elementi essenziali del contratto; sì che il contratto deve considerarsi perfezionato, senza che necessariamente occorra che le due manifestazioni di volontà risultino espresse in unico contesto temporale e documentale.

Pur nel silenzio della norma deve poi ritenersi possibile che all'accordo si giunga a seguito di successivi aggiustamenti della proposta inizialmente formulata dalla commissione, che resta un impegno *in itinere* fino al perfezionamento del vero e proprio regolamento definitivo dell'accordo per iscritto; che si realizza seguendo lo schema succitato della proposta e controproposta (ovvero anche più di una proposta e controproposta), fino al raggiungimento del definitivo accordo delle parti su un testo conclusivo, pur diverso da quello sottoposto alle parti, che valga a risolvere bonariamente la controversia sulle riserve.

Le determinazioni di entrambe le parti, per poter essere considerate utili al raggiungimento dell'accordo, devono risultare comunque da un documento, che contenga una chiara esplicitazione della volontà negoziale.

E' noto, peraltro, che i requisiti di validità dei contratti posti in essere dalle pubbliche amministrazioni, anche *iure privatorum*, attengono essenzialmente alla manifestazione della volontà, che deve provenire dall'organo all'uopo competente.

Varranno dunque, anche in materia di accordo bonario ex art. 240 del Codice i principi affermati in materia dalla giurisprudenza consolidata.

L'accordo, dunque, ai fini del perfezionarsi di un valido rapporto contrattuale, deve essere stipulato (essendo gli atti negoziali della p.a. manifestazioni formali di volontà, non surrogabili con comportamenti concludenti) da parte di un soggetto o di un organo fornito del potere di concluderlo e recare la sottoscrizione del rappresentante dell'ente pubblico[24], salvo comunque l'accertamento di un comportamento inequivoco dell'organo competente, che implichi la volontà di far propri gli effetti della convenzione conclusa dal soggetto privo di potere rappresentativo[25], a garanzia del regolare svolgimento dell'attività negoziale della p.a. nell'interesse sia del soggetto privato, sia della stessa amministrazione.

Qualora non sopravvenga la formale dichiarazione di volontà negoziale, il privato non potrà far valere alcuna responsabilità per colpa della controparte, derivando l'invalidità del negozio da disposizioni generali da presumere note agli interessati, che escludono l'affidamento incolpevole della parte adempiente[26].

Quanto alla latitudine dell'anzidetto potere, si è ritenuto che il contratto stipulato dall'organo investito della rappresentanza di un ente pubblico deve ritenersi valido soltanto in presenza dell'atto deliberativo dell'organo competente (in difetto del quale il contratto di natura privatistica, stipulato

dal legale rappresentante di un ente pubblico, è assimilabile al negozio concluso dal "*falsus procurator*", con conseguente possibilità di convalida, in assenza della quale il negozio non è idoneo a produrre effetti nella sfera dello pseudo rappresentato, ed il terzo contraente non può agire nei confronti dell'ente[27].

Tale corrispondenza dovrà però essere negata (e conseguentemente accolta la domanda dell'ente pubblico rivolta all'annullabilità del contratto) soltanto quando il contenuto del contratto stipulato risulti, globalmente considerato per lo scopo pratico che persegue e per le modalità con cui lo persegue, incompatibile o anche semplicemente diverso da quello voluto dall'organo deliberante; non invece quando tale contenuto, pur non essendo stato specificato nella deliberazione presa da tale organo, risulti uno dei possibili sviluppi logici necessari sul piano operativo di tale delibera e, quindi, coerente allo spirito che storicamente l'ha informata, e non alla lettera con cui è stata espressa[28].

Le "riserve"

Il procedimento di accordo bonario ha ad oggetto la risoluzione delle controversie riguardanti la fase dell'esecuzione dei lavori pubblici e, in particolare, di quelle in materia di riserve ad essi relative.

Presupposto per l'applicazione della norma è, in corso d'opera, il valore economico delle riserve, per il quale è fissata una soglia minima pari al 10% dell'importo contrattuale dei lavori, mentre, una volta che l'opera sia stata ultimata e siano stati redatti il certificato di collaudo o quello di regolare esecuzione, la condizione fissata è quella che dalla contabilità finale risultino comunque riserve, di qualsivoglia importo, per le quali non sia intervenuto l'accordo bonario di cui all'art. 31bis della legge ed all'art. 149 del regolamento (oggi ai sensi dell'art. 240 del Codice).

Nell'appalto di opere pubbliche, l'onere della riserva a carico dell'appaltatore ha carattere generale ed è preordinato al fine di rendere immediatamente note all'Amministrazione committente tutte le situazioni suscettibili di incidere sul costo complessivo dell'opera, che si verificano nel corso dell'esecuzione stessa[29].

Sul principio, secondo cui l'amministrazione committente deve conoscere, tempestivamente e costantemente, tutti i fattori che siano suscettibili di aggravare il costo dell'opera e deve, inoltre, poter valutare, in ogni momento, l'opportunità del mantenimento ovvero del recesso dal rapporto di appalto in relazione al perseguimento dei fini di interesse pubblico, si fonda dunque l'onere della riserva, che ha la sua ragione d'essere nella tutela dell'amministrazione, che, nell'esercizio della sua attività discrezionale, deve essere messa in condizione di esercitare prontamente ogni necessaria verifica[30]; tanto comporta, come conseguenza, che l'appaltatore deve proporre ogni riserva, nella forma vincolata che le è propria, non appena possibile.

Le riserve rappresentano una mera dichiarazione di una pretesa patrimoniale, esprimendo solo l'accadimento di certi fatti e/o la loro valutazione quantitativa ai fini dell'esatta determinazione del compenso dovuto all'appaltatore.

Esse devono essere tempestivamente iscritte nel registro della contabilità dei lavori e poi confermate sul conto finale, ma non costituiscono un'intimazione di pagamento e tantomeno sono idonee a costituire in mora l'Amministrazione appaltante, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1219 del codice civile: è infatti solo con l'approvazione del collaudo che viene liquidato il credito dell'appaltatore, sulla base delle conclusioni del collaudatore; quindi le riserve, se accolte, si concretizzano per l'appaltatore - appunto con l'approvazione del collaudo - in un credito certo, liquido ed esigibile[31].

Ciò posto, il riferimento espresso alle riserve trascritte nei documenti contabili, quali oggetto e presupposto ad un tempo per l'attivazione della procedura *de qua*, consente anzitutto di richiamare i principi elaborati dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Cassazione nell'interpretazione della normativa in materia di "riserve", che, già contenuta negli art. 54 e segg. dell'ormai abrogato R.D. n. 350 del 1895, e successivamente nel D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni), va oggi coordinata con quanto previsto dall'art. 240 del Codice degli Appalti.

Le statuizioni della Suprema Corte hanno infatti costruito un sistema di principi e regole in materia, chiarendo che:

- nei pubblici appalti, l'appaltatore, ove intenda contestare la contabilizzazione dei corrispettivi effettuata dall'amministrazione, è tenuto ad iscrivere tempestivamente apposita riserva nel registro di contabilità, o in altri documenti, esponendo, nei modi e nei termini indicati dalla legge, gli elementi atti ad individuare la sua pretesa nel titolo e nella somma: ciò sia che il fatto dannoso abbia carattere continuativo (sia suscettibile, cioè, sulla base di una causa costante o di una serie causale, di protrarre nel tempo gli effetti dannosi, senza peraltro rivelarsi immediatamente produttivo di maggiore

onerosità), sia, per converso, ch'esso si presenti come assolutamente saltuario;

- la riserva può ritenersi tempestivamente formulata, a pena di decadenza, solo se inserita nel registro della contabilità generale, al momento della prima iscrizione successiva alla insorgenza del fatto integrante la fonte delle ragioni vantate;

- la mancata tempestiva iscrizione di riserva relativa a qualsivoglia maggior costo asseritamente sostenuto dall'impresa esecutrice dell'appalto di opera pubblica comporta la decadenza dell'appaltatore dal diritto al pagamento per i maggiori costi delle opere eseguite e preclude la proposizione dell'azione di arricchimento, che è connotata dal requisito della sussidiarietà (art. 2042 cod. civ.)[32];

- la tempestività nella iscrizione delle riserve, pertanto, quale adempimento imposto con le specifiche prescrizioni di cui al citato D.P.R. n. 554 del 1999 ed al D.M. n. 145/2000, opera (impedendo, in caso di inosservanza, l'esercizio dei diritti a maggiori compensi) solo ove la Amministrazione appaltante abbia contestato la predetta mancanza di tempestiva iscrizione e, quindi, abbia nel processo eccepito la decadenza avveratasi[33];

- l'onere dell'appaltatore di formulare tempestiva riserva di maggiori compensi od indennizzi, rispetto al corrispettivo pattuito, secondo la disciplina anzidetta, insorge per effetto e dal momento della iscrizione, nei registri previsti dalla legge e sottoposti alla sua sottoscrizione, degli elementi evidenziati, secondo indici di media diligenza e di buona fede, un aggravio di spese a sua carico[34];

- detto onere, pertanto, non sussiste nel caso di contabilità informale ed irricostruibile, cioè non consacrata in quei registri ed idonea a consentire il riscontro dei titoli di spesa e delle spettanze riconosciuto dalla stazione appaltante[35];

- l'onere stesso va invece affermato nella diversa ipotesi di contabilità provvisoria, ma formalmente inserita nei registri stessi;

- l'onere di immediata denuncia, a pena di decadenza, dal diritto di conseguire maggiori compensi, sussiste con riguardo ad ogni fatto connesso con l'esecuzione dell'opera, che l'appaltatore ritenga produttivo di conseguenze patrimoniali a sé sfavorevoli[36];

- la disciplina dell'onere di tempestiva riserva non può, dunque, ritenersi ristretta agli elementi di natura puramente contabile, ma si riferisce a tutti i fatti producenti spesa, anche se dipendenti da colpa dell'amministrazione, quando si risolvano in comportamenti che incidono direttamente sull'esecuzione dell'opera e che rientrano perciò nel rapporto contrattuale[37];

- anche i compensi dovuti all'appaltatore per danni cagionati da forza maggiore, in quanto incidenti sulla spesa complessiva dell'opera, sono soggetti alla disciplina generale dell'onere della riserva, che deve essere formulata non appena il fatto di forza maggiore si riveli produttivo di maggiori costi o spese per l'appaltatore, senza che essa possa essere differita al momento della firma del conto finale e senza che rilevi che l'appaltatore abbia provveduto alla denuncia dei danni, come previsto dell'art. 25 del r.d. 25 maggio 1895, n. 350, poiché tale denuncia, non contenendo gli elementi necessari per quantificare la pretesa al compenso, non può sostituire la riserva da inserire in contabilità, né assolvere alla funzione ad essa attribuita alla normativa sugli appalti pubblici[38];

- in tali casi l'onere dell'appaltatore di formulare tempestiva riserva, per maggiori pretese rispetto al corrispettivo pattuito, secondo la previsione del r.d. 25 maggio 1895 n. 350 insorge nel momento in cui quei fatti evidenzino, secondo criteri oggettivi e di media diligenza[39], una potenzialità dannosa (quando, cioè, secondo una valutazione coerente con detti criteri, emerga la concreta idoneità del fatto continuativo a produrre aggravii giustificativi di maggiori compensi o indennizzi a favore dell'appaltatore); salvo restando il differimento della precisa quantificazione di dette maggiori pretese, riferibili alla prestazione complessiva a carico dell'appaltatore per danni protrattisi o che abbiano continuato a verificarsi in momento successivo rispetto a quello in cui la riserva venne formulata, nelle successive registrazioni ovvero al momento della chiusura dei conti al termine dei lavori, dopo il definitivo consolidarsi del pregiudizio economico subito[40];

- eventuali inesattezze, irregolarità, approssimazioni delle risultanze contabili, anche in difformità dalla realtà, rimangono irrilevanti ai fini della liberazione dell'appaltatore dell'onere di tempestiva riserva, nei limiti in cui non impediscano all'appaltatore medesimo l'immediato riscontro di quell'aggravio di spesa;

- l'onere dell'immediata denuncia, da parte dell'appaltatore, del fatto o della situazione oggetto di riserva ed il sistema delle preclusioni che esso pone a carico di quest'ultimo comportano altresì che, indicata nel registro di contabilità una ragione specifica, all'imprenditore non è consentito di sostituirla con altra causale in precedenza non indicata;

- così come l'onere in questione, nella mancanza di una espressa deroga alla sua operatività, è stato

dalla giurisprudenza ritenuto riferibile anche alla richiesta del compenso per le variazioni del progetto e del piano iniziale dei lavori di cui all'art. 13 del d.p.r. n. 1063 del 1962[41], oggi esso è dal capitolato generale d'appalto posto espressamente in relazione anche con le variazioni al progetto appaltato, di cui al comma 6 dell'art. 10, dato peraltro che ogni richiesta dell'appaltatore di riconoscimento di "un equo compenso", per effetto delle modifiche alla natura dei lavori oggetto dell'appalto ivi previste, deve essere volta, appunto, al conseguimento di una maggiorazione del corrispettivo contrattuale;

- l'appaltatore è altresì tenuto a fare le proprie osservazioni (cioè le sue eccezioni consistenti in domande e riserve) al momento della firma dei verbali di sospensione o di ripresa dei lavori;
- anche il ristoro dei maggiori oneri derivanti all'appaltatore dalla consegna ritardata dei lavori presuppone la previa formulazione delle opportune riserve[42];
- l'equo compenso previsto dall'art. 1664 del codice civile non si sottrae, negli appalti pubblici, all'onere della tempestiva riserva[43];
- per giurisprudenza costante deve pure formare oggetto di tempestiva riserva, al fine di dar luogo, in via eccezionale, a compenso, ogni "variazione o addizione" al progetto approvato, che sia effettuata dall'appaltatore extracontratto e "non preventivamente approvata"[44];
- se l'appaltatore non sottoscrive il conto finale nel termine previsto o se lo sottoscrive senza confermare le domande già formulate nel registro di contabilità, detto conto finale deve ritenersi come definitivamente accettato[45].

La speciale disciplina delle forme e dei termini per lo svolgimento dell'accordo bonario si riferisce dunque propriamente ed esclusivamente alle controversie insorte a seguito delle domande (o delle riserve) che, in corso d'opera, l'appaltatore di un contratto di appalto di opera pubblica formuli, con onere di loro iscrizione nei documenti contabili (sulla base della cui progressiva redazione si determina, per rilevamenti successivi, il corrispettivo dovuto all'appaltatore), in calce ai quali il direttore dei lavori espone le sue controdeduzioni; domande, per il tramite delle quali l'appaltatore medesimo fa valere ogni pretesa afferente a compensi o indennizzi aggiuntivi rispetto all'originario prezzo contrattuale, in relazione a qualsiasi situazione insorta nel corso della esecuzione dell'opera[46].

Tali controversie vanno risolte previamente con il meccanismo di conciliazione di cui l'art. 240 del Codice definisce in via di principio gli elementi e le procedure.

Il procedimento.

L'art. 240 del d.lgs 163/06 (riproducendo la previsione di cui all'art. 149, 1° comma del Regolamento D.P.R. n. 554 del 1999) dispone che, allorché l'appaltatore abbia iscritto negli atti contabili riserve il cui importo complessivo superi i limiti ivi indicati, il direttore dei lavori ne dà immediata comunicazione al responsabile del procedimento, trasmettendo nel più breve tempo possibile la propria relazione riservata in merito.

Il responsabile del procedimento non è più di certo il fulcro del tentativo di accordo bonario (non competendo più ad esso, almeno di norma, né formulare alla stazione appaltante la proposta di accordo bonario, né convocare le parti per la sottoscrizione dell'accordo); compete comunque al RUP promuovere la costituzione della commissione, cui è demandato in via ordinaria il compito di formulare detta proposta, pur se tale adempimento di avvio del procedimento di accordo bonario è subordinato al maturare dei presupposti normativamente fissati.

A tale funzione "informativa" è in grado di adempiere, almeno per le controversie scaturenti dalle riserve anteriori all'emissione del certificato di regolare esecuzione o di quello di collaudo, soltanto il direttore dei lavori, ossia il soggetto istituzionalmente "preposto alla direzione ed al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento...nel rispetto degli impegni contrattuali" (comma 2 dell'art. 123 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554), interloquendo "in via esclusiva con l'appaltatore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto" (comma 2 del successivo art. 124).

Egli è tenuto a trasmettere l'anzidetta comunicazione immediatamente, anche perché il periodo entro il quale la proposta motivata di accordo bonario, cui detta procedura è finalizzata, dev'essere formulata ("novanta giorni dalla apposizione dell'ultima delle predette riserve"), ha un termine iniziale (l'anzidetta apposizione), del quale solo il direttore dei lavori è a conoscenza, sì che ogni suo eventuale indugio si traduce in una indebita e dannosa, per entrambe le parti, compressione dei tempi di procedimento.

Contestualmente alla "informativa" sul verificarsi delle condizioni tecnico-economiche per l'avvio del procedimento in esame, il direttore dei lavori è tenuto a trasmettere apposita relazione, che contenga il suo parere e le sue osservazioni (corrispondenti a quelle " motivate deduzioni", ch'egli è tenuto, a norma del comma 4 dell'art. 165 del regolamento, ad esporre nel registro di contabilità in ordine alle riserve ivi iscritte dall'appaltatore inerente) in relazione alle domande dell'impresa, che saranno oggetto del procedimento.

La relazione vale anzitutto a mettere in condizione il responsabile del procedimento di valutare la effettiva e concreta sussistenza delle condizioni per l'avvio del procedimento e, successivamente, a fornire gli elementi necessari all'apposita commissione, cui è demandata la formulazione della proposta di accordo, per raggiungere una cognizione completa della controversia sottoposta al suo esame e per adottare le determinazioni conciliative di sua competenza.

Un'apposita relazione del direttore dei lavori non sarà invece necessaria allorché il procedimento scaturisca dalla risultanza di riserve nel certificato di regolare esecuzione, giacché allora la stessa funzione è utilmente spiegata dalla relazione, che, a norma del comma 2 dell'art. 173 del regolamento, accompagna il conto finale.

Lo stesso dicasi per la relazione che la legge prevede sia resa dall'organo di collaudo ("ove costituito"), dato che chiaramente, anche in tale ipotesi si verte nella fattispecie di definizione di controversia successiva alla emissione del certificato di collaudo, si che, ai fini del procedimento di accordo, sarà utile la relazione di cui al comma 2 dell'art. 195 del regolamento.

In proposito si pone il problema della ammissibilità dell'accesso, da parte della impresa esecutrice dei lavori, agli atti relativi al procedimento di esecuzione dell'opera pubblica, ivi comprese, in particolare, la relazione riservata dei collaudatori e del direttore dei lavori e la corrispondenza tra questo e la stazione appaltante, che potrebbero essere oggetto di apposite osservazioni, che l'impresa stessa intendesse porre all'attenzione della Commissione.

Se, in linea generale, può affermarsi che l'Amministrazione è tenuta a consentire l'accesso a tutti gli atti correlati allo svolgimento delle proprie funzioni istituzionali[47] e che, peraltro, la giurisprudenza del Consiglio di Stato appare ormai conclusivamente orientata nel senso che il diritto di accesso si esercita anche sugli atti inerenti a rapporti contrattuali nei quali la p.a. agisce *iure privatorum*, in tema di appalto di lavori pubblici, ai sensi degli artt. 10 del regolamento approvato con d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 e 24, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, è stato considerato legittimo il diniego di accesso alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve dell'impresa, trattandosi di documenti "riservati" ai sensi dell'art. 31-bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo introdotto dal d.l. 3 aprile 1995 n. 101[48].

Il responsabile del procedimento, ai sensi del comma 2 dell'art. 149 del regolamento, deve valutare l'ammissibilità e non manifesta infondatezza delle riserve ai fini del raggiungimento del limite del valore economico delle riserve, al quale la legge riconnette l'avvio del procedimento.

Da ciò si desume che presupposti per l'avvio del procedimento sono la espressa dichiarazione dell'ammontare dei lavori, l'importo e l'oggetto delle riserve, nonché la valutazione del responsabile del procedimento ai sensi del succitato comma 2.

Detta valutazione concerne, come s'è detto, l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve iscritte, laddove per ammissibilità deve intendersi la iscrizione delle riserve secondo le modalità e nei termini prescritti dall'art. 165 dello stesso regolamento, mentre per non manifesta infondatezza una sommaria valutazione dei presupposti di fatto e di diritto posti a fondamento delle riserve[49].

Tali valutazioni sono espressamente finalizzate dalla norma alla verifica "... dell'effettivo raggiungimento dei limiti di valore" (art. 240 del Codice, comma 4), al fine di scongiurare l'eventualità di elusioni applicative della norma, come nel caso in cui l'appaltatore del tutto artatamente iscriva riserve al solo fine di superare il limite percentuale di accordo bonario ed ivi definire le sole reali riserve, di valore, però, più o meno nettamente inferiore al predetto limite.

La finalizzazione della propedeutica operazione di valutazione, come espressamente operata dalla norma, consente certamente di escluderne la necessità e rilevanza nell'*iter* procedurale, laddove la procedura di accordo bonario prescinda del tutto da qualsiasi rapporto delle riserve iscritte rispetto all'importo contrattuale e cioè sia attivata con riferimento alle risultanze del certificato di collaudo o di quello di regolare esecuzione.

La scelta di porre in capo al responsabile del procedimento la predetta incombenza è dettata dal fatto che allo stesso spetta il controllo su tutti i fattori comportanti aumenti di spesa, che, anche se non influenti in maniera diretta ed immediata sull'appalto, comunque possano rivelarsi in grado di gravare sul committente nella fase esecutiva del medesimo.

Se, dunque, il responsabile del procedimento non può più realisticamente definirsi il "fulcro del tentativo di accordo bonario", la sua posizione nella procedura resta pur sempre centrale, atteso che spetta pur sempre a lui, nella procedura c.d. ordinaria, oltre ai poteri di valutazione e di promozione anzidetti, la nomina del membro della Commissione in rappresentanza dell'Amministrazione; e, nella procedura c.d. semplificata, può, nei casi in cui non gli sia devoluto il potere di formulare direttamente la proposta di accordo bonario, comunque essere componente della commissione stessa (comma 14, art. 240).

Tale ultima previsione, peraltro, vale a sottolineare che la scelta legislativa di non prevedere la partecipazione del responsabile alla commissione nella procedura c.d. ordinaria è ispirata a principi di efficienza dell'azione amministrativa e non certo ad una ipotetica inconciliabile sovrapposizione, e dunque ad una pretesa incompatibilità, tra il suo ruolo e qualsiasi altra funzione od incarico tecnico od amministrativo relativi ai lavori oggetto dell'appalto.

Del resto già l'art. 6 della Legge n. 127/1997 ha sancito il principio generale per cui sono attribuiti ai dirigenti "tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dall'organo politico".

Peraltro, il Consiglio di Stato ha avuto modo di rilevare come l'articolo 6, comma 2, della legge 15 maggio 1997, n. 127, modificativo dell'articolo 51 della legge n. 142/1990[50], "rimette ai dirigenti la responsabilità delle procedure d'appalto" (oltre alla presidenza delle commissioni) e la stipula dei contratti, sottolineando in particolare come la disposizione in parola (che si inserisce armonicamente in un ordinamento che tende a ridurre i controlli formali da parte di soggetti interni ed esterni all'Ente introducendo, all'opposto, forme di verifica dell'attività in cui sia solo il risultato della gestione ad essere valutato in termini di efficienza, rendimento e regolarità amministrativa e contabile, in relazione al conseguimento degli obiettivi di gestione assegnati ai dirigenti dagli organi di governo dell'ente nell'esercizio della loro funzione di indirizzo) impone, anziché escludere, che i dirigenti dei singoli settori siano responsabili del buon esito dell'azione amministrativa ad essi demandata e, quindi, siano titolari dei poteri amministrativi, che nel corso dei vari procedimenti devono essere esplicitati[51].

E non si vede, allora, perché la detta, pretesa, incompatibilità debba poi affermarsi, del tutto in contrasto con gli affermati principi, con riguardo a compiti attinenti alla fase esecutiva dell'appalto.

Quid iuris nel caso che, a seguito di riserve iscritte nel registro di contabilità dei lavori, l'importo economico dell'opera vari in misura rilevante rispetto all'ammontare dell'importo contrattuale e, dunque, risultino maturate le condizioni per far luogo all'applicazione dell'art. 240 del d. lgs 163/06 e, ciò nonostante, il responsabile del procedimento non assolva a quanto prescritto dalla norma, in particolare promuovendo la costituzione della commissione, cui è demandato il compito di formulare la proposta di accordo bonario?

Sul punto è stato rilevato come a fronte del dilemma se tale la situazione soggettiva vantata dall'appaltatore sia da configurare come diritto soggettivo o come interesse legittimo, è da ritenere che si verta in tema di interesse legittimo all'osservanza, da parte dell'Amministrazione, delle norme procedurali che regolano la definizione bonaria delle controversie in materia di riserve, cosicché, in caso di inerzia dell'amministrazione o di rifiuto di avviare il procedimento, l'appaltatore potrà adire il giudice amministrativo, al fine di far dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il relativo procedimento[52].

Tali conclusioni sono abbastanza condivisibili, anche nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale assicurata dall'ordinamento ad ogni posizione soggettiva giuridicamente rilevante, anche se la prospettata dicotomia interesse legittimo/diritto soggettivo parrebbe non più tanto insanabile laddove si rifletta sul fatto che probabilmente sono due le situazioni giuridiche soggettive proprie dell'appaltatore, che vengono in considerazione nella fattispecie: l'una, di diritto soggettivo, a veder riconosciute e soddisfatte le sue pretese aggiuntive rispetto al prezzo contrattuale; l'altra, di interesse legittimo, allo svolgimento del procedimento di tentativo di accordo bonario secondo il paradigma procedimentale "governato" dall'Amministrazione, disegnato dalla legge.

Tali due distinte, seppur strettamente collegate, situazioni giuridiche, troveranno allora due distinte forme di tutela.

Indubbiamente, in tema di appalto di opere pubbliche, la p.a. non può ritardare *sine die* le sue determinazioni, paralizzando, per un tempo indefinito, i diritti dell'appaltatore, dimodochè il non aver adottato alcun provvedimento denuncia per ciò stesso il rifiuto dell'amministrazione, a fronte del quale è certamente attivabile il giudizio sul silenzio inadempimento di cui all'art. 21 *bis* della legge TAR, diretto ad accertare se il silenzio serbato da una pubblica amministrazione sull'istanza del privato (tali dovendosi considerare le "domande" dell'appaltatore iscritte nei registri contabili, che abbiano

raggiunto un determinato percentuale rispetto al valore dell'appalto) violi o meno l'obbligo della stessa di attivare il procedimento previsto dal legislatore in presenza di tali domande; ciò anche quando, come nella fattispecie dell'art. 240, il procedimento stesso tenda poi a verificare la possibilità di conclusione di un accordo finale, che ha natura di contratto privatistico, che si sottrae al sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

Ciò senza che il giudice possa, in nessuna fase del giudizio, sostituirsi all'amministrazione, potendo e dovendo egli accertare esclusivamente se il silenzio sia illegittimo o meno e, in caso di esito positivo di un tale accertamento giudiziale, imporre all'amministrazione di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato.

Invero, peraltro, una tale via non sembra oggi precludere all'appaltatore, avverso l'inerzia dell'amministrazione nel giungere ad una pronuncia (di accoglimento o di rifiuto) su una proposta motivata di accordo bonario, la via di far valere le proprie ragioni in un giudizio ordinario od arbitrale, a tutela dell'altra, distinta, situazione giuridica soggettiva, di cui si è detto sopra

Tanto sulla base della previsione (già contenuta nel terzo periodo del comma 1 dell'art. 31 *bis*, L. 109/94) che consente, decorsi i termini per la pronuncia sulla proposta di accordo, di avvalersi dell'arbitrato, ampliandone enormemente l'ambito rispetto a quanto in precedenza previsto dalle stesse disposizioni contenute nel capitolato generale di appalto che escludono, per le riserve *ante* certificato di regolare esecuzione o di collaudo, in caso di mancata attivazione del procedimento conciliativo, la possibilità di devoluzione di una controversia siffatta alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché il tentativo di accordo bonario è obbligatorio e "l'appaltatore che intenda far valere le proprie pretese nel giudizio ordinario o arbitrale deve proporre la domanda entro il termine di decadenza di sessanta giorni, decorrente dal ricevimento della comunicazione di cui all'articolo 149, comma 3, del regolamento..." (art. 33, 1° co., D.M. 19 aprile 2000, n. 145).

Oggi, dunque, in aggiunta a tali ipotesi, anche l'inutile decorso del termine di 120 giorni dalla apposizione dell'ultima delle riserve utili alla attivazione della procedura *de qua* consente all'appaltatore di far valere il suo diritto in un giudizio ordinario od arbitrale e ciò anche se la norma fa riferimento alla sola facoltà di far luogo ad arbitrato.

Non è infatti in discussione il principio di non obbligatorietà dell'arbitrato, atteso che, a seguito della nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 152 del 1996[53], la quale ha restituito con effetti *ex tunc* a ciascuna delle parti la facoltà di declinare la competenza arbitrale e di adire il giudice ordinario, la facoltatività costituisce principio fondamentale in tema di definizione arbitrale delle controversie, applicabile anche con riferimento alla disciplina in esame[54].

Quanto appena delineato a maggior ragione è applicabile nel procedimento di accordo bonario scaturente dalle domande dall'appaltatore avanzate in sede di conto finale e di collaudo.

Ed infatti, in mancanza di comunicazione all'appaltatore delle determinazioni assunte dall'Amministrazione sulle domande dallo stesso avanzate in sede di collaudo, la mancata tempestiva impugnazione della delibera approvativa degli atti di collaudo non produce alcun effetto di consolidazione; ed invero, l'approvazione del collaudo - per la sua collocazione esterna alla fase procedimentale dell'evidenza pubblica ed interna, invece, alla fase (privatistica) dell'esecuzione del contratto di appalto di opere pubbliche - è atto, comunque, paritetico[55] e non quindi atto provvedimentale, in relazione al quale possa verificarsi il fenomeno della c.d. consolidazione, allorché esso (ancorché invalido) non sia impugnato nel termine di legge[56]; così come non è espressione di potere autoritativo, il provvedimento che l'Amministrazione adotta in ordine alle domande dell'appaltatore, agendo essa non come autorità, ma come parte contraente in materia relativa ad attività negoziale retta dal diritto privato[57].

E' pur vero che l'approvazione del collaudo da parte della P.A. deve considerarsi quale atto di amministrazione attiva, con la quale viene posto fine all'appalto; ma esso costituisce anche lo strumento legale attraverso il quale la stazione appaltante fa proprie le conclusioni del collaudatore ed esprime la volontà di accettazione dell'opera, liquidando il credito dell'appaltatore.

E soltanto per effetto dell'approvazione senza riserve sorge il vincolo a carico della P.A., per quanto concerne la liquidazione del corrispettivo, di considerare inoppugnabile la determinazione espressa nell'atto di collaudo: in conseguenza dell'obbligo posto dalla menzionata normativa a carico del collaudatore di verificare non solo se l'opera fu eseguita a regola d'arte, secondo le prescrizioni tecniche prestabilite ed in conformità del contratto e delle varianti debitamente approvate, ma anche se i dati risultanti dai conti e dai documenti giustificativi corrispondono tra loro e con le risultanze di fatto, se i prezzi attribuiti ed i compensi determinati nella liquidazione finale sono regolati secondo le previsioni contrattuali, se nella gestione delle opere ad economia si è avuto cura degli interessi

dell'Amministrazione; e, conclusivamente, sia la collaudabilità dell'opera, sia le modificazioni da introdursi nel conto finale, e, quindi, il credito liquido dell'appaltatore.

Il quale dunque, pur quando si riferisca a lavori non previsti o diversamente qualificati nel contratto, può comunque fondarsi sul riconoscimento contenuto nel menzionato atto di approvazione, attese la funzione di esaurire anche sotto questo profilo il rapporto intercorso tra le parti[58].

La definizione delle controversie sulle riserve non è dunque rimessa ad una determinazione unilaterale dell'Amministrazione, ma ad un accordo.

Il tentativo di raggiungimento di tale accordo è in via generale demandato, ai sensi dell'art. 240 del Codice dei contratti pubblici, ad una "commissione", la cui costituzione è "promossa" dal responsabile del procedimento ed alla quale è demandato il compito di formulare "acquisita la relazione del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, entro novanta giorni dalla apposizione dell'ultima delle predette riserve, proposta motivata di accordo bonario".

Detta commissione, formata da tre componenti in possesso di specifica idoneità, designati, rispettivamente, il primo dal responsabile del procedimento, il secondo dall'impresa appaltatrice o concessionaria ed il terzo, di comune accordo, dai componenti già designati contestualmente all'accettazione congiunta del relativo incarico, si configura indubbiamente come organo esterno e terzo rispetto alle parti della controversia; seppure, infatti, la sua costituzione sia "promossa" dall'Amministrazione, in persona del responsabile del procedimento, la stessa non è poi in alcun modo configurabile come organo, seppure straordinario, dell'amministrazione stessa (che non la nomina, non la costituisce, non ha poteri di scioglimento di essa e né ne fa proprie con efficacia autoritativa le determinazioni) e tanto meno, poi, è in qualche modo riconducibile alla struttura organizzativa dell'impresa appaltatrice.

Se, dunque, nella previgente disciplina dello stesso art. 31bis, non poteva parlarsi a rigore di un meccanismo di conciliazione mancando nella procedura qualsiasi intervento di un organo terzo e ruotando tutto il meccanismo procedimentale volto alla conclusione dell'accordo bonario intorno alla figura interna all'Amministrazione del responsabile del procedimento, oggi, in presenza del predetto organo terzo, può parlarsi più propriamente di un meccanismo di conciliazione avente natura negoziale, che si contrappone e supera i previgenti strumenti di risoluzione in via amministrativa di risoluzione di tal genere di controversie.

La proposta di accordo formulata dalla Commissione ha la limitata funzione di promuovere l'accordo stesso, definendone i termini, ma non *ad finiendam litem* e, dunque, a produrre effetti sostanziali sulla disciplina del rapporto controverso, effetti che possono derivare solo da una pronuncia favorevole dell'amministratore e dell'appaltatore sulla proposta stessa; pronunce, che, in quanto coincidenti, concordanti, rappresentano, appunto, l'accordo.

Il richiamo della funzione "conciliativa" demandata alla commissione non deve dunque comunque far confondere il ruolo della stessa con quello degli arbitri.

La Commissione è dunque di regola priva di transigere o raggiungere l'accordo, che spetta esclusivamente alle parti, che con la designazione dei componenti di rispettiva elezione hanno semplicemente manifestato l'impegno di cercare di comporre la controversia di comune accordo, seppur su proposta della commissione stessa.

Ciò a meno che le parti stesse, avvalendosi della facoltà prevista dal comma 1ter dell'art. 31bis (oggi, comma 11, art. 240, d.lgs. 163/06), abbiano conferito " alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti, perfezionando, per conto delle stesse, l'accordo bonario risolutivo delle riserve".

Non pare dubbio che, in tal caso, la funzione di assumere decisioni vincolanti per le parti ai fini della risoluzione della controversia, attribuita alla commissione in argomento, vale a mutarne radicalmente la natura in collegio arbitrale, con qualificazione dell'arbitrato in questione come "arbitrato irrituale" [59].

Al riguardo si rileva che, in generale, per l'interpretazione di una clausola compromissoria, il carattere rituale o irrituale dell'arbitrato in essa previsto va desunto con riguardo alla volontà delle parti, ricostruita secondo le ordinarie regole di ermeneutica contrattuale, ricorrendo la fattispecie dell'arbitrato rituale quando sia stata demandata agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice ed integrandosi, per converso, l'ipotesi dell'arbitrato libero quando il collegio arbitrale sia stato investito della soluzione di determinate controversie in via negoziale, mediante un negozio di accertamento, ovvero con strumenti conciliativi o transattivi; dovendosi optare - è stato precisato[60] - ove residuino dubbi sulla effettiva volontà dei contraenti, per l'irritualità dell'arbitrato, tenuto conto che l'arbitrato rituale (poiché introduce una deroga alla competenza del giudice ordinario) deve ritenersi abbia natura eccezionale[61].

Nella specie, la natura irrituale della procedura prevista dal comma 11 dell'art. 240 del Codice - con il conferimento agli arbitri di decidere la controversia in via transattiva attraverso una manifestazione di volontà negoziale - specie ove si tenga conto che la legge medesima prevede poi, per le stesse controversie, una forma di arbitrato rituale, appare evidente.

Sì che varranno poi, allora, i noti limiti alla deducibilità dei vizi come cause di annullamento della determinazione degli arbitri, in quanto, si ricordi, il lodo arbitrale è impugnabile soltanto per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale, come l'errore, la violenza, il dolo e l'incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico, o dell'arbitro stesso.

(*) *Relazione al Convegno "Gli strumenti di tutela nel Codice dei contratti pubblici", organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Messina il 19 Aprile 2007. Lo scritto costituisce parte di un più ampio studio, in corso di elaborazione, sul medesimo argomento.*

[1] Con l'entrata in vigore si è risolta una *querelle* alimentata dall'annunciata intenzione, da parte dell'Esecutivo Prodi (peraltro già manifestata durante l'*iter* di approvazione del provvedimento) di differire l'entrata in vigore al 1° gennaio 2007, al dichiarato scopo di rivedere in più parti la nuova normativa, pur lasciando inalterata l'opzione (di tecnica legislativa) di provvedere al riassetto normativo per il tramite dell'adozione di un Codice che disciplini in modo unitario l'intero settore dei contratti della pubblica amministrazione. Un primo intervento correttivo e di proroga è stato poi effettivamente operato, al fine di procrastinare l'applicazione di alcuni degli istituti portati dalle nuove direttive; segnatamente quelli che interferiscono, ad avviso del legislatore, con la disciplina dell'affidamento degli appalti di lavori (a titolo esemplificativo, l'accordo quadro, le centrali di committenza, il dialogo competitivo), nonché con la disciplina comunitaria della trattativa privata e dell'appalto di progettazione ed esecuzione. Ma invero - a stretto rigore - la prefigurata revisione non avrebbe potuto (né potrebbe) riguardare il recepimento delle direttive di ultima generazione, che sono già entrate in vigore - nella parte obbligatoria - il 1° febbraio 2006; e peraltro alcune delle figure giuridiche di cui è stata disposta la sospensione, poi prorogata per altri sei mesi dal D.Lgs. n. 6 del 2007 (una ricostruzione della vicenda è contenuta in Massari - Greco, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163*, terza edizione, 14 ss., 2007)., erano già operanti nell'ordinamento prima dell'emanazione delle ultime direttive, che si limitano a dichiararne la conformità al diritto comunitario: ciò vale ad esempio per l'accordo quadro ed il dialogo competitivo che erano stati già recepiti da talune legislazioni regionali per il settore dei lavori pubblici (cfr. ad es. L.R. Veneto, 7 novembre 2003 n. 27).

[2] Cfr. in tal senso, Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2003.

[3] Recentemente sul punto Vaccarella, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2004, 2.

[4] *E multis*, Romano Tassone, *L'arbitrato*, in *Il processo davanti al Giudice Amministrativo*, a cura di Sassoni-Villata, Torino, 2004, 526 ss.

[5] Una panoramica delle varie opinioni in dottrina si ritrova in Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, rist., Milano, 1969.

[6] Cfr. Tropea, *Commento agli artt. 241, 242 e 243 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, diretto da S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli e G. Vesperini, Torino, in corso di pubblicazione; in tal senso anche Domenichelli, *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità)*, in *DPrA*, 1998, 242.

[7] Con riferimento alla transazione ed alla sua applicazione in diritto amministrativo si rinvia a Guicciardi, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64; Chirulli-Stella Richter, *Transazione (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 867 ss.; Formentin, *Transazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 315 ss. Più di recente, v. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (Appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 ss.

[8] Falzea, *Accertamento, a) Teoria generale*, in *ED*, I, Milano, 1958; Santoro Passarelli, *La transazione*, Napoli, 1986.

- [9] Sia consentito il riferimento ad Astone, *Commento all'art. 240 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, diretto da S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli e G. Vespertini, Torino, in corso di pubblicazione.
- [10] Secondo Corte conti, sez. II, 26 giugno 2002, n. 212/A, in *Riv. Corte Conti*, 2002, f. 4, 164, la stipula di una transazione costituisce espressione di un giudizio di discrezionalità di merito, che va esente da colpa grave (e quindi da responsabilità) allorché sia preceduto da conforme parere dell'Avvocatura dello Stato.
- [11] Abbamonte, *Strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie (artt. 239-243)*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, a cura di Sanino, Torino, 2006, 657.
- [12] V. § 5.
- [13] Cass., III, 16 luglio 2003, n. 11142.
- [14] Cass., II, 11 giugno 2003, n. 9348.
- [15] Cass., III, 15 maggio 2003, n. 7548.
- [16] Cass., II, 5 luglio 1983, n. 5260; Cass., 27 aprile 1982, n. 2633 e, da ultimo, Cass., sez. III, 6 maggio 2003, n. 6861, in *GCM*, 2003, f. 5.
- [17] Cass., III: 3 aprile 2003, n. 5139 e 10 febbraio 2003, n. 1950; V. Ariola, Frisani, *La transazione, in Transazione arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, a cura di Cendon, Torino, 2006, 50 ss..
- [18] V. T. Milano, 21 febbraio 2002, in *Giur. Milanese*, 2002, 320 e Cass., sez. I, 15 maggio 2001, n. 6662, in *Dir. prat. Soc.* 2002, f. 2, 90; Cass., II, 6 ottobre 1999, n. 11117, in *GCM*, 1999, 2074.
- [19] E' invero pacifico il principio, secondo cui la volontà di obbligarsi della p.a. non può desumersi per implicito da fatti od atti più o meno indicativi di una sua aspirazione od inclinazione intenzionale, ma deve essere manifestata nelle forme richieste dalla legge, tra le quali l'atto scritto "ad substantiam" (cfr. in tal senso Cass., S.U., n. 12769/91 e Cass., III, 18 novembre 1994, n. 9762, in *GCM*).
- [20] V. Cass., III, 3 aprile 2003, n. 5138, in *GCM*, 2003, f. 4.
- [21] Cfr., in tal senso, determinazione n. 26/2002 del 9 ottobre 2002 dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori pubblici, concernente "Norme acceleratorie del contenzioso - Accordo bonario sottoscritto ai sensi dell'art. 31bis della legge n. 109/94 - Ipotesi di una risoluzione "parziale" del contenzioso correlato all'iscrizione di riserve sui documenti contabili".
- [22] V. Cass., 20 marzo 1976, n. 1016; Cass., III, 27 giugno 2001, n. 8808, in *GCM*, 2001, 1282 e T. Catania, 3 ottobre 2001, in *Fa*, 2002, 709, con nota di Federico.
- [23] V., per tutte, Cons. St., n. 41/1996; Cass., 20 agosto 1992, n. 9682, in *GCM*, 1992, fasc. 8-9.
- [24] Pertanto, il contratto medesimo è invalido, per vizio del soggetto, quando alla sua formazione rimanga estraneo l'agente competente: v. C. Conti, sez. contr., 22 novembre 1991, n. 108, in *CS*, 1992, II, 313.
- [25] V. Cass., sez. lav., 2 marzo 1989, n. 1172, in *GCM*, 1989, fasc. 3.
- [26] V. Cass., II, 2 dicembre 2001, n. 15325, in *GCM*, 2001, 2085, e TAR Abruzzo, Pescara, 9 gennaio 2003, n. 131, in *FA TAR*, 2003, 206.
- [27] V. Cass., III, 10 gennaio 2003, n. 195, in *GCM*, 2003, 49, secondo cui, in caso di inesistenza della volontà contrattuale dell'organo deliberativo, Giunta comunale o Consiglio comunale, nell'esercizio del potere di determinazione dell'indirizzo politico amministrativo, ovvero dirigente o responsabile del servizio, nell'esercizio dei poteri gestionali, si configura una fattispecie *in itinere* o a formazione progressiva, assimilabile al negozio concluso dal *falsus procurator*, caratterizzata da una fase interinale destinata a protrarsi fino a quando intervenga la ratifica da parte dell'organo competente, ovvero fino a quando la ratifica venga negata e nei limiti della sua corrispondenza alla volontà manifestata da quest'ultimo.
- [28] V. Cass., I, 24 novembre 1988, n. 6314 in *RAvvS*, 1988, I, 322.
- [29] V. Cass., I, 19 maggio 1989, n. 2395, in *GCM*, 1989, fasc. 5.
- [30] V. Cass., n. 6911/82; n. 2395/89; n. 13399/99; da ultimo, Cass., I, 21 luglio 2004, n. 13500, in *GCM*, 2004, f. 7.
- [31] Cons. St., IV, 17 aprile 2003, n. 207, in *FA Cds*, 2003, 1279.
- [32] V. Cass., 2 ottobre 2001, n. 12203; Cass., I, 12 settembre 2003, n. 13440, in *GCM*, 2003, f. 9.
- [33] V. Cass. n. 13399/99; n. 1697/87; n. 2934/91 e n. 14361/01; Cass., I, 14 marzo 2003, n. 3824, in *GCM*, 2003, 527.
- [34] V. Cass., n. 4285/1981; n. 162/1979; n. 1355/1972; e ancora, Cass., I, 22 luglio 1996, n. 6569, in *GCM*, 1996, 1025.

- [35] V. Cass., I, 19 marzo 2004, n. 5540, in *GCM*, 2004, f. 3.
- [36] V. Cass., I, 6 dicembre 2000, n. 15485, in *GCM*, 2000, 2551.
- [37] V. Cass., 15 dicembre 1982, n. 6911.
- [38] V. Cass., I, 13 luglio 1983, n. 4759, in *GCM*, 1983, fasc. 7.
- [39] V. Cass., n. 13589/2000; n. 9854/1991.
- [40] V. Cass., n. 15485/00; n. 1515/00; n. 746/97; da ultimo, Cass., I, 18 settembre 2003, n. 13734, in *GCM*, 2003, f. 9.
- [41] V. Cass., II, 28 dicembre 1993, n. 12863, in *GCM*, fasc. 12.
- [42] V. Cass., I, 19 marzo 1980, n. 118, in *GCM*, 1980, fasc. 3.
- [43] V. Cass., n. 6911/82; da ultimo, Cass., I, 21 luglio 2004, n. 13500, in *GCM*, 2004, f. 7.
- [44] Cass., n. 3263/90; n. 10726/92; n. 11365/96; da ultimo, Cass., I, 12 settembre 2003, n. 13432, in *GCM*, 2003, f. 9.
- [45] Cass., n. 1347/1999; da ultimo Cass., I, 28 maggio 2003, n. 8532, in *GCM*, 2003, f. 5.
- [46] V. Cass., I, 1 dicembre 1999, n. 13399 in *GCM*, 1999, 2419.
- [47] V. TAR Sicilia, Catania, I, 12 dicembre 2001, n. 2442, in *FA*, 2001.
- [48] Cons. St., V, 15 aprile 2004, n. 2163.
- [49] Cfr. in senso conforme la determinazione della Autorità per la vigilanza sui Lavori Pubblici n. 22 del 05/12/2001, recante " *Indicazioni relative alla soluzione bonaria di controversie art. 31 bis, comma 1, legge 109*".
- [50] V. ora l'art. 107, comma 2, del t.u.e.l..
- [51] Cons. St., V, 1 aprile 2004, n. 1812, in *Dir. e Giust.*, 2004, f. 17, 107.
- [52] Garofoli, De Nictolis, Lipari, *L'accordo bonario compositivo delle controversie in tema di riserve*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di Caringella, Milano, 1999, 970 ss.
- [53] V. Cendon, a cura di, *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Torino, 2006, 220.
- [54] Del resto già l'art. 32 della legge n. 109 del 1994, come risultante dalle modifiche ad essa apportate dall'art. 10 della legge 18 novembre 1998, n. 415, secondo cui tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto di appalto "possono" essere deferite ad arbitri, individua un'ipotesi di arbitrato certamente non obbligatorio; v. C. Cost., 10 maggio 2000, n. 134, in *GCM*, 2000, I, 3093.
- [55] Così Cons. St., V, n. 1559/1996.; v. anche TAR Abruzzo, L'Aquila, 2 ottobre 2001, n. 583, in *FA*, 2001; TAR Piemonte, II, 22 maggio 1997, n. 258 e TAR Valle D'Aosta, 17 ottobre 1998, n. 130.
- [56] V. Cass., I, 16 aprile 2002, n. 5468, in *GCM*, 2002, 656.
- [57] Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 1309.
- [58] V. Cass., n. 11959/2003; n. 13261/2000; n. 13075/2000; da ultimo, Cass., I, 12 maggio 2004, n. 8969, in *GCM*, 2004, f. 5.
- [59] Cianflone, *op. cit.*, 1302; da ultimo Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. Amm.*, 2005, 263 ss.
- [60] Cfr. Cass. n. 8788/2000; Cass., sez. lav., 4 aprile 2002, n. 4841, in *GCM*, 2002.
- [61] Cfr. in dottrina, Fazzalari, *Arbitrato e arbitraggio*, in *RA*, 1993, 583; Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, 111.

