

## **Deliberazione N. 13 Adunanza del 10 aprile 2013**

Fascicolo n. 2553/11

**Oggetto: lavori SRT 439 Sarzanese Valdera - Variante al Centro Abitato di Castelnuovo Val di Cecina.**

Stazione appaltante: Provincia di Pisa

Esponente: Procaccini 2 Srl

Importo lavori: € 4.947.906,60

Rif. normativi: l'art. 118 del codice nella versione antecedente la modifica introdotta dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 113 del 31 luglio 2007.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione della Direzione generale della vigilanza lavori, servizi e forniture;

Visto il parere dell'Ufficio Affari Giuridici.

Premesso

Con segnalazione del 08/09/2011, la Procaccini 2 Srl, nella persona del legale rappresentante Giuseppe Procaccini, rappresentava il mancato controllo da parte della Provincia di Pisa dei rapporti tra appaltatore e subappaltatore in violazione dell'art. 118, comma 3, del d.lgs. 163/06. In particolare l'esponente lamentava la mancata sospensione dei pagamenti dei SAL all'appaltatore, nonostante precise comunicazioni circa il mancato pagamento delle fatture emesse dallo stesso esponente/subappaltatore, la negligente conduzione dell'appalto come comprovato dalla reiterata perdita del Giornale Lavori e la violazione delle norme afferenti l'esercizio del diritto di accesso agli atti.

I lavori in oggetto sono stati appaltati con gara esperita in data 06.09.2007 e bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 20.06.2007; il contratto è stato stipulato in data 28.11.2007, per l'importo netto di € 4.947.906,60.

Il subappalto all'impresa Procaccini 2 Srl (esponente) per l'importo (€ 950.000,00) rientrante nel 30 % della categoria principale è stato approvato con determinazione dirigenziale n. 2171, del 20.05.2009.

Il 1° certificato di pagamento è stato emesso dalla S.A. in data 27.07.2009, per la somma di € 566.805,54, il 2° certificato di pagamento in data 09.09.2009, pari ad € 672.137,82, ed il 3° certificato di pagamento in data 27.11.2009, per la somma di € 566.805,54.

In data 17.02.2010 l'impresa affidataria faceva pervenire la fattura del subappaltatore datata 30.09.2009 (per l'importo di € 334.646), ossia abbondantemente dopo aver liquidato i SAL 2° e 3°, assieme ad una liberatoria resa dall'appaltatore per l'importo di € 368.745, che non specifica tuttavia gli esatti riferimenti sub contrattuali.

Dalle informazioni acquisite in sede di istruttoria si è rilevato che: "non si è proceduto alla sospensione dei pagamenti ex art. 118, comma 3, del d.lgs. 163/06 poiché l'obbligo di sospensione è stato introdotto con il d.lgs. 113 del 2007 e dunque la procedura di sospensione non era applicabile al caso di specie". A sostegno di tale asserzione i rappresentanti dell'amministrazione producevano un parere dell'avvocatura dell'Ente in cui si deduce che la normativa applicabile all'appalto de quo sarebbe l'art. 118 del codice nella versione antecedente la modifica introdotta dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 113 del 31 luglio 2007, entrato in vigore il 1 agosto 2007, che per l'appunto non prevedeva la sospensione dei pagamenti successivi in caso di mancata consegna della fatture quietanzate dei subappaltatori.

Tale deduzione della S.A. è fondata sulla considerazione che il bando di gara è stato pubblicato in data 20 giugno 2006, ossia prima dell'entrata in vigore della modifica citata, e che, conseguentemente, le clausole del bando restano insensibili alla normativa sopravvenuta secondo quanto previsto nell'art. 253, comma 1, del Codice, ove si stabilisce che: "le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data di sua entrata in vigore"; norma, secondo quanto sostenuto nel parere citato, analogicamente estensibile anche alle normative che integrano il codice come, appunto, il d.lgs. n. 113/07.

Relativamente al mancato pagamento del subappaltatore/esponente, i rappresentanti dell'Amministrazione hanno specificato, in sede di audizione, che il contenzioso tra appaltatore e subappaltatore non ha visto coinvolta la S.A. poiché inizialmente vertente esclusivamente sulla contabilità dei lavori intercorrente tra appaltatore e subappaltatore, e solo in secondo momento anche sulla regola dell'arte dei lavori. Sul punto la Direzione Lavori ha rappresentato di non essere in grado di indicare con esattezza la rispettiva quota di stabilizzazione del rilevato stradale eseguita dal subappaltatore/esponente, poiché sia l'appaltatore che il subappaltatore erano presenti in cantiere con maestranze e mezzi per l'esecuzione delle lavorazioni afferenti alla medesima categoria.

In merito allo smarrimento ripetuto del Giornale dei Lavori è stato evidenziato che "nel corso dei lavori si è avuto per ben due volte lo smarrimento del giornale dei lavori. Giornale Lavori che era custodito all'interno degli uffici di cantiere, le cui chiavi erano a disposizione anche dell'impresa appaltatrice; tali smarrimenti hanno coinciso con i cambi del direttore di cantiere."

La prima denuncia di smarrimento è stata presentata dal D.L., geom. Signorini, in data 25.05.2010 e

la seconda dal direttore tecnico dell'impresa appaltatrice in data 26.05.2011.

La S.A. ha precisato infine che le richieste di accesso agli atti avanzate dall'esponente sono state evase, ed il ritardo nell'evasione delle stesse è dipeso dalla ricerca del giornale dei lavori smarrito.

#### Considerazioni

La questione verte, in particolare, sull'applicabilità al caso di specie dell'art. 118, comma 3, del Codice, così come modificato dal d.lgs. 113/2007, entrato in vigore tra la pubblicazione del bando di gara (20.06.2007) e la stipula del contratto (28.11.2007).

Il secondo decreto correttivo al codice (d.lgs. 113/2007) ha modificato l'art. 118, comma 3, aggiungendo nel testo all'ora vigente la proposizione: "...Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanziate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine (20 gg.), la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Omissis...".

Tale novella dispone che la S.A. deve sospendere i SAL successivi alla mancata trasmissione delle fatture quietanziate dei subappaltatori per le prestazioni dagli stessi eseguite (cfr. Parere Ag. 28-08 del 25 settembre 2008).

Nel caso di specie la stipula del contratto è intervenuta successivamente all'entrata in vigore del secondo decreto correttivo (1.08.2007), pertanto si ritiene applicabile la norma di cui al comma 3 dell'art. 118, che introduce, come anzidetto, l'istituto della sospensione dei SAL, ovvero obblighi e sanzioni ulteriori a carico di uno dei contraenti (appaltatore) nel rapporto sinallagmatico che, *ratione temporis*, non era ancora cristallizzato con la stipulazione.

Sul punto l'Autorità si è già espressa, ancorchè per fattispecie analoga ovvero sull'estensione normativa dell'art. 118, comma 3, del D.Lgs. 163/06 ai contratti di forniture con posa in opera in virtù dell'art. 15 della l. n. 180/2011, nei termini che seguono: "Sulla scorta delle regole generali che governano la successione delle leggi nel tempo e del principio *tempus regit actum*, per cui, in assenza di una disciplina transitoria, ogni atto soggiace alla disciplina vigente al momento della sua adozione....

Al riguardo si ritiene e dunque si condivide che, in assenza, in questo caso, di specifiche e diverse discipline transitorie contenute nel decreto correttivo D.Lgs 113/2007, valga la regola generale del *tempus regit actum* di cui all'art. 11 delle Disposizioni Preliminari al Codice Civile, per cui l'assetto delle reciproche obbligazioni assunte dalle parti ha come punto di riferimento il contesto normativo in vigore al momento della stipula dell'accordo negoziale.

A differenza di quanto sostenuto dalla S.A., pertanto, si ritiene che in mancanza di una norma transitoria del secondo decreto correttivo del codice non si può applicare "analogicamente" il criterio transitorio richiamato nel codice (d.lgs. 163/06), che fissa, al comma 1 dell'art. 253, il termine di applicazione delle norme ivi contenute alle procedure la cui pubblicazione del bando di gara, ovvero data di invio delle lettere di invito, è successiva all'entrata in vigore dello stesso codice.

Il principio della *cd. "perpetuatio"* della disciplina procedimentale, richiamato più volte dall'Ente, è indubbiamente applicabile alla fase amministrativa, ovvero alla fase di gara della procedura d'appalto, al fine di non alterare la *par condicio* e la concorrenza tra gli operatori economici, ma non *tout court* nella fase dell'esecuzione dell'appalto che trova il suo fondamento giuridico e regolatorio nel contratto e nelle norme di settore.

Ciò, peraltro, è confermato dalle discipline transitorie dei Regolamenti di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti, che, come è noto, disciplinano in via prioritaria la fase esecutiva degli appalti, ove appunto si richiama, quale discrimen per l'applicazione degli stessi, la data di stipulazione del contratto e non la data di pubblicazione del bando di gara (cfr. art. 232 del D.P.R. 554/07; art. 357 del D.P.R. 207/10).

A tal fine giova osservare che l'assunto a sostegno della tesi riportata nel parere legale dell'Ente, per cui il contratto è un mero "...documento che riproduce le dichiarazioni di volontà contenute nell'aggiudicazione definitiva", non trova il sostegno della giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2010, n. 4864), per cui anche se nei contratti della Pubblica Amministrazione

l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della stessa Amministrazione e del privato di concludere il contratto (manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore), non è tuttavia precluso all'Amministrazione di procedere, con atto successivo e con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, ovvero ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire.

Relativamente all'assunto riportato nel medesimo parere legale dell'Ente che ritiene inattuabile l'istituto della sospensione dei SAL anche laddove si ritenesse applicabile la novella normativa, poiché la stessa avrebbe presupposto l'accertamento della violazione del relativo obbligo contrattuale da parte dell'appaltatore, vale osservare che per non ritenere applicabile la sanzione di cui al comma 3 dell'art. 118 vi sarebbe dovuto essere un accertamento ad opera della stessa S.A. - segnatamente della Direzione Lavori - teso a ravvisare dei vizi dell'opera ovvero delle incongruenze contabili che suffragavano *ictu oculi* le ragioni dell'affidatario, e che agli atti non emerge esservi stato.

In merito all'ulteriore elemento di doglianza, ossia la perdita per ben due volte nel corso dell'appalto del "Giornale dei Lavori", lasciato, come precisato nel corso di istruttoria, in cantiere nella disponibilità dell'impresa appaltatrice, non si può non ravvisare che tra gli adempimenti demandati alla Direzione dei Lavori dagli artt. 115 e ss. del D.P.R. 554/99 vi è la tenuta, anche mediante un assistente, e la responsabilità del Giornale dei Lavori.

Tale evenienza è altresì aggravata dal fatto che in uno dei due episodi di smarrimento la Direzione Lavori non si è nemmeno curata di sporgere formale denuncia alle Autorità competenti, tale incombenza, infatti, risulta essere stata evasa dal direttore di cantiere dell'impresa affidataria. Giornale dei Lavori che, è bene evidenziare, è l'atto ove si riportano "l'ordine, il modo e l'attività in cui progrediscono le lavorazioni, la specie ed il numero degli operai, l'attrezzatura tecnica impiegata per l'esecuzione dei lavori nonché quant'altro interessi l'andamento tecnico ed economico dei lavori" (art. 157 del D.P.R. 554/99), ossia gli elementi utili alla S.A. ad individuare l'esatta portata dell'esecuzione dei lavori, anche tra affidatario e relativi subappaltatori.

Tale mancanza è confermata dalla Direzione Lavori, che in sede di audizione dinnanzi agli Uffici, ha dichiarato di non essere in grado di ricostruire l'esatta portata delle lavorazioni eseguite dal subappaltatore, così di fatto venendo meno all'obbligo di vigilare sull'attività dei subappaltatori ex art. 126, co. 2, lett. c), del D.P.R. 554/99, ovvero di vigilare sul divieto "d'interposizione d'appalto" che è insito nell'art. 118, comma 2, del D.Lgs. 163/06.

In base a quanto sopra considerato,

### **il Consiglio**

1. ritiene che l'istituto della sospensione dei pagamenti dei SAL di cui al comma 3, dell'art. 118, così come modificato ed integrato dal D.Lgs. 113/07, sia applicabile al caso di specie poiché disposizione intervenuta prima della stipula del contratto di appalto;
2. ritiene che l'operato dei soggetti preposti alla conduzione dell'appalto ed investiti della sua gestione non sia pienamente conforme al dettato normativo di riferimento di cui agli artt. 115 e ss e 126 del DPR 554/1999;
3. manda alla Direzione Generale Vigilanza Contratti affinché notifichi la presente deliberazione alla stazione appaltante e all'esponente.

il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 maggio 2013  
Il Segretario Maria Esposito