

Contratti pubblici

Le riserve nell'appalto di opera pubblica

di Maurizio Ferlini (*) - Avvocato cassazionista del Foro di Bologna

Nell'ambito dei rapporti tra la pubblica amministrazione committente e l'appaltatore derivanti dall'esecuzione del contratto di appalto di opera pubblica la dinamica delle controversie della fase negoziale trova il suo indiscutibile centro di gravità nelle riserve. Il presente saggio illustra ed approfondisce l'istituto delle riserve dell'appaltatore. Nell'elaborato si individuerà la normativa che attualmente disciplina l'istituto e ci si soffermerà ad analizzare le criticità che sorgono in riferimento ai cosiddetti "fatti continuativi".

L'appalto di opera pubblica e le controversie tra stazione appaltante ed appaltatore

Le controversie che possono sorgere tra la stazione appaltante e l'appaltatore possono essere distinte, per lineamenti generali, in tre macro-categorie:

- le controversie scaturenti nella fase antecedente la stipula del contratto e concernenti vizi degli atti amministrativi di evidenza pubblica: si tratta delle controversie riguardanti la cosiddetta *serie procedimentale*;

- le controversie che originano nella fase compresa fra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, compresi gli eventuali provvedimenti dell'amministrazione di annullamento d'ufficio della stessa aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 21-*nonies* della Legge n. 241/1990 o comunque previsti da norme di legge, in quanto direttamente incidenti sulla stessa genesi dell'aggiudicazione e, dunque, riconducibili alla relativa procedura;

- le controversie aventi ad oggetto la fase di esecuzione del contratto.

Secondo un primo inquadramento esemplificativo e tralasciando i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133 del codice del processo amministrativo (divieto di rinnovo tacito dei contratti, revisione prezzi, ecc.), la cognizione degli atti autoritativi emessi in sede di autotutela dalla pubblica amministrazione, così come la

risoluzione dei contrasti sorti *ante* stipulazione del contratto, sono di competenza del giudice amministrativo, mentre le contese che nascono successivamente all'esordio del contratto sono attratte nella giurisdizione del giudice ordinario.

La stipulazione del contratto, quindi, è riconosciuta dalla giurisprudenza come lo spartiacque tra le due giurisdizioni (1).

A seguito della stipula del contratto la pubblica amministrazione viene, infatti, a perdere il suo potere d'imperio, compreso quello di autotutela, venendosi così a creare tra i contraenti una situazione paritetica, ovvero di diritto comune: in assenza di riconducibilità dell'agire dell'Amministrazione ad un potere autoritativo riconosciuto dalla legge si configura, pertanto, la giurisdizione del giudice ordinario.

Non è questa la sede per una indagine sulle decisioni e sulle tendenze giurisprudenziali formatesi negli anni a seguito di tale riparto di giurisdizione: non va sottaciuto, tuttavia, seppure incidentalmente, che la cognizione delle Corti di merito ordinarie spesso rivela criticità e difficoltà nella lettura sistematica dell'appalto pubblico e nell'affrontare temi e discipline di carattere pubblicistico (direttive comunitarie, codici e legislazione sugli appalti pubblici) che necessariamente si riverberano - per titolo e disciplina esclusiva - nelle controversie attinenti la fase esecutiva.

Senza trascurare le particolarità e i congegni organizzativi speciali di profilazione dell'ambito

(*) www.studioferlini.it

(1) Cass. civ., SS.UU., n. 27169/2007; Cass. civ. n. 10443/2008; n. 19805/2008; n. 20596/2008, Cass. civ., SS.UU., n. 10705/2017.

soggettivo della committenza pubblica e dei rispettivi vincoli e/o facoltà negoziali - società *in house*, organismi di diritto pubblico, fondazioni pubbliche, solo per citare qualche esempio - non propriamente *friendly* e di quotidiana frequentazione - per dato statistico - nelle aule civili impegnate ordinariamente su altre configurazioni soggettive contrattuali (privati, società di capitali, contrattualistica ordinaria), mi riferisco, in particolare, dal punto di vista dell'ambito oggettivo normativo, alla disciplina pubblicistica della risoluzione del contratto, alle contestazioni in ordine alle determinazioni della direzione lavori, alle contestazioni sulle risultanze dei collaudi, agli inadempimenti contrattuali contestati all'appaltatore derivanti da capitolati di appalto costituenti *ab origine lex specialis* di gara.

Tra le controversie nascenti nella fase negoziale meritano particolare attenzione, secondo la serie storica amministrativa, tecnica e giudiziaria degli ultimi trent'anni, le riserve - e il contenzioso sulle riserve - che l'appaltatore può apporre, iscrivere, contestare durante l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto.

Le riserve

Ambito definitorio

L'opera pubblica oggetto d'appalto deve essere eseguita dall'appaltatore a regola d'arte in conformità alle prescrizioni del progetto esecutivo ed alle previsioni del capitolato d'appalto sotto la direzione e vigilanza del direttore dei lavori, il quale, nominato dalla stazione appaltante, è funzionalmente e temporaneamente inserito nell'apparato organizzativo della stessa e ne esplica i poteri autoritativi.

Nel corso dell'esecuzione dell'appalto si possono verificare circostanze che predispongono l'appaltatore ad avanzare pretese nei confronti dell'amministrazione.

Queste richieste possono concernere sia fatti tecnici che economici (e/o amministrativi con evidente riflesso di carattere economico) e sono generalmente riconducibili alle seguenti principali fattispecie:

- consegna ritardata o parziale dei lavori;
- sospensione illegittima;
- tardiva ripresa dei lavori;
- contabilità dei lavori;
- varianti in corso d'opera;
- proroghe;
- andamento anomalo dei lavori.

Le riserve possono rivestire non solo aspetti di natura strettamente contabile, ma possono integrare anche fattispecie di diretta natura risarcitoria.

L'appaltatore, qualora intenda muovere delle contestazioni o richiedere il risarcimento del danno, deve provvedere a registrare le sue richieste negli idonei **documenti** dell'appalto.

Fra i documenti, non aventi natura o finalità contabile, ma idonei a ricevere la riserva si annoverano il verbale di inizio o di conclusione della sospensione dei lavori, il verbale di consegna dei lavori, il certificato di collaudo e l'ordine di servizio; fra i documenti contabili vanno ricordati il libretto delle misure ed il registro di contabilità.

Il registro contabile è il documento tenuto dal direttore dei lavori ove vengono trascritte, in ordine cronologico, lo svolgimento delle lavorazioni in guisa da poterne accertare quantità, classificazioni, prezzi ed importo e che dovrà essere sottoscritto dall'esecutore dei lavori a titolo di accettazione.

Proprio in questo momento, l'appaltatore che ritenga di dover avanzare delle pretese nei confronti della stazione appaltante dovrà annotare le richieste sul registro contabile ovvero, qualora non sia in grado di formulare le proprie pretese immediatamente, potrà firmare il registro con la dicitura "con riserva".

Qualora l'atto di contabilità manchi, occorre che l'appaltatore provveda ad avvisare tempestivamente l'Amministrazione della domanda che ha intenzione di proporre, dandone comunicazione mediante apposito atto scritto (2).

La giurisprudenza, infatti, è concorde nel ritenere che la mancanza del registro di contabilità non comporta la decadenza dell'obbligo, in capo all'appaltatore, di rendere edotta la stazione appaltante delle problematiche insorte.

Dopo aver firmato il primo atto utile con riserva, l'appaltatore dovrà esplicitare le proprie richieste entro il termine perentorio stabilito dalla *lex specialis* di gara, così come previsto dal D.M. n. 49/2018 (3). La mancata presentazione della domanda o della riserva nei modi o nei termini statuiti e la contemporanea sottoscrizione del registro contabile comportano la decadenza dell'appaltatore dal diritto di far valere le sue pretese.

La funzione della riserva, infatti, è duplice: da un lato, consente all'appaltatore di formulare contestazioni ed avanzare pretese verso l'amministrazione

(2) Cass. civ., Sez. I, n. 17630/2007; n. 21734/2016.

(3) **(Per gli appalti di lavori) Art. 9**, D.M. n. 49/2018: "Il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti

tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto".

committente per il riconoscimento di maggiori compensi o rimborsi, le cui esigenze sono insorte nel corso dell'esecuzione delle opere pubbliche; dall'altro, ha la funzione di rispondere all'esigenza di assicurare alle stazioni appaltanti il tempestivo e costante controllo di tutti i fattori incidenti sui costi dell'appalto, oltre che di permettere all'amministrazione appaltante di procedere alle verifiche necessarie per accertare la fondatezza delle pretese mosse dell'appaltatore, nonché concedere alla stessa la possibilità di valutare l'opportunità di recedere - eventualmente - dal contratto. (4)

In altri termini, lo strumento delle riserve permette di verificare con regolarità l'andamento dei costi dell'opera pubblica, a garanzia di entrambe le parti contraenti.

Dal punto di vista formale e lessicale - nell'ambito della contrattualistica pubblica - è opportuno precisare che, nonostante nel linguaggio comunemente utilizzato nella prassi applicativa i termini "riserva" e "domanda" siano (impropriamente) utilizzati come sinonimi, nella realtà le due locuzioni hanno significati ben diversi.

La riserva, infatti, secondo una più appropriata ricostruzione ermeneutica, costituisce il mezzo attraverso il quale l'appaltatore può dar voce alle proprie domande: non è, quindi, la domanda in sé, bensì lo strumento che permette all'appaltatore di conservare il diritto di precisare la pretesa dopo la firma del registro contabile.

Diversamente, scaduto tale termine, ovvero qualora abbia firmato senza riserva, l'appaltatore decadrà dal diritto, con conseguente accettazione di quanto riportato nel documento contabile.

La disciplina

Per quanto concerne la disciplina delle riserve è opportuno effettuare un breve *excursus* dell'evoluzione normativa susseguitasi nel corso degli ultimi anni al fine di comprendere appieno cosa deve fare l'appaltatore per far valere le sue pretese.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici la disciplina delle riserve era contenuta nella parte II, titolo IX, capo I del D.P.R. n. 207/2010, in particolare agli artt. 190 e 191, i quali regolamentavano specificamente le modalità di apposizione della riserva, il contenuto e la forma che la stessa doveva avere per essere considerata correttamente apposta.

L'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 muta radicalmente l'assetto normativo delle riserve prevedendo, all'art. 217, comma 1, lett. u), l'abrogazione del D.P.R. n. 207/2010 dalla data di entrata in vigore del Codice stesso, quindi, a far data dal 19 aprile 2016. Il nuovo codice degli appalti, però, non contiene in sé la nuova disciplina delle riserve, ma rinvia alla futura emanazione di decreti di attuazione che dovranno essere adottati dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e nell'attesa, l'art. 216, prevede l'ultrattività di alcune norme del D.P.R. n. 207/2010.

Di conseguenza, il D.P.R. n. 207/2010 è parzialmente rimasto in vigore sino al 30 maggio 2018, data di entrata in vigore del Decreto n. 49/2018, normativa che attualmente disciplina le riserve e che all'art. 9, rubricato "Contestazioni e riserve", sancisce che "Il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto".

Il D.M. n. 49/2018, quindi, non disciplina specificamente né la modalità di presentazione della riserva, né il contenuto che la stessa deve portare, né le tempistiche entro le quali deve essere presentata, ma lascia alla stazione appaltante il dovere di regolamentare integralmente la procedura da seguire, con l'obbligo di indicarla nel capitolato speciale di gara. Alla base di questa normativa vi era l'intento del legislatore di cercare di limitare il più possibile la nascita di controversie tra le parti: invero, l'obiettivo pare decisamente mancato.

Lasciare ad una delle parti del contratto la possibilità di regolamentare la procedura delle riserve - aspetto fondamentale nei contratti d'appalto - comporta, oltre che ad un'alterazione dell'equilibrio nel posizionamento dei contraenti, l'emersione di un territorio definitorio e prescrizione che si presta naturalmente alla nascita di contrasti interpretativi (anche strumentali o speculativi) tra le parti, essendo facilmente prefigurabile l'ipotesi che l'amministrazione non regolamenti adeguatamente e/o minuziosamente la disciplina.

Più recentemente è stato emanato il D.L. n. 32/2019, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 18 aprile 2019, convertito con modificazioni in Legge n. 55/2019, entrato in vigore il 18 giugno 2019, il c.d. "Decreto Sblocca Cantieri", il quale ha apportato ulteriori modifiche al D.Lgs. n. 50/2016, prevedendo anche il ritorno al "regolamento unico" di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice appalti (5) con la

(4) Cass. civ., Sez. I, n. 21205/2014.

(5) Art. 216, comma 27-*octies* recita "Nelle more dell'adozione, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della

conseguenziale eliminazione delle linee guida ANAC e dei decreti ministeriali.

Nonostante la norma sia entrata in vigore nel mese di giugno 2019 e siano ampiamente decorsi i termini di sei mesi per l'emanazione del nuovo Regolamento Unico, ad oggi (luglio 2020) - con l'interpolazione drammatica della emergenza sanitaria pandemica Covid-19 che ha investito drammaticamente l'Italia nei mesi di marzo-aprile 2020 ed è tutt'ora in corso (le disposizioni del D.P.C.M. 11 giugno 2020 che ha autorizzato la ripresa di ulteriori attività nella cosiddetta Fase 3 dell'emergenza sanitaria sono efficaci fino al 14 luglio 2020) - quest'ultimo non è ancora stato varato e, pertanto, si continuano ad applicare, come statuito dal comma 27-*octies*, il D.M. n. 49/2018 e le linee guida vigenti.

I cosiddetti "fatti continuativi" ed il momento in cui occorre iscrivere la riserva

La tempestività della riserva costituisce, come precisato, elemento imprescindibile affinché la domanda possa essere ritenuta valida e l'appaltatore possa veder valutate e accolte - parzialmente e/o integralmente - le sue pretese.

Nella prassi applicativa, tuttavia, particolari problemi sull'applicabilità della normativa ed il termine ultimo utile entro il quale poter iscrivere la riserva si sono riscontrati in merito ai cosiddetti *fatti continuativi*.

I fatti continuativi - secondo una ricostruzione connotativa generale - generano dal verificarsi di un evento o dal manifestarsi di una serie di eventi che provocano pregiudizi all'appaltatore che non si esauriscono in un preciso momento, ma si protraggono nel tempo, anche a cavallo di più stati di

avanzamento e non sono di immediata rilevanza onerosa (6).

La caratteristica della persistenza degli effetti pregiudizievoli tipica dei fatti continuativi ha creato dubbi circa il corretto momento entro il quale occorre apporre la riserva.

Inizialmente la giurisprudenza aveva sostenuto che l'onere di iscrizione della riserva operava al tempo della cessazione della continuità, ovvero dell'esaurimento del fatto continuativo e conseguentemente l'appaltatore poteva validamente formulare la domanda per la prima volta ad opera esaurita, essendo questo il momento in cui è possibile definire con chiarezza le maggiorazioni richieste (7).

A partire dagli anni Novanta questo indirizzo è stato definitivamente abbandonato (8) in quanto ritenuto lesivo dei principi fondanti le riserve; la suprema Corte, inoltre, si è orientata nel distinguere la fase di iscrizione della riserva dalla fase di esplicazione della stessa, momento in cui viene specificamente quantificato l'ammontare richiesto a titolo di risarcimento/indennizzo (9).

Attualmente la giurisprudenza sostiene che l'appaltatore, in relazione ai fatti produttivi di danno continuativo, debba iscrivere la riserva *contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto lesivo*, percepibile con la normale diligenza; il "*quantum*", invece, potrà essere successivamente indicato (10). Ne consegue che è tardiva la riserva non formulata immediatamente e inserita, ad esempio, nello stato di avanzamento dei lavori successivo.

Occorre, pertanto, aver particolare riguardo al caso concreto per comprendere entro quale momento sorga in capo all'appaltatore l'onere di iscrivere riserva.

presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Ai soli fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia. Il regolamento reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto;

c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali. A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento".

(6) Cass. civ., n. 4285/1981; Sez. I, n. 2395/1989; Sez. I, n. 5494/1992.

(7) Cass. civ., n. 2393/1969; n. 830/1972.

(8) Cass. civ., Sez. I, n. 68/1988.

(9) Cass. civ., Sez. I, n. 11647/2016.

(10) Cass. civ., n. 5540/2004; n. 23670/2006; Sez. I, n. 10949/2014.

I fatti continuativi si distinguono peraltro dai *fatti ad effetto istantaneo* fra i quali rientrano, ad esempio, le ipotesi di errata applicazione di un prezzo.

In tal caso la relativa riserva deve essere indicata in occasione di ogni singola contabilizzazione: in caso contrario l'appaltatore decade dal diritto a maggiori compensi o indennizzi.

Sospensione legittima ed illegittima dei lavori - I "fatti colposi" della P.A.

In tema di sospensione dei lavori, evento produttore di danno continuativo, occorre distinguere tra sospensione dei lavori legittima e sospensione dei lavori illegittima.

Ai sensi dell'art. 107, D.Lgs. n. 50/2016, la sospensione dei lavori disposta dalla stazione appaltante è legittima quando ricorrono:

- circostanze speciali che temporaneamente impediscono la prosecuzione dei lavori e che non erano prevedibili al momento della stipulazione del contratto, come ad esempio la sospensione per la necessità dello studio ed approntamento di varianti in corso d'opera dovute a nuove situazioni impreviste e che non erano ipotizzabili in sede di progetto né in sede di consegna lavori;
- per ragioni di necessità o di pubblico interesse, quali l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica;
- per cause imprevedibili o di forza maggiore, come ad esempio il ritrovamento di reperti archeologici e le avverse condizioni climatiche.

Dalla lettera della norma si evince chiaramente che **il limite massimo della durata della sospensione legittima, senza indennità** per l'appaltatore, può essere

massimo di 6 mesi nel caso in cui la sospensione sia disposta per ragioni di necessità o di interesse pubblico.

Qualora l'interruzione si protragga ulteriormente l'appaltatore può rivendicare pretese risarcitorie ma per poterlo fare deve preventivamente domandare la risoluzione del contratto.

In caso di sospensione per circostanze speciali, cause imprevedibili o di forza maggiore la normativa non prevede alcun risarcimento a favore dell'appaltatore. Allorché la sospensione sia disposta per motivi diversi rispetto a quelli richiamati dall'art. 107 del D.Lgs. n. 50/2016 la sospensione dei lavori è illegittima e dà diritto all'appaltatore a richiedere il risarcimento del danno patito, quantificato sulla base di quanto previsto dall'art. 1382 Cod. civ.

L'omessa rimozione di situazioni che ostacolano la regolare attuazione del progetto, la redazione di un progetto incompleto e/o errato e l'omessa espropriazione dei terreni su cui l'appaltatore deve eseguire i lavori sono situazioni che rientrano tra i casi di sospensione illegittima disposta al fine di ovviare alle negligenze di cui si è resa colpevole la pubblica amministrazione.

La giurisprudenza pertanto riconosce l'amministrazione appaltante responsabile dei pregiudizi derivati all'impresa a causa del suo comportamento doloso o gravemente colposo, manifestato con la sospensione dei lavori disposta in conseguenza di fatti alla stessa addebitabili, e conseguentemente concede all'appaltatore il diritto di domandare un equo riconoscimento del danno, ferma restando la necessità di apporre la riserva nei modi e nei termini previsti.