

La gestione delle riserve

Principi generali

- **Riserva come preannuncio di disaccordo (quindi firma con riserva);**
- **Riserva come domanda (R 142, 157, 161, 189, 201, 202 lett. E), 233) o reclamo o contestazione (158, 182, 191) con cui l'esecutore esprime alla SA il suo dissenso circa la contabilizzazione dei lavori o il contenuto degli atti di direzione o di controllo dell'appalto.**

CONTENUTO:

- VARIO: onerosità o difficoltà dell'esecuzione di certe lavorazioni, misurazioni, interpretazione di norme, situazioni di fatto, andamento dell'appalto, imposizione di un diverso sistema di lavorazioni, ritardi nei pagamenti della stazione appaltante, ogni altra causa di pregiudizio, etc.

FORMA:

- Solo scritta, solo negli atti specificatamente indicati, solo con i requisiti prescritti, solo nei termini stabiliti.

FINALITA':

- per la SA:

- dare alla stazione appaltante immediata evidenza dello scostamento prospettico dei costi preventivati;
- accertare immediatamente fatti che in seguito potrebbero essere difficoltoso o impossibile documentare;
- consentire alla SA di ricercare, se del caso, nuove ed ulteriori fonti di finanziamento o di decidere un recesso o una risoluzione del contratto.

- per l'appaltatore:

- impedire che la sottoscrizione degli atti contabili possa essere assunta come acquiescenza dell'appaltatore (firma con riserva);
- evitare la decadenza del diritto, che così potrà essere fatto valere in seguito.

RISERVE DIFERITE ALLA CONTABILIZZAZIONE DEI LAVORI

- R 182 giornali dei lavori;
- R 189 registro di contabilità;
- R 161 (16-17): equo compenso per varianti produttive di “notevole pregiudizio economico”;
- R 163 (mancato) coordinamento nuovi prezzi
- R 201: conto finale

RISERVE RIFERITE AD ATTI DELLA DIREZIONE DEI LAVORI O AD ALTRI ATTI DI CONTROLLO O VERIFICA

- R 155 consegna dei lavori;
- R 157 ritardata consegna dei lavori;
- R 158 illegittima sospensione dei lavori;
- R 159 illegittima protrazione della sospensione dei lavori;
- R 164 composizione di controversie con la SA;
- R 152, 191 ordini di servizi del DL;
- R 233 collaudo

TERMINI

- PRINCIPIO DI TASSATIVITA':
 - non appena i danni si verificano e sono percepibili secondo buona fede e media diligenza
- PRINCIPIO DI CONTROLLO DELLA SPESA, CHE CONSENTE ALLA STAZIONE APPALTANTE:
 - Di avere immediata contezza dei costi
 - Di reperire, occorrendo, nuove risorse
 - Di risolvere il contratto o di recedere
- QUINDI:
 - la riserva va formulata subito R 189, 190 (1,2,5), 191 (2);
 - Se non subito, entro 15 giorni previo invito 190 (2,3);
 - Ovvero sul “primo atto idoneo” sottoposto all'esecutore per la firma R 191 (2); dipende, dunque, dall'oggetto della riserva

TERMINI

- “ATTI IDONEI” ex R 191 (2) nei casi di:
 - equo compenso per varianti R161 (17)
 - (non) concordamento di nuovi prezzi R 163 (5)
 - Controversie con la stazione appaltante R 164 (1)
- “INSORGENZA” o “CESSAZIONE” DEL FATTO PREGIUDIZIEVOLE EX R 191: è una scelta facoltativa dell'appaltatore?
 - Fatti istantanei
 - Fatti continuativi: dopo la cessazione / non appena il danno è percorribile secondo buona fede e media diligenza (anche se il fatto non è ancora cessato)

TERMINI

- Mancato invito a firmare il Registro di contabilità ex R 189;
- E' rituale la firma del registro di contabilità non immediata, ma comunque entro il termine di cui all'art. R 190 (2), con iscrizione di riserva solo in questa sede?

MODALITA'

- L'iter "ad ostacoli" della riserva
 - *iscrizione*: firma con riserva R190 (1)
 - **Eslicitazione**: esposizione dei fatti e del pregiudizio sofferto R 190 (3) specificità e puntualità della descrizione R 191 (3).
- **Quantificazione** della pretesa R 190 (3), R 191 (3)
 - immodificabilità R 191 (4)
 - Aggiornabilità R 201 (2)
- L'**iscrizione** nel registro di contabilità R 191 (2).
- La **conferma** "espressa" nel conto finale R 191 (2)

LE PATOLOGIE

- VIZI DELLA RISERVA
 - Omissione (assoluta)
 - Omissione sul primo atto idoneo R 191 (2)
 - Omissione sul registro di contabilità R 191 (2)
 - Tardività
 - Mancata conferma nel conto finale R 191 (2)
 - Diversità per oggetto o per importo nel conto finale R 201 (2)
 - Incongruenza (certificato di collaudo R 233)
 - Mancata esplicitazione (genericità) R 191 (3)
 - Mancata quantificazione R 191 (3,4)
- FATTI EQUIVALENTI, NEGLI EFFETTI, ALLA RISERVA IRRITUALE
 - mancato compimento di atti prodromici e condizionanti (diffida nel caso di R 159)
 - Mancata sottoscrizione del Registro di contabilità R 190 (5)

EFFETTI GIURIDICI DELLA RISERVA “IRRITUALE”

- EFFETTO SOSTANZIALE (sul diritto dell'appaltatore)
 - I fatti si intendono definitivamente accettati o accertati in danno dell'esecuzione: fatti documentati nel Registro di contabilità R 190 (5), prezzi R 163 (5);
 - decadenza dal diritto R 152 (3), R 191 (2)
- EFFETTO PROCEDURALE (sulla riserva stessa e sugli atti dell'appalto)
 - Inammissibilità R 191 (3) (sul quantum; ma principio generalizzabile)

EFFETTI GIURIDICI DELLA RISERVA “RITUALE”

- La riserva vale come costituzione in mora?
 - NO: manca l'intimazione e comunque la somma non è
Nè certa né liquida né esigibile
- L'importo della riserva limita il quantum della
domanda giudiziale o arbitrale C 240 bis (1)
- Può la SA rinunciare a far valere la decadenza o
l'inammissibilità di una riserva?
 - secondo la Cassazione sì
 - Anche in forma tacita (esempio : offerta a saldo e
stralcio; rigetto per infondatezza; etc.)

ADEMPIMENTI DEL D.L.

- del DL:

- ad ogni iscrizione: motivate deduzioni R 189, R190 (4)

- Termine di 15 gg. – R 190 (4): vale sempre o solo nel caso di firma non contestuale ex R 190 (3)?

- Responsabilità del DL R 190 (4)

- Relazione riservata allegata al conto finale ex art. R200 (2lett.f)

- Monitoraggio delle riserve ai fini dell'eventuale avvio "immediato" della procedura di accordo bonario C 240 (3)The first case in which this integrated approach was adopted was the case of *MC v Bulgaria*.

- Without entering into the merits of the criminal responsibility of the accused, the Court found that the effectiveness of the investigation, particularly the features and approach of the investigations fell short of Bulgaria's positive obligations under Art. 3 and Art. 8 of the Convention to set up and enforce a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse.
- Similar conclusions were adopted in the case of *ES and others*.

ADEMPIMENTI DEL COLLAUDATORE

- Del collaudatore:
 - relazione riservata allegata al certificato di collaudo – R 225 (3);
 - Considerazioni relative alle richieste avanzate dall'appaltatore in sede di sottoscrizione del certificato di collaudo R 233 (3)

CASI IN CUI LA RISERVA NON SERVE O E' PRECLUSA DALLA LEGGE

- Non serve:
 - R 142(4): interessi per ritardato pagamento
- E' vietata
 - R 171 (8) riserve per insufficiente compensazione dei prezzi (nei casi ex C 133 6-bis);
 - C 240-bis (1-bis): aspetti progettuali fatti oggetto di verifica ex art. C 112

ALTRI EFFETTIGIURIDICI

- Commisurazione del compenso del collaudatore R 238 (2)

Accordo bonario

Accordo bonario

- È un accordo transattivo che, se raggiunto (Ad esito di un procedimento decisorio para-arbitrale), pone termine, grazie a mutue concessioni e rinunzie, al contrasto tra SA ed appaltatore originato dalla proposizione di riserve in misura complessivamente pari o superiore ad una soglia qualificata, segnata dalla:
 - variazione sostanziale dell'importo dell'opera e comunque non inferiore al 10% C 240 (1);
 - Nel corso dell'appalto possono trovar luogo al massimo due soli procedimenti C 240

ACCORDO BONARIO: PROCEDIMENTO E RESPONSABILITÀ

- Il DL:
 - monitora costantemente l'ammontare complessivo delle riserve lungo tutto il corso dell'esecuzione;
 - Al superamento della soglia di valore, avvisa "immediatamente" la SA C 240 (3);
 - Redige e trasmette "nel più tempo breve possibile" apposita relazione riservata C 240 (3)

ACCORDO BONARIO: PROCEDIMENTO

- Il R.U.P.:
 - accerta ed apprezza 'effettivo raggiungimento della soglia di valore ex art. C 240 (1) (il procedimento, quindi, non ha corso "a prescindere"); due possibilità:
 1. Se l'appalto vale più di 10 mln di euro 240 (5);
 2. Se l'appalto è inferiore a 10 mln di euro;

Appalto il cui valore è superiore a 10 mln di euro

- Se entro 30 gg – C 240 (5) – promuove la costituzione di una commissione di tre esperti, uno per parte C 240 (8);
- Entro 10 gg. Dalla comunicazione del DL nomina il componente dell'Amministrazione aggiudicatrice C 240 (8) ed
- Invita l'esecutore a nominare il proprio C 240 (7)

- **IL TERZO COMPONENTE:**

- è Presidente del Collegio C 240 (9-bis)
- È scelto dai primi due entro 10 gg dalla rispettiva nomina C 240 (8) o, in mancanza, dal Presidente del Tribunale C 240 (9)

- **LA COMMISSIONE:**

- acquisisce le relazioni riservate del DL e dell'organo di collaudo ove già costituito C 240 (5);
- Entro 90 dalla costituzione formula una proposta motivata di accordo bonario C 240 (5);
- Quest'ultima può vincolare le parti se queste così hanno deciso all'atto della nomina; in tal caso l'accordo bonario è sottoscritto direttamente dai commissari C240 (11) in nome e per conto delle parti;
- È remunerata un po' meno di un Collegio arbitrale ma sempre con oneri a carico della sola SA C 240 (10).

Accordo bonario: procedimento

- **LE PARTI:**

- nominano, ciascuna, il proprio componente (per la SA provvede lo stesso RUP entro 10 gg dalla comunicazione del DL C 240 (7); l'appaltatore vi provvede entro 20 gg dalla richiesta del RUP C 240 (13);
- Entro 30 gg dal ricevimento della proposta della commissione si pronunziano su di essa (sempre che non abbiano dato il mandato pieno ai commissari) C 240 (12);
- Se l'accolgono, si forma processo verbale C240 (12);
- Se l'accolgono, si forma processo verbale C 240 (17) e la SA esegue l'accordo nelle modalità ordinarie;
 - Sono dovuti gli interessi legali a partire dal 60esimo gg dal perfezionamento dell'accordo C 240 (19) (quindi la SA ha 60 gg per pagare);
- Se la respingono, la riserva rimane pendente e viene affrontata alla fine insieme a tutte le altre eventualmente rimaste; tuttavia è immediatamente spendibile il rimedio contenzioso C 240 (16).

Accordo bonario: procedimento

- Se l'appalto è inferiore a 10 mln di euro il RUP può discrezionalmente:
 - nominare la commissione C 240 (14), oppure,
 - In alternativa, formulare autonomamente una proposta motivata di accordo bonario C 240 (15);
 - Anche in tal caso le parti dichiarano se accettano o respingono la proposta di accordo (C240 (12) richiamato dal C240 (15).
 - Gli esiti sono gli stessi già visti

Accordo bonario: procedimento

- Quale che sia il valore delle riserve da definire, il RUP:
 - avvia senz'altro il procedimento per le riserve rimaste pendenti dopo il positivo collaudo negli appalti di valore superiore 10 mln di euro – C 240 (6).
 - Può avviarlo negli appalti di valore inferiore a 10 mln – C 240 (14)

L'arbitrato

- Vietato nel 2007, oggi nuovamente possibile ma solo se nel bando o nella lettera di invito la stazione appaltante dichiara che il contratto sarà corredato da clausola compromissoria; l'aggiudicatario può però "ricusarla" C241 (1-bis);
- Riguarda non solo le riserve ma in linea generale tutte le controversie relative a diritti soggettivi originate dall'esecuzione del contratto;
- Realizza una deroga alla competenza del giudice ordinario; la giurisdizione, infatti, non è disponibile dalla parti;
- non può riguardare questioni devolute alla giurisdizione del Giudice amministrativo, salvo che riguardi posizioni di diritto soggettivo e l'arbitrato sia di diritto C.p.a. 12

L'arbitrato

- La giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo riguarda essenzialmente (art. 133 c.p.a.) le vertenze aventi ad oggetto:
 - gli atti e le procedure di affidamento;
 - I provvedimenti in materia di rinnovo tacito del contratto;
 - L'interpretazione e l'applicazione della clausola di revisione prezzi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ex art. 115 Dlgs 163/06 smi;
 - I provvedimenti applicativi dell'adeguamento prezzi ex art. 133 (4-5) DLcgs. 163/06 smi

L'arbitrato

- GLI ARBITRI:
 - sono tre, di particolare esperienza C 241 (4-5);
 - Quello nominato dalle parti o dagli arbitri di comune accordo deve essere anche indipendente e presiede il Collegio C 241 (5);
 - Se le parti o gli arbitri non si accordano il terzo arbitro è nominato dalla Camera arbitrale C 241 (15);
 - Sono pagati dalle parti secondo le tariffe speciali (dm. 358/2000).

L'arbitrato

- IL GIUDIZIO:
 - è di diritto (C240 15 bis);
 - Per la procedura vale il codice civile C 241 (2);
 - In particolare:
 - Termine per il deposito del lodo: 240 gg dalla costituzione del Collegio art. 820 cpc, prorogabile dalla parti oppure ex lege alla ricorrenza di determinate circostanze art. 820 cpc;
 - Valgono tutti i mezzi di prova tranne il giuramento C 241 (8).
 - Il lodo è depositato presso la Camera Arbitrale
 - È appellabile entro 90 gg dalla notifica o entro 180 gg dal deposito C 241 (15-bis);
 - La Corte di Appello in sede di impugnazione può sospendere l'efficacia C 241 (15 ter).

Tutela giudiziale

- E' fatta ovviamente salva
- Segue le regole generali
- Le vertenze giudiziali in materia di contratti pubblici non sono tra quelle per cui la previa mediazione ex Dlgs 28/10 è condizione di procedibilità
- la mediazione, infatti, è tale solo per le azioni giudiziali “in materia di condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari” (art. 5 Dlgs 28/10)