



deiCONSULTING

La Direzione Lavori

alla luce del DM 49/2018 e delle novità della Legge
55/2019 «Sblocca Cantieri»

FONDAZIONE INARCASSA
DEI CONSULTING
Roma, 01 Aprile 2020

Relatore: Avv. DANIELE STERRANTINO

OBIETTIVI

L'incontro di oggi è dedicato ad esaminare la regolamentazione delle attività del direttore dei lavori secondo il combinato disposto:

- del nuovo Codice dei Contratti D.Lgs. n.50/2016, come modificato dal Correttivo 2017 D.Lgs. n. 56/2017;
- delle Linee Guida ANAC;
- del D.M. 7 Marzo 2018 n. 49
- della Legge n. 55/2019 (di conversione del DL n. 32/2019, cd. decreto Sblocca Cantieri)

Il tutto, ovviamente, tenendo conto della prassi applicativa e delle indicazioni giurisprudenziali

D.Lgs. n. 50/2016

(in vigore dal 19.04.2016)

L'art. 111 del Codice ha previsto l'adozione, mediante decreto del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti, di apposite linee guida dirette a disciplinare le modalità di svolgimento dell'attività del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione.

Relatore: Avv. Daniele Sterrantino

D.Lgs. n. 56/2017

(entrata in vigore: 20.05.2017)

Complici le importanti modifiche apportate al Codice dal D.Lgs. 19.04.2017 n. 56, cosiddetto “correttivo 2017”, anche specificatamente all’art. 111 del Codice, tali linee guida sono state approvate ed emanate solo dopo oltre due anni di lavori, per mezzo del regolamento (di seguito il «Regolamento») approvato con il **DM Infrastrutture e Trasporti 7 marzo 2018 n. 49**, entrato in vigore lo scorso 30 maggio 2018

Relatore: **Avv. Daniele Sterrantino**

D.M. 7 Marzo 2018 n° 49

Regolamento recante:

«Approvazione delle **Linee Guida** sulle modalità di svolgimento delle funzioni del Direttore dei lavori e del Direttore dell'esecuzione».

Vigente dal 30.05.2018

A partire da tale data:

abrogazione artt. 178 – 210 del Regolamento DPR 207/2010

Relatore: Avv. Daniele Sterrantino

.... tutto finito ?

Certamente no! Interviene lo «tsunami» **Sblocca Cantieri**

... in vigore, in via generale, dal **19 aprile 2019** (data del D.L. 32/2019) ovvero dal **18 giugno 2019** per le novità apportate direttamente in sede di conversione in legge dalla L. 55/2019

PERCHE' «TSUNAMI»?

Semplicemente perché il Decreto stabilisce, in primo luogo, che verranno eliminate tutte le Linee Guida dell'ANAC e i Decreti Ministeriali e interministeriali emanati (e non), per sostituirli con un unico Regolamento, sullo stile del precedente DPR 207/2010.

INSOMMA, SI RIPARTE DA DOVE SI ERA INIZIATO

Nelle intenzioni del legislatore, così, anche il **DM 49/2018 in tema di DL in parola sarà assorbito dal Regolamento ...**

Così come verrà assorbito ... sul nascere ... il DM che, ai sensi dell'art. 102 co. 8 del Codice, avrebbe dovuto essere emanato per disciplinare le modalità tecniche di svolgimento del **collaudo** e i casi in cui il certificato di collaudo dei lavori e il certificato di verifica di conformità possono essere sostituiti dal **certificato di regolare esecuzione**.

... cerchiamo allora di districarci in questo ennesimo labirinto normativo in cui tutti gli operatori sono stati

Ad oggi, non possiamo far altro che

- dar conto della **prima «bozza» del nuovo Regolamento** che è stata resa nota ai dicembre scorso, in attesa dell'emanazione definitiva dello stesso, che è stata comunque annunciata come imminente (a fine febbraio 2020) dal Ministro delle Infrastrutture

... ma soprattutto ...

- analizzare i **contenuti del DM 49/2018**, nonché le principali novità apportate dallo **Sblocca Cantieri**

Con riferimento alla **prima «bozza» del nuovo Regolamento** – prevista all’art. 216 comma 27 octies del Codice - può così osservarsi che

- è composto di circa 260 articoli (che sembrerebbero oggi essere lievitati a circa 300, secondo le dichiarazioni apparse sulla stampa).

- nei contenuti, riprende in maniera abbastanza evidente la struttura del precedente D.P.R. 207/2010, portando comunque diverse novità di rilievo.

Ad esempio, per tutte, ***le norme sui servizi e le forniture sono individuate in maniera chiara e distinta rispetto a quelle dei lavori***

E' però un Regolamento unico ... che unico non è ...

Il regolamento ha l'ambizione di coprire un po' tutto il raggio della disciplina del Codice degli appalti anche se molti temi specifici (subappalto, ritenute fiscali) resteranno ai margini se non fuori dal Regolamento.

E' stato deciso di non abbandonare del tutto il sistema di soft law che aveva costituito la scelta forte del Codice del 2016, ma di abbandonarlo solo in parte facendo, quindi, sopravvivere alcune linee guida Anac. Nello specifico tutte quelle per cui il Codice non ha previsto espressamente l'abrogazione per effetto dell'entrata in vigore del Regolamento

D.M. 7 Marzo 2018 n° 49

Il decreto recepisce in forma di regolamento (apportando diverse novità) le due proposte iniziali di linee guida elaborate dall'ANAC già nel corso del 2016, dal titolo:

- *“Il Direttore dei lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell’esecuzione del contratto”;*
- *“Il Direttore dell’Esecuzione: modalità di svolgimento delle funzioni di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell’esecuzione del contratto”.*

D.M. 7 Marzo 2018 n. 49

Prima di entrare specificatamente nel merito delle singole disposizioni, vediamo in breve **come è articolato il Regolamento**, nonché diamo un primo cenno dei **principali contenuti** dello stesso:

28 articoli suddivisi in **4 titoli**

- 1) Disposizioni generali
- 2) Direttore dei lavori
- 3) Direttore dell'esecuzione dei contratti relativi a servizi e forniture
- 4) Disposizioni finali

Relatore: Avv. Daniele Sterrantino

A sua volta il titolo relativo al Direttore dei lavori si articola nei seguenti capi:

- 1) Profili generali
- 2) Funzioni e compiti nella fase preliminare
- 3) Funzioni e compiti in fase di esecuzione
- 4) Controllo amministrativo contabile

Mentre quello relativo al Direttore dell'Esecuzione è formato dai capi:

- 1) Profili generali
- 2) Funzioni e compiti in fase di esecuzione

Quanto alla figura del Direttore Lavori, al **Capo I – Profili Generali**, viene sostanzialmente riproposta la disciplina in materia di **rapporti con le altre figure** già contenuta nel DPR 207/2010, ribadendosi altresì l'**autonomia della figura del DL** in ordine al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del lavoro.

Norma di riferimento rimane pertanto l'art. 101 del Codice.

Al **Capo II – Funzioni e compiti nella fase preliminare**, viene disciplinata (con qualche novità) la fase di **attestazione dello stato dei luoghi**, per poi reintrodurre una disciplina della **fase di consegna dei lavori**, in precedenza abrogata.

In particolare vengono così disciplinate le varie ipotesi di **assenza dell'esecutore alla consegna**, della **consegna in ritardo** per causa imputabile alla stazione appaltante, e della conseguente **facoltà di richiesta di recesso** in capo all'esecutore, nonché le ipotesi di **sospensione, consegna parziale e consegna d'urgenza**.

Il **Capo III – Funzioni e compiti in fase di esecuzione**, disciplina in primo luogo la **procedura di accettazione dei materiali** introducendo precisi obblighi al riguardo in capo al DL.

Non viene invece dettata alcuna specifica disposizione in merito ai criteri d'Impatto Ambientale (C.A.M.), la cui disciplina rimane pertanto allo stato ancora sostanzialmente da completare.

All'art. 7 vengono invece definite le funzioni del DL di **verifica del rispetto degli obblighi dell'esecutore e del subappaltatore.**

Nello stesso articolo il Regolamento tratta poi gli obblighi del DL con riferimento all'istituto dell'**avvalimento**, nonché un'ulteriore serie di **attività di controllo** che coinvolgono ad esempio le ipotesi di risoluzione contrattuale, determinazione dei nuovi prezzi, forza maggiore, applicazione delle penali, etc.

All'art. 8 il Regolamento si occupa di uno dei principali nodi applicativi (stante anche la non semplicissima formulazione dell'art. 106 del Codice) della materia: **le modifiche, variazioni e varianti contrattuali.**

Anche all'esito dell'introduzione delle disposizioni in parola rimangono in realtà, come si vedrà, diversi aspetti irrisolti e di non facile interpretazione.

L'art. 9 è invece dedicato alle **contestazioni e riserve**.

O meglio, innovando completamente rispetto alla previgente materia, si limita ad introdurre il principio generale secondo cui la relativa disciplina - in termini generali - deve essere prevista dalle singole stazioni appaltanti nei capitolati d'appalto.

Il successivo art. 10 si occupa delle ipotesi di **sospensione dei lavori**, andando ad inserire delle disposizioni di dettaglio alla disciplina dettata dall'art. 107 del Codice.

Nell'art. 11 del Regolamento, il legislatore detta poi la disciplina relativa alla **gestione dei sinistri**, riproponendo in buona sostanza i contenuti dei precedenti artt. 105 e 106 del DPR 207/2010

In conclusione, il capo in parola, detta all'art. 12 le **funzioni ed i compiti del DL al termine dei lavori**. Non si ravvisano, anche in questo caso particolari novità rispetto alla precedente disciplina normativa.

Infine, il **Capo IV – Controllo amministrativo contabile**, composto a sua volta da tre articoli, regola le **attività di controllo amministrativo contabile**, i **documenti contabili** che devono essere predisposti e tenuti dal DL e dai suoi ausiliari, nonché gli **strumenti di contabilità**.

Introducendo a tal ultimo riguardo l'importante novità dell'obbligo dell'utilizzo di programmi di contabilità elettronica.

L'accettazione dei materiali

Come noto, i materiali ed i componenti possono essere posati in opera solo dopo l'**accettazione dei materiali** da parte del Direttore dei lavori (art. 101 comma 3 del Codice).

In particolare, i materiali e i componenti:

- devono corrispondere alle prescrizioni del capitolato speciale;
- devono corrispondere ai contenuti dell'offerta presentata in sede di gara;
- devono essere stati approvati dalle strutture di controllo di qualità del fornitore ed aver superato i collaudi previsti da controlli di qualità, normative vigenti o prescrizioni contrattuali, in base alle quali sono stati costruiti.

Non è rilevante l'esecuzione più accurata di una lavorazione o l'impiego di materiali o componenti con caratteristiche superiori a quelle prescritte nei documenti contrattuali che avvenga su iniziativa dell'impresa affidataria.

Non viene invece regolamentata l'ipotesi in cui il DL autorizzi, per necessità o convenienza, l'impiego di materiali o componenti aventi qualche carenza nelle dimensioni, nella consistenza o nella qualità, o sia stata autorizzata una lavorazione di minor pregio (prevista nei precedenti regolamenti, con l'applicazione di una riduzione del prezzo in sede di contabilità, sempre che l'opera fosse accettabile senza pregiudizio e fatte salve le determinazioni definitive dell'organo di collaudo).

Relatore: Avv. Daniele Sterrantino

NOVITA' DEL DM 49/2018

- obbligo, e non la possibilità, per il DL o per l'organo di collaudo, di disporre prove o analisi ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge o dal capitolato speciale d'appalto, che siano finalizzate a stabilire l'idoneità dei materiali o dei componenti e siano ritenute necessarie dalla stazione appaltante, sulla base di adeguata motivazione, con spese a carico dell'impresa affidataria.
- se materiali e componenti risultano deperiti dopo la loro introduzione in cantiere o se non risultano conformi alle caratteristiche tecniche indicate nei documenti allegati al contratto, a norma del Regolamento, gli stessi debbono ora essere in qualsiasi momento rifiutati dal DL.

Relatore: Avv. Daniele Sterrantino

In tal caso è fatto obbligo, per l'impresa affidataria, di rimuoverli dal cantiere e sostituirli con altri a proprie spese, fermo restando che il rifiuto deve essere trascritto sul giornale dei lavori o, comunque, nel primo atto contabile utile.

In buona sostanza, come espressamente previsto, anche dopo l'accettazione e la posa in opera dei materiali e dei componenti da parte dell'esecutore, restano fermi i diritti e i poteri della stazione appaltante sino al collaudo; a decretare che l'accettazione dei materiali non ha comunque alcun effetto preclusivo.

Il subappalto ed i compiti del D.L. dopo il DM 49/2018 e lo Sblocca cantieri

Premesso che, nulla è cambiato in merito alle procedure operative di DL, dove restano come riferimento normativo le linee guida DM 49/2018, tra le modifiche più importanti introdotte dallo Sblocca cantieri, vi sono senza dubbio quelle che riguardano il subappalto. Si prevede così che: "nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, ... fino al 31.12.2020, in deroga all'art. 105 co. 2, fatto salvo quanto previsto dal co. 5 del medesimo art. 105, il subappalto è indicato dalle SA nel bando di gara e non può superare la quota del 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Relatore: Avv. Daniele Sterrantino

Il subappalto ed i compiti del D.L. dopo il DM 49/2018 e lo Sblocca cantieri

Fino alla medesima data, sono altresì sospese l'applicazione del co. 6 dell'art. 105 e del terzo periodo del co. 2 dell'art. 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'art. 80, riferite al subappaltatore".

Fino al 31 dicembre 2020, quindi, non è più obbligatoria: 1) l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta; 2) che gli operatori economici indichino in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi; 3) conseguentemente, la verifica in sede di gara per il subappaltatore ai sensi dall'art. 80 del codice dei contratti (spostata, quindi, al momento in cui si richiede l'autorizzazione).

Il subappalto ed i compiti del D.L. dopo il DM 49/2018 e lo Sblocca cantieri

**Su tutto ciò però è intervenuta ora la sentenza della
Corte di Giustizia UE 26 settembre 2019 C-63**

Relatore: Avv. Daniele Sterrantino

I controlli sul subappaltatore da parte del DL

Secondo quanto stabilito dal Codice il Direttore dei Lavori deve:

- verificare periodicamente il possesso e la regolarità da parte dell'impresa affidataria e del subappaltatore della documentazione prevista dalle leggi vigenti in materia di obblighi nei confronti dei dipendenti, nonché di quella necessaria in relazione all'adempimento degli obblighi di cui all'art. 30, comma 3, del Codice appalti (gli operatori economici devono rispettare gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali)

- effettuare accessi diretti sul luogo dell'esecuzione, nonché verifiche, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative, alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico architettonica, archeologica e di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti, su richiesta del soggetto responsabile dell'unità organizzativa competente in relazione all'intervento (art. 31, co. 12, del Codice appalti)
- curare la costante verifica di validità del programma di manutenzione, dei manuali d'uso e dei manuali di manutenzione, modificandone e aggiornandone i contenuti a lavori ultimati.

A tutto ciò devono accompagnarsi poi le funzioni indicate all'art. 7 del DM 49/2018, che accentuano - nella volontà del legislatore - i compiti d'intervento del DI nei confronti dei subappaltatori

I compiti del D.L. nelle controversie con l'appaltatore: contestazioni, riserve, accordo bonario

Art. 9 del Regolamento

“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”

E quindi?

Una cosa è certa: con l'entrata in vigore del Regolamento viene meno – in via generale - la previgente disciplina generale circa i termini perentori, la forma ed il contenuto delle riserve contenuta agli articoli 190, 191 e 201 del DPR 207/2010, nonché la procedura per la gestione delle contestazioni tecniche da parte del D.L. prevista espressamente all'art. 165

Ratio legis la disciplina delle riserve, in via generale, è demandata all'autonomia organizzativa delle stazioni appaltanti ed avrà pertanto natura «contrattuale»

Rischi frammentazione di discipline, incertezze applicative e presenza di clausole vessatorie/inique ... e quindi invalide

Vantaggi maggiore flessibilità e consapevolezza delle stazioni appaltanti, nell'ottica del processo di qualificazione previsto all'art. 38 del Codice: le stazioni appaltanti non in possesso della qualificazione dovranno, per gli acquisti di beni e servizi superiori ai 40.000 euro e per appalti di lavori superiori a 150.000 euro, ricorrere a una centrale di committenza qualificata o aggregarsi a una o più stazioni appaltanti qualificate.

Al momento si è ancora comunque in attesa dell'approvazione del relativo DPCM, il cui schema è stato pubblicato lo scorso febbraio 2018

Ma è tutto così semplice? O meglio, è solo da tenersi conto della disciplina contrattuale di volta in volta prevista?

Non esattamente ...

La disciplina di natura contrattuale che verrà dettata dalla stazione appaltante, ed a cui le parti dovranno di volta in volta riferirsi, deve necessariamente rispettare:

- A) **le specifiche previsioni contenute nel Codice e nel Regolamento** in merito a singole fasi o momenti del rapporto d'appalto,
- B) **i principi che informano in via più generale la materia**, alla luce della pluriennale elaborazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa.

Iniziamo dalle specifiche disposizioni, seguendo per comodità espositiva l'articolato del D.M. 49/2018 ...

L'ordine di servizio

Art. 3 comma 1 *“L'esecutore è tenuto ad uniformarsi alle disposizioni contenute negli ordini di servizio, fatta salva la facoltà di iscrivere le proprie riserve”*

Ci sono novità?

E' da ritenersi di no ... nonostante la non brillante formulazione: in precedenza, infatti, sia l'art. 128 del DPR 554/1999 che l'art. 152 del DPR 207/2010 chiarivano espressamente che l'ordine di servizio non costituiva sede per l'iscrizione di riserve

Ma comunque, ciò che rileva è il fatto che l'ordine di servizio NON è un documento contabile, come si ricava altresì dai successivi pertinenti artt. 13 ss. del Regolamento.

Ne' tantomeno, a scanso di equivoci, è un atto amministrativo.

La facoltà, *rectius* l'onere, di iscrivere riserva è pertanto tuttora da riferirsi al **primo atto contabile «successivo» all'ordine di servizio.**

Ciò, in ossequio altresì al principio del «**controllo della spesa**», anch'esso specificamente esplicitato al successivo art. 13 del Regolamento.

Permane pertanto il **principio generale di tempestività delle riserve** ... con qualche incertezza sulla sua esplicazione ... come si dirà dopo

La fase di consegna dei lavori

TRE IPOTESI: consegna in ritardo, sospensione della consegna, consegna parziale

Art. 5 comma 4 *“Qualora la consegna avvenga in ritardo per causa imputabile alla stazione appaltante, l'esecutore può chiedere di recedere dal contratto. **Nel caso di accoglimento** dell'istanza di recesso l'esecutore ha diritto al rimborso delle spese contrattuali effettivamente sostenute e documentate, ma in misura non superiore ai limiti indicati ai commi 12 e 13. **Ove l'istanza dell'esecutore non sia accolta** e si proceda tardivamente alla consegna, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo, le cui modalità di calcolo sono stabilite al comma 14”*

Art. 5 comma 5 *“La stazione appaltante indica nel capitolato di appalto gli eventuali casi in cui è facoltà della stessa non accogliere l'istanza di recesso dell'esecutore ”*

Art. 5 comma 6 “Qualora, iniziata la consegna, questa sia sospesa dalla stazione appaltante per ragioni non di forza maggiore, la sospensione non può durare oltre sessanta giorni. Trascorso inutilmente tale termine, si applicano le disposizioni di cui ai commi 4 e 5”;

Art. 5 comma 9 “Nel caso di consegna parziale conseguente alla temporanea indisponibilità delle aree e degli immobili, l'esecutore è tenuto a presentare, a pena di decadenza dalla possibilità di iscrivere riserve per ritardi, un programma di esecuzione dei lavori che preveda la realizzazione prioritaria delle lavorazioni sulle aree e sugli immobili disponibili. Realizzati i lavori previsti dal programma, qualora permangano le cause di indisponibilità si applica la disciplina relativa alla sospensione dei lavori”

Art. 5 comma 14

“... la richiesta di pagamento degli importi spettanti a norma dei commi 12 e 13, debitamente quantificata, è inoltrata a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della comunicazione di accoglimento dell'istanza di recesso ...”

... nel caso in cui l'istanza di recesso non sia accolta

“... la richiesta di pagamento degli importi spettanti a norma del primo periodo è formulata a pena di decadenza mediante riserva da iscrivere nel verbale di consegna dei lavori e da confermare, debitamente quantificata, nel registro di contabilità”

Anche per quanto riguarda la materia della consegna dei lavori, l'ANCE ha sollevato alcune critiche.

L'Associazione, infatti, ritiene che i tetti di risarcimento fissati dal decreto siano troppo esigui e non adeguati alla situazione del mercato e che dunque non assicurano il ristoro delle spese sostenute.

A detta dei costruttori edili c'è inoltre uno squilibrio tra il caso in cui la mancata consegna dei lavori dipenda dall'esecutore e il caso in cui sia colpa della Stazione Appaltante.

Le perizie suppletive relative al quinto d'obbligo, gli atti di sottomissione ed i nuovi prezzi

Art. 8 comma 4 “*Nel caso di cui all'articolo 106, comma 12, del codice [pertanto, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto], l'esecutore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto e la perizia suppletiva è accompagnata da un atto di sottomissione che l'esecutore è tenuto a sottoscrivere in segno di accettazione o di motivato dissenso”*

Art. 8 comma 6 “*Qualora dai calcoli effettuati ai sensi del comma 5 risultino maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico, i prezzi prima di essere ammessi nella contabilità dei lavori sono approvati dalla stazione appaltante, su proposta del RUP. Se l'esecutore non accetta i nuovi prezzi così determinati e approvati, la stazione appaltante può ingiungergli l'esecuzione delle lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di detti prezzi, comunque ammessi nella contabilità; ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettati”*

Le sospensioni dei lavori

Art. 10 comma 4 “Non appena siano venute a cessare le cause della sospensione il direttore dei lavori lo comunica al RUP affinché quest'ultimo disponga la ripresa dei lavori e indichi il nuovo termine contrattuale. Entro cinque giorni dalla disposizione di ripresa dei lavori effettuata dal RUP, il direttore dei lavori procede alla redazione del verbale di ripresa dei lavori, che deve essere sottoscritto anche dall'esecutore e deve riportare il nuovo termine contrattuale indicato dal RUP. Nel caso in cui l'esecutore ritenga cessate le cause che hanno determinato la sospensione temporanea dei lavori e il RUP non abbia disposto la ripresa dei lavori stessi, l'esecutore può diffidare il RUP a dare le opportune disposizioni al direttore dei lavori perché provveda alla ripresa; la diffida proposta ai fini sopra indicati, è condizione necessaria per poter iscrivere riserva all'atto della ripresa dei lavori, qualora l'esecutore intenda far valere l'illegittima maggiore durata della sospensione”

Art. 10 comma 5 “Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori”

Le sospensioni dei lavori e la gestione dei sinistri

Art. 10 comma 4 “Non appena siano venute a cessare le cause della sospensione il direttore dei lavori lo comunica al RUP affinché quest'ultimo disponga la ripresa dei lavori e indichi il nuovo termine contrattuale. Entro 5 gg. dalla disposizione di ripresa dei lavori effettuata dal RUP, il direttore dei lavori procede alla redazione del verbale di ripresa dei lavori, che deve essere sottoscritto anche dall'esecutore e deve riportare il nuovo termine contrattuale indicato dal RUP. Nel caso in cui l'esecutore ritenga cessate le cause che hanno determinato la sospensione temporanea dei lavori e il RUP non abbia disposto la ripresa dei lavori stessi, l'esecutore può diffidare il RUP a dare le opportune disposizioni al direttore dei lavori perché provveda alla ripresa; la diffida proposta ai fini sopra indicati, è condizione necessaria per poter iscrivere riserva all'atto della ripresa dei lavori, qualora l'esecutore intenda far valere l'illegittima maggiore durata della sospensione”

Art. 10 comma 5 “Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori”

Art. 11 comma 2 “Nel caso di danni causati da forza maggiore l'esecutore ne fa denuncia al direttore dei lavori nei termini stabiliti dal capitolato speciale o, in difetto, entro 5 giorni da quello dell'evento, a pena di decadenza dal diritto all'indennizzo ...”

I documenti contabili - Art. 14 comma 1

*"... c) il **registro di contabilità** che contiene le trascrizioni delle annotazioni presenti nei libretti delle misure, nonché le domande che l'esecutore ritiene di fare e le motivate deduzioni del direttore dei lavori.*

*... e) il **conto finale dei lavori**, compilato dal direttore dei lavori a seguito della certificazione dell'ultimazione degli stessi e trasmesso al RUP unitamente ad una relazione, in cui sono indicate le vicende alle quali l'esecuzione del lavoro è stata soggetta, allegando tutta la relativa documentazione. Il conto finale deve essere sottoscritto dall'esecutore. All'atto della firma, l'esecutore non può iscrivere domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori e deve confermare le riserve già iscritte negli atti contabili, per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'articolo 208 del codice o l'accordo bonario di cui all'articolo 205 del codice. Se l'esecutore non firma il conto finale nel termine assegnato, non superiore a trenta giorni, o se lo sottoscrive senza confermare le domande già formulate nel registro di contabilità, il conto finale si ha come da lui definitivamente accettato. Firmato dall'esecutore il conto finale, o scaduto il termine sopra assegnato, il RUP, entro i successivi sessanta giorni, redige una propria relazione finale riservata nella quale esprime parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'esecutore per le quali non siano intervenuti la transazione o l'accordo bonario"*

Sull'esplicazione delle riserve

La «contrattualizzazione» delle riserve non fa venir meno i principi generali della materia:

- l'obbligo della stazione appaltante, e del direttore dei lavori, di effettuare il costante e progressivo controllo della spesa legata all'esecuzione dell'opera o dei lavori (art. 13 del Regolamento);
- l'onere in capo all'esecutore della tempestività delle riserve, che devono pertanto essere iscritte nel primo momento utile successivo al fatto che le ha determinate.

Ma impone una riflessione sul destino di tutte le regole «storiche», che non sono state espressamente riproposte: tra queste, in via principale, quella del termine di 15 giorni per l'esplicitazione della riserva e per le controdeduzioni del direttore dei lavori, contenuta da ultimo nell'art. 190 del 207/2010.

L'accordo bonario

Il Regolamento non aggiunge nulla alla disciplina dell'accordo bonario, dovendosi pertanto fare riferimento all'**art. 205** del Codice:

attivazione accordo bonario, se varia tra il 5% ed il 15% l'importo contrattuale, a seguito dell'iscrizione di riserve nei documenti contabili. Tale procedura può essere ripetuta sino al raggiungimento del limite massimo complessivo del 15% dell'importo del contratto (comma 1). In ogni caso (cioè a prescindere dall'importo), prima dell'approvazione del certificato di collaudo ovvero di verifica di conformità o del certificato di regolare esecuzione, l'accordo è attivato dal RUP

comunicazione del direttore dei lavori Il direttore dei lavori comunica al RUP le riserve, trasmettendo una propria relazione riservata (comma 3)

valutazioni preliminari del RUP. Il RUP valuta l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore fissato tra il 5% e il 15% (comma 4)

lista degli esperti Se necessario, il RUP può nominare un esperto avente competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto. L'esperto è scelto nell'ambito di una lista di 5 indicata dalla camera Arbitrale, d'accordo con l'appaltatore o, in mancanza d'accordo, scelto dalla stessa Camera Arbitrale (comma 5 del Codice)

formulazione della proposta di accordo L'esperto, qualora nominato, ovvero il RUP, verificano le riserve in contraddittorio con il soggetto che le ha formulate, effettuano eventuali ulteriori audizioni, istruiscono la questione anche con la raccolta di dati e informazioni e con l'acquisizione di eventuali altri pareri, e formulano, accertata e verificata la disponibilità di idonee risorse economiche, la proposta di accordo bonario entro 90 giorni (commi 5 e 6)

trasmissione della proposta d'accordo. La proposta viene trasmessa al dirigente competente della stazione appaltante e al soggetto che ha formulato le riserve (comma 6)

conclusione accordo Se la proposta è accettata dalle parti, entro 45 giorni dal suo ricevimento, l'accordo bonario è concluso e viene redatto verbale sottoscritto dalle parti. L'accordo ha natura di transazione, e sulla somma riconosciuta sono dovuti gli interessi al tasso legale a decorrere dal 60 giorno successivo all'accettazione.

mancata conclusione In caso di mancato accordo ovvero di inutile decorso del termine di 45 giorni sopra indicato, possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario.

Responsabilità e forme di garanzia del D.L.

Come noto, la stazione appaltante può individuare il Direttore dei lavori all'interno del proprio personale dipendente oppure, in mancanza, all'esterno.

Qualora il D.L. sia individuato all'esterno dell'Amministrazione aggiudicatrice, il rapporto di lavoro sarà regolato in base all'art. 2222 del Codice civile, ovvero da un “contratto d'opera”.

Nel caso di D.L. dipendente dell'Amministrazione aggiudicatrice trova invece applicazione, di norma l'art. 2094 del Codice civile, relativo alla “prestazione di lavoro subordinato”.

Sotto il profilo della responsabilità, il criterio di valutazione dell'operato del D.L. è invece sempre quello della diligenza professionale, di cui al comma 2 dell'art. 1176 del Codice civile, ovvero quella particolare diligenza imposta dalle caratteristiche dei lavori da dirigere.

Relatore: **Avv. Daniele Sterrantino**

Ma, il Direttore dei lavori contrae un'obbligazione di mezzi o di risultato?

Relatore: Avv. Daniele Sterrantino

Responsabilità amministrativa ed erariale

L'ambito di applicazione della responsabilità erariale, si è andato negli anni ampliando e modificando, vuoi per lo stesso diretto intervento in materia del legislatore, che per l'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi in merito.

Vige oggi un approccio "sostanzialistico" che impone la responsabilità erariale dei soggetti coinvolti laddove si ravvisi, comunque, la natura pubblicistica delle funzioni espletate e del denaro impiegato, a prescindere dall'esistenza di un rapporto "organico" di servizio con l'Amministrazione, e dal tipo di atto utilizzato.

Il Direttore dei lavori per la realizzazione di un'opera pubblica, è sempre responsabile del buon andamento dell'esecuzione tecnica dell'opera con la conseguenza che, con riferimento alla responsabilità per danni cagionati nell'esecuzione dell'incarico stesso, è soggetto alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Ciò anche laddove lo stesso sia un professionista esterno (es. Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale Lazio, 14.11.2016 n. 305)

Il danno erariale può essere diretto o indiretto. Ricorre il primo quando la condotta del funzionario o del dipendente pubblico abbia cagionato nocumento direttamente al patrimonio dell'ente pubblico; ricorre invece il danno erariale indiretto quando il pregiudizio patrimoniale sia stato arrecato ad un privato che l'Amministrazione ha dovuto risarcire, così sopportandone il relativo onere (es. Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale di Appello, 27.05.2015, n. 271).

Il Direttore dei Lavori è sempre responsabile degli abusi edilizi commessi nel suo cantiere, ossia per aver eseguito opere edilizie in assenza ed in totale difformità dal permesso di costruire. Egli ha una posizione di garanzia per il rispetto della normativa urbanistica ed edilizia, pertanto è responsabile dal punto di vista penale della corretta esecuzione delle opere rispetto al permesso di costruire; in caso contrario deve comunicarlo al dirigente o al responsabile o addirittura rinunciare all'incarico (da ultimo Corte di Cassazione, Sez. III, 18.07.2018 n. 33387).

Le garanzie

Nel caso di ricorso a procedure di gara (e pertanto, a soggetti esterni all'amministrazione) il candidato all'incarico della D.L. è tenuto a costituire, in primo luogo, la garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria", pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

Ai sensi dell'art. 103 del Codice, poi, l'esecutore del contratto è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10% dell'importo contrattuale. L'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 10% dell'importo contrattuale. In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10%, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%; ove il ribasso sia superiore al 20%, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%.

Infine, ai sensi dell'art. 83, comma 4, lett. c) del Codice le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere che i candidati si dotino di un'adeguata copertura assicurativa contro i rischi professionali. La polizza dovrà essere presentata a far data dalla stipula del contratto ed avere termine alla data di approvazione del collaudo tecnico amministrativo.



deiCONSULTING

Grazie per l'attenzione

Relatore: Avv. Daniele Sterrantino