

**BREVI CONSIDERAZIONI SULL'ACCORDO BONARIO PER LA DEFINIZIONE DELLE
CONTROVERSIE NELL'ESECUZIONE DI OPERE PUBBLICHE**

Paolo Carbone

SOMMARIO: **1.** Ambito soggettivo di applicazione dell'art.31 *bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109. **2.** Il responsabile del procedimento nell'accordo bonario: caratteri e funzioni. **3.** Il presupposto oggettivo per l'attivazione del procedimento finalizzato all'accordo bonario. **4.** La natura della situazione pretensiva del privato. **5.** I termini per lo svolgimento della procedura. **6.** Sulla necessità di sottoscrivere il verbale di accordo e circa i tratti distintivi tra accordo bonario e risoluzione in via amministrativa delle riserve. **7.** I criteri cui il responsabile del procedimento deve informare il proprio apprezzamento.

1. Come è noto il comma primo dell'art.31 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 prevede che *“per i lavori affidati dai soggetti di cui all'art.2, comma 2, lettere a) e b), in materia di appalti e concessioni, qualora a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili, l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso non inferiore al 10 per cento dell'importo contrattuale, il responsabile del procedimento acquisisce immediatamente la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo e, sentito l'affidatario, formula all'amministrazione, entro novanta giorni dalla apposizione dell'ultima delle riserve di cui sopra, proposta motivata di accordo bonario. L'amministrazione, entro sessanta giorni dalla proposta di cui sopra, delibera in merito con provvedimento motivato. Il verbale di accordo bonario è sottoscritto dall'affidatario”*.

Sul piano soggettivo, la disposizione trova applicazione in relazione a tutti i lavori affidati dai soggetti di cui all'art.2, comma 2°, lettere *a)* e *b)*, ossia per tutti i lavori affidati dalle amministrazioni centrali dello Stato – anche ad ordinamento autonomo – dagli enti pubblici – compresi quelli economici – dalle amministrazioni locali, dalle loro associazioni e consorzi, nonché dagli altri organismi di diritto pubblico, dai concessionari di lavori pubblici, dai concessionari di esercizio di infrastrutture destinate al pubblico servizio, dalle aziende speciali e

consorzi di cui agli articoli 23 e 25 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e successive modifiche ed integrazioni, dalle società di cui all'art.22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, dalle società con capitale pubblico che abbiano ad oggetto della propria attività beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, dai concessionari di servizi pubblici e dai soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, qualora operino per lo svolgimento di attività che riguardino i lavori di qualsiasi importo, individuati con il D.P.C.M. di cui all'art.8, comma 6°, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 e comunque i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari, sempre che non si tratti di lavorazioni che non possono essere progettate separatamente ed appaltate separatamente, in quanto strettamente connesse e funzionali alla esecuzione di opere comprese nella disciplina del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158.

Si deve, peraltro, segnalare immediatamente una mancanza di coordinamento interno tra le norme, cui il legislatore non ha posto rimedio neanche in occasione della emanazione della legge 18 novembre 1998, n. 415, con la quale è stato integralmente modificato l'art.7 della legge 11 febbraio 1994, n. 109. Occorre cioè evidenziare la circostanza che ai sensi del citato art.7 sono tenuti a nominare un responsabile unico del procedimento di attuazione di ogni singolo intervento previsto dal programma triennale dei lavori pubblici, per le fasi di progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione, solo i soggetti di cui all'art.2, comma 2, lett. a), - ossia le amministrazioni centrali dello Stato – anche ad ordinamento autonomo – gli enti pubblici – compresi quelli economici – le amministrazioni locali, le loro associazioni e consorzi, nonché gli altri organismi di diritto pubblico – e non anche i soggetti di cui all'art.7, comma 2°, lett. b). La dottrina che ha rilevato l'incongruenza ha affermato che *“ciò porterebbe alla conclusione, in vero singolare, che per quanto attiene la risoluzione delle controversie relative ai rapporti di appalto costituiti da questi ultimi (n.d.r.: ossia dai soggetti di cui all'art.2, comma 2°, lett. b) della legge 11 febbraio 1994, n. 109) il procedimento in questione verrebbe ad essere*

attratto nella sfera dell'amministrazione concedente, ovvero di riferimento che, per giunta, non sarebbe neanche facilmente identificabile nel caso di società pubbliche. Siffatta paradossale conclusione aggraverebbe intollerabilmente il grado di ingerenza con riguardo a rapporti rispetto ai quali dovrebbero rimanere estranee le amministrazioni concedenti, coerentemente alla funzione riservata¹”.

Difforme avviso è stato seguito dal Ministero dei Lavori Pubblici nella circolare 30 novembre 1995, n. 3576/UL nella quale si legge che *“in caso di concessioni la nomina del responsabile del procedimento – analogamente a quanto previsto per la nomina del D.L. – dovrà essere effettuata dal concessionario con il benestare dell'Amministrazione concedente (in esercizio delle funzioni di Alta Vigilanza)”. Con successiva circolare del 7 agosto 1996, n. 2808 U.L., il Ministero dei lavori Pubblici ha ulteriormente affermato che “nella (...) ipotesi in cui il concessionario, sempre in base alla normativa previgente svolge il compito di stazione appaltante per conto dell'Amministrazione e quindi le riserve siano iscritte dal diverso soggetto appaltatore, la procedura del bonario componimento sarà svolta a cura del tecnico designato dal concessionario fermo restando che la deliberazione sulla proposta di accordo bonario compete all'Amministrazione concedente”² Tale indirizzo appare, in vero, condivisibile, tenuto conto che le determinazioni in merito alle riserve appaiono suscettibili di influire sui contenuti economici del rapporto di concessione e, pertanto, si deve ritenere necessario l'assenso in merito ad esse del Concedente.*

Tanto precisato, appare tuttavia evidente che mentre i soggetti di cui alla lettera a) dell'art.2, comma 2°, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 sono tenuti alla nomina di un responsabile unico dell'intero procedimento di attuazione di ogni singolo intervento previsto nel

¹ Così B.G. CARBONE, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo ed A. Clarizia, vol. II Padova, 2000, 933.

² Aderisce a tale impostazione P. PISELLI, *La risoluzione delle controversie con particolare riferimento all'accordo bonario*, in questa Rivista, 1996, 223.

programma triennale dei lavori pubblici - di cui all'art.14 della medesima legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche ed integrazioni – nella sua varie articolazioni di progettazione, affidamento ed esecuzione, i soggetti di cui alla lettera *b*) del citato art.2, comma 2°, sarebbero tenuti alla nomina di un responsabile del procedimento ai soli limitati fini della procedura *ex art.31 bis* della legge 109 del 1994, ossia ai fini dell'eventuale definizione di un accordo bonario sulle riserve formulate dall'appaltatore. Al riguardo, è opportuno sin d'ora rammentare che tutti i soggetti diversi da quelli indicati nell'art.2, comma 2°, lett. *a*) della legge 11 febbraio 1994, n. 109, sono comunque tenuti a garantire che siano svolti i compiti propri del responsabile del procedimento, giusta quanto prescritto dall'art.7, comma 6°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 – che ha approvato il regolamento generale di attuazione della legge quadro – che prescrive che *“i soggetti non tenuti all'applicazione dell'articolo 7 della Legge devono in ogni caso garantire lo svolgimento dei compiti previsti per il responsabile del procedimento dalle norme della Legge e del regolamento che li riguardano”*, norme tra le quali rientra senza dubbio anche l'art.31 *bis*.

2. Il responsabile del procedimento deve essere un tecnico nominato – normalmente - all'interno dell'organico dell'Amministrazione appaltante. La prima delle due affermazioni trova una sua fonte normativa espressa nel comma 5° dell'art.7 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, mentre la seconda si desume agevolmente dalla circostanza che la possibilità di ricorrere a soggetti esterni all'Amministrazione – peraltro da selezionare con le procedure di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 - per lo svolgimento dell'attività di supporto all'attività del responsabile del procedimento è consentita solo nel caso in cui l'organico dei soggetti di cui al comma 1 dell'art.7 della legge 109 del 1994 presenti accertate carenze ovvero non consenta il reperimento di adeguate competenze professionali. Or bene, per quanto manchi un'espressa indicazione che le risorse umane per lo svolgimento delle attività proprie del responsabile del

procedimento debbano essere trovare all'interno dell'organico dell'Amministrazione, è del tutto legittimo – e coerente con il disposto normativo – pervenire ad una siffatta conclusione proprio perché possono essere reperite all'esterno dell'organico dell'Amministrazione le professionalità per lo svolgimento delle attività di supporto al responsabile del procedimento, per cui, *a fortiori*, anche il responsabile del procedimento dovrà essere individuato all'interno dell'organico dell'Amministrazione. Tale conclusione trova, peraltro, una sua espressa conferma nell'art.7, comma 1°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 - che ha approvato il regolamento generale di attuazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109 - che espressamente prevede che *“le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento sono eseguite sotto la diretta responsabilità e vigilanza di un responsabile del procedimento, nominato dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del proprio organico, prima della fase di predisposizione dell'elenco annuale di cui all'articolo 14, comma 1, della Legge”*³.

³ Peraltro, la circostanza che il responsabile unico del procedimento sia figura necessaria ed obbligatoria per i soggetti di cui all'art.2, comma 2°, lett. a) ma non per quelli di cui all'art.2, comma 2°, lett. b), pone ora una ulteriore questione, ossia se anche tali amministrazioni aggiudicatrici debbano necessariamente scegliere il soggetto incaricato di svolgere i compiti propri del responsabile del procedimento all'interno del proprio organico, ovvero se per essi sia possibile operare una scelta al di fuori di esso, ricorrendo a competenze esterne. Inoltre, in caso di risposta positiva a tale interrogativo, si pongono due ulteriori questioni: 1) occorre apprezzare con quali criteri si debba procedere alla scelta del soggetto chiamato a svolgere i compiti di responsabile unico del procedimento, ossia si tratta di decidere se le eventuali competenze esterne all'organico della stazione appaltante debbano essere individuate mediante procedura concorsuale da esperirsi ai sensi del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, ovvero possano essere selezionate mediante affidamento diretto; 2) inoltre si tratta di valutare se anche per amministrazioni aggiudicatrici non tenute a nominare un responsabile unico del procedimento, ma comunque obbligate a garantire che le funzioni ad esso affidate siano adeguatamente svolte, vi sia l'obbligo di attribuire lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento che li riguardano ad un unico soggetto, ovvero sia possibile procedere a frammentare le molteplici attività in capo ad una pluralità di persone fisiche.

La prima questione – ossia se le stazioni appaltanti diverse da quelle di cui alla lettera a) dell'art.2, comma 2° della legge quadro debbano individuare il soggetto incaricato di svolgere i compiti propri del responsabile del procedimento all'interno del proprio organico, ovvero se per essi sia possibile operare una scelta al di fuori di esso, ricorrendo a competenze esterne – deve avere, a mio avviso, risposta positiva. Infatti, come s'è visto nel testo, la prescrizione che il responsabile del procedimento sia scelto all'interno dell'organico della stazione appaltante è contenuta – in termini chiari – nell'art.7, comma 1°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, ed è desumibile indirettamente dall'art.7, comma 5°, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche ed integrazioni. Si tratta cioè di una prescrizione contenuta in disposizioni che non sono operanti nei confronti delle stazioni appaltanti di cui all'art.2, comma 2, lett. b), per cui si deve ritenere che non vi siano preclusioni a che il soggetto incaricato di svolgere i compiti propri di responsabile del procedimento sia prescelto anche al di fuori dell'organico delle stazioni appaltanti elencate nell'art.2, comma 2°, lett. b), proprio perché a queste ultime non si applica il precetto che impone di individuare all'interno del proprio organico le risorse occorrenti per lo svolgimento di tali funzioni. È infatti evidente che ai soggetti di cui all'art.2, comma

2°, lett. b) della legge 11 febbraio 1994, n. 109 non solo non si applica – per espressa esenzione normativa – l’art.7 della legge stessa, ma non può trovare applicazione neanche l’art.7 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, che a quella disposizione legislativa da attuazione. Ciò si desume agevolmente non solo dai principi – poiché l’inapplicabilità della disposizione primaria comporta necessariamente anche la inapplicabilità di quella secondaria di attuazione – ma anche dall’art.7, comma 6°, del d.P.R. 21 dicembre 1994, n. 554 che, nel prescrivere che i soggetti che non devono dare applicazione all’art.7 della legge quadro sono in ogni caso tenuti a garantire lo svolgimento dei compiti previsti per il responsabile del procedimento dalle norme che li riguardano, mostra chiaramente che non opera nei confronti dei soggetti di cui all’art.2, comma 2°, lett. b) l’obbligo di individuare il soggetto incaricato di svolgere i compiti di responsabile del procedimento all’interno dell’organico della stazione appaltante.

Come innanzi esposto, la risposta positiva all’interrogativo appena esaminato, comporta le necessità di affrontare due ulteriori questioni, la prima delle quali riguarda i criteri secondo i quali può essere individuato il soggetto che deve svolgere i compiti propri di responsabile del procedimento. Si tratta, cioè, di verificare se i soggetti di cui all’art.2, comma 2°, lett. b) della legge 109 del 1994 – che, per quanto appena esposto, non sono tenuti a individuare chi è chiamato a svolgere i compiti di responsabile del procedimento nel proprio organico – possano procedere liberamente all’affidamento del relativo incarico, ovvero debbano provvedervi solo in esito ad una procedura di gara da esperire ai sensi del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157. In effetti, l’art.7, comma 5°, della legge n. 109 del 1994 dispone che in caso di carenze di organico accertate ovvero di impossibilità di reperire adeguate competenze professionali in relazione alle caratteristiche dell’intervento, i compiti di supporto all’attività di responsabile del procedimento possono essere affidati con le modalità e le procedure di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, per cui si potrebbe ritenere che non applicandosi ai soggetti elencati nell’art.2, comma 2°, lett. b) della legge quadro tale norma, detti soggetti possano affidare i compiti di responsabile del procedimento senza dover ricorrere a procedure di gara. Tale ragionamento è, tuttavia, alquanto semplicistico, in quanto si deve necessariamente valutare se l’obbligo del rispetto delle procedure di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, non derivi direttamente da quest’ultimo che – come è noto – disciplina l’affidamento dell’appalto di servizi. Occorre, pertanto, valutare se le attività proprie del responsabile del procedimento e, più specificamente - per quanto interessa in questa sede – se le attività del responsabile del procedimento in relazione alla procedura di cui all’art.31 *bis* della legge quadro, possano essere ricondotte all’appalto di servizi e, conseguentemente, assoggettate al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157. Occorre infatti rammentare che ai sensi dell’art.3 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, “*gli appalti pubblici di servizi sono contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un prestatore di servizi e un’amministrazione aggiudicatrice di cui all’art.2, aventi ad oggetto la prestazione dei servizi elencati negli allegati 1 e 2*”, inoltre, è importante ricordare che ai sensi dell’art.1 del predetto decreto legislativo n. 157 del 1995, le disposizioni di esso trovano applicazione per l’aggiudicazione di appalti di servizi la cui stima sia pari o superiore a 200.000 ECU – ora sostituito dall’EURO - IVA esclusa, ossia, stante il valore dell’EURO in Lit. 1936,27, per gli appalti di importo pari o superiore a Lit. 387.254.000. Or bene, non sembra che le prestazioni che il responsabile del procedimento deve rendere in relazione all’attività finalizzata al tentativo di pervenire ad un accordo bonario *ex art.31 bis* della legge 109 del 1994 possano essere ricondotte ad alcuna delle categorie elencate nell’allegato 1 del decreto legislativo n. 157 del 1995, ossia ad alcuna di quelle categorie in relazione alle quali il decreto legislativo n. 157 del 1995 trova applicazione piena, mentre - come è noto - ai sensi dell’art.3, comma 2°, alle prestazioni rientranti nell’ambito dell’elenco di cui all’allegato 2 trovano applicazione solo gli artt.8, comma 3°, 20 e 21, cioè la norma che prevede un obbligo di informazione circa l’avvenuta aggiudicazione e le disposizioni in materia di prescrizioni tecniche e deroghe ad esse. Peraltro, non sembra che l’attività che deve essere svolta dal soggetto incaricato dei compiti propri del responsabile del procedimento in relazione al tentativo di pervenire ad un accordo bonario possa essere ricondotta ad alcuna di quelle di cui all’allegato 2, salvo che non la si collochi nella categoria residuale “*altri servizi*”. Di certo essa non può essere collocata nella categoria “*servizi legali*” – per quanto essa sia quella meno lontana - poiché avremmo altrimenti che tali servizi possono essere resi da chi – per definizione – deve essere un tecnico e già solo per tale motivo non in possesso delle adeguate conoscenze specifiche per rendere il servizio stesso.

Inoltre, la stessa soglia di applicazione della normativa di derivazione comunitaria lascia presumere che ben difficilmente l’attività che sarà resa da chi deve svolgere i compiti propri del responsabile del procedimento in relazione alla procedura di cui all’art.31 *bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 possa trovare una sua disciplina nell’ambito del decreto legislativo n. 157 del 1995, in quanto si deve presumere che ben difficilmente l’esame e l’apprezzamento delle riserve formulate dall’appaltatore possa comportare un corrispettivo pari o superiore a 200.000 EURO.

Pertanto, si deve concludere che - limitatamente alle sole attività relative all'espletamento della procedura di cui all'art.31 *bis* della legge quadro in materia di lavori pubblici - le amministrazioni aggiudicatrici che non sono tenute al rispetto dell'art.7 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 non devono necessariamente affidare lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento mediante una procedura di gara, ai sensi del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157. Per completezza, occorre inoltre rammentare che per i soggetti operanti nell'ambito dei settori speciali, la disciplina di riferimento per l'affidamento degli appalti di servizi non è quella di cui al decreto legislativo n. 157 del 1995, bensì quella di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, tuttavia ciò non modifica le conclusioni cui si è appena pervenuti in quanto - ai sensi dell'art.7, comma 1°, lett. c) del suddetto decreto legislativo n. 158 del 1995 - sono appalti di servizi quelli che hanno ad oggetto le prestazioni elencate negli allegati XVI-A e XVI-B del medesimo decreto legislativo n. 158 del 1995, prestazioni che coincidono con quelle di cui agli allegati 1 e 2 del decreto legislativo n. 157 del 1995.

La conclusione appena indicata, si ribadisce, riguarda l'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice intenda affidare solo i compiti propri del responsabile del procedimento relativi all'art.31 *bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche ed integrazioni, come può accadere - ad esempio - con riferimento ad un appalto la cui progettazione sia stata eseguita prima dell'emanazione della legge quadro, i cui lavori siano stati consegnati prima della promulgazione della legge n. 109 del 1994 e che siano già in avanzata fase di esecuzione, allorché l'appaltatore abbia formulato riserve il cui importo complessivo sia eccedente il dieci per cento dell'ammontare del contratto. In tale appalto, pertanto, troverà applicazione la disposizione di cui all'art.31 *bis* della legge quadro, ma non risulteranno applicabili le altre disposizioni che prevedono lo svolgimento di attività da parte del responsabile del procedimento (ad es. la redazione del verbale previsto dall'art.71, comma 3°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, o la c. d. validazione del progetto, prevista dall'art.47 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554).

Il discorso diviene necessariamente diverso con riferimento all'ipotesi in cui l'Amministrazione aggiudicatrice rientra tra quelle di cui all'art.2, comma 2°, lett. b), intenda affidare non il solo svolgimento delle attività previste in capo al responsabile del procedimento dall'art.31 *bis* della legge quadro sui lavori pubblici, bensì l'esecuzione di tutti i compiti che le disposizioni della legge n. 109 del 1994 e del d.P.R. n. 554 del 1999 che riguardano tali soggetti prevedono per il responsabile del procedimento. In tale ipotesi, ritengo che la complessiva prestazione che il soggetto incaricato di svolgere i compiti propri del responsabile del procedimento - sempre che si tratti di un unico soggetto, questione che sarà affrontata nel prosieguo della presente nota - ben difficilmente possa sfuggire alle procedure di gara previste dal d. lgs. n. 157 del 1995 - ovvero dal d. lgs. n. 158 del 1995, per i soggetti operanti nei settori speciali - in quanto l'importo del corrispettivo può ben superare i 200.000 euro e - sulla scorta di un apprezzamento complessivo dei compiti che il soggetto incaricato di svolgere le funzioni di responsabile del procedimento dovrebbe svolgere - si deve ritenere che le prestazioni possano essere ricondotte alla categoria 12 "*servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica ed alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica ed analisi*", rientrante tra quelle ricomprese nell'allegato 1 e, quindi, assoggettata pienamente all'applicazione della disciplina del citato decreto legislativo. Nel caso di affidamento di tutte le attività previste per il responsabile del procedimento ai sensi delle disposizioni della legge quadro, e del relativo regolamento di attuazione, che riguardino tali soggetti, unica eccezione alla necessità della gara è costituita, a mio avviso, dall'art.17, comma 14 *septies* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 che consente ai soggetti di cui all'art.2, comma 2°, lett. b), operanti nei settori di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, la possibilità di affidare le progettazioni, nonché le connesse attività tecnico-amministrative per lo svolgimento delle procedure per l'affidamento e la realizzazione dei lavori di loro interesse direttamente a società di ingegneria di cui al comma 1, lett. f) dell'art.17 della legge quadro, a condizione che dette società di ingegneria siano da tali soggetti controllate e sempre che l'ottanta per cento della cifra d'affari media realizzata dalle predette società nell'Unione Europea negli ultimi tre anni derivi dalla prestazione di servizi al soggetto da cui esse sono controllate. Infatti, i compiti propri del responsabile del procedimento delineati dalle disposizioni della legge quadro e del regolamento di attuazione di essa, non possono non rientrare tra le "*connesse attività tecnico-amministrative per lo svolgimento delle procedure per l'affidamento e la realizzazione dei lavori*", di tal che i soggetti di cui all'art.2, comma 2°, lett. b) operanti nell'ambito dei settori di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, ben possono affidare lo svolgimento di tali compiti a società di ingegneria da essi controllate, sempre che sia integrata anche l'altra condizione relativa alla cifra d'affari.

Infine, occorre affrontare l'ultima questione innanzi ricordata, ossia se le amministrazioni aggiudicatrici che non sono tenute ad applicare l'art.7 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 - ma che, *ex art.7,*

comma 6°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, devono necessariamente garantire che siano svolti i compiti propri del responsabile del procedimento previsti dalle norme che le riguardano – debbano affidare lo svolgimento di tali compiti ad un unico soggetto ovvero possano affidarne lo svolgimento ad una pluralità di persone. Al riguardo l’ausilio delle disposizioni positive è assai modesto per non dire del tutto inesistente, per cui occorre desumere elementi orientativi della soluzione da indizi indiretti. Pur con tutta la arbitrarietà che una siffatta opzione interpretativa contiene, ritengo che la risposta sia nel senso che anche i soggetti nei cui confronti non opera l’art.7 della legge quadro debbano affidare lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento previsti dalle norme che li riguardano ad un unico soggetto. Depongono in tale senso due distinte argomentazioni: la prima, di ordine più generale, è costituita dal fatto che certamente le amministrazioni aggiudicatrici di cui all’art.2, comma 2°, lett. a) della legge n. 109 del 1994 devono nominare un responsabile unico del procedimento, per cui si deve ritenere che le attività – sia pure con l’eventuale supporto di altri soggetti – debbano essere necessariamente affidate ad un’unica persona. Or bene, se sussistono ragioni per le quali le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera b) dell’art.2, comma 2°, della legge quadro non sono tenute ad applicare l’art.7 della legge n. 109 del 1994, non mi pare possano essere ravvisate valide argomentazioni che consentano di concludere che dette ragioni incidano anche sulla struttura del soggetto, pervenendo a ritenere che mentre per le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lett. a) dell’art.2, comma 2°, della legge quadro il responsabile del procedimento debba essere necessariamente un’unica persona, per le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lett. b) del medesimo art.2, comma 2°, i compiti possano essere affidati a più persone. Anzi, nel complessivo disegno della legge quadro, il responsabile del procedimento assume un ruolo centrale, atteso che il legislatore ha inteso fare di esso il “volano” per lo svolgimento di una serie di attività che riguardano il complesso processo di realizzazione dell’opera pubblica, non vi sono motivi che consentano di ritenere che per le amministrazione aggiudicatrici di cui alla lett. b) dell’art.2, comma 2°, della legge quadro tale esigenza di un unico “volano” non vi sia. Ulteriore indizio – sia pure indiretto – che porta a ritenere che il responsabile del procedimento debba essere costituito da una sola persona è costituito dall’art.7, comma 2°, della legge quadro che abilita l’Amministrazione della difesa – in ragione della struttura gerarchica dei propri organi tecnici – a nominare un responsabile del procedimento per ogni singola fase del processo attuativo. Ne deriva che la possibilità di avere più responsabili del procedimento – uno per ciascuna fase del processo attuativo - sembra essere stata ammessa solo in via di eccezione alla ordinaria unitarietà della figura. L’ulteriore ragione che induce alla conclusione innanzi indicata è data dal fatto che l’art.2, comma 1°, lett. c) del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, come modificato ed integrato per effetto del decreto legislativo 19 novembre 1999, n. 528, prevede che il responsabile dei lavori sia *“il soggetto che può essere incaricato dal committente ai fini della progettazione o dell’esecuzione dell’opera o del controllo dell’esecuzione dell’opera. Nel caso di opera pubblica, il responsabile dei lavori è il responsabile unico del procedimento ai sensi dell’art.7 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche”*. Or bene, da un esame dei compiti e dei poteri del responsabile dei lavori – ad es. quelli derivanti dall’art.3, comma 8°, dall’art.5, comma 1°, lett. e) dall’art.20 del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, come modificato ed integrato per effetto del decreto legislativo 19 novembre 1999, n. 528 - si trae che questi deve essere necessariamente un unico soggetto, mal attagliandosi l’attribuzione di certi poteri e di certe responsabilità ad un organo plurisoggettivo. Ne deriva che – ancorché anche in questo caso la norma positiva non dica alcunché – il responsabile dei lavori deve essere necessariamente un unico soggetto, per cui può essere o no nominato dal committente, ma ove sia indicato deve essere un soggetto unico. È il caso di rammentare che la disciplina di cui al decreto legislativo n. 494 del 1996 si applica con riferimento a tutti gli appalti, sia privati che pubblici, senza distinzione in ragione del committente, per cui esso trova applicazione sia che l’amministrazione aggiudicatrice sia un soggetto di cui all’art.2, comma 2°, lett. a) della legge quadro, sia che stazione appaltante sia un soggetto di cui alle lettere b) e c) del medesimo articolo. Inoltre, ove si tratti di appalto di opera pubblica, il responsabile dei lavori è il responsabile unico del procedimento. Tale identità sussiste solo in relazione agli appalti per l’esecuzione di opere pubbliche cui si applichi il decreto legislativo 19 novembre 1999, n. 528 che, giusta le disposizioni di cui all’art.25, comma 3°, e 26, trova applicazione a partire dal 18 aprile 2000 solo con riferimento agli appalti il cui progetto esecutivo sia stato approvato successivamente alla indicata data, mentre per gli altri appalti di opere pubbliche trova applicazione la disciplina in essere al momento dell’affidamento dell’incarico di progettazione, ove esso sia stato affidato posteriormente al 24 marzo 1997. Ne consegue che se il responsabile dei lavori deve - per quanto appena esposto – essere necessariamente un organo monocratico e se esso, almeno per le opere pubbliche la cui progettazione esecutiva sia stata approvata posteriormente al 18 aprile 2000, coincide con il responsabile unico del procedimento, anche questi deve necessariamente essere un organo monocratico. Da ultimo, occorre rammentare che l’art.8, comma 2°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 prevede che *“il responsabile del procedimento assume il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del*

La circostanza che il responsabile del procedimento debba essere scelto all'interno dell'organico dell'Amministrazione appaltante ha fatto sorgere dubbi in ordine alla *“possibilità che la trattativa possa portare a soluzioni economicamente convenienti per entrambe le parti, atteso che il promotore dell'iniziativa sarà – comunque e sempre – un organo della amministrazione appaltante (il responsabile del procedimento) il quale deve perseguire l'interesse della P.A., mentre il privato affidatario, il quale - si deve presumere – iscrive riserve che egli ritiene fondate e giustificate, potrebbe, viceversa, risultare <<forzato>> ad accettare proposte anche antieconomiche, in quanto pressato all'esigenza di ottenere celermente almeno una parte di quanto richiesto”*⁴. In vero, per quanto non si possa escludere che sul piano della prassi possano svilupparsi comportamenti quali quelli innanzi descritti, ritengo che ciò finirebbe con lo svilire la portata e la funzione della innovazione legislativa introdotta con l'art.31 bis della legge 109 del 1994. In altri termini, se è vero che il responsabile del procedimento deve essere – almeno per le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art.2, comma 2°, lett. a) delle legge 11 febbraio 1994, n. 109 – nominato all'interno dell'organico dell'Amministrazione, è altrettanto vero che egli deve improntare la sua attività di apprezzamento delle riserve, delle argomentazioni svolte dalla Direzione dei lavori – ed ove esistente - dell'organo di collaudo e delle deduzioni dell'appaltatore, ad un criterio di obiettività ed imparzialità, non dovendo

rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro, qualora il soggetto che, nella struttura organizzativa della amministrazione aggiudicatrice sarebbe deputato a rappresentare il committente, non intenda adempiere direttamente agli obblighi dalle stesse norme previsti. La designazione deve contenere l'indicazione degli adempimenti di legge oggetto dell'incarico”. Dal che ne deriva che la coincidenza tra responsabile unico del procedimento e responsabile dei lavori si viene a realizzare anche ove sia stato nominato solo il responsabile unico del procedimento e il soggetto che, nella struttura organizzativa della amministrazione aggiudicatrice sarebbe deputato a rappresentare il committente, non intenda adempiere direttamente agli obblighi previsti dalle norme in materia di sicurezza dei cantieri. Ne deriva che anche in tal caso, partendo questa volta dal responsabile unico del procedimento, si perviene alla identità responsabile dei lavori = responsabile unico del procedimento il che porta a ritenere che poiché il primo deve essere necessariamente monocratico tale deve essere anche il secondo, quale che sia l'amministrazione aggiudicatrice.

⁴ Così M. STECCANELLA ed E. ROBALDO, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, III ed. 1999, 209; analoga osservazione svolge, sia pure con motivazioni diverse, F. S. MUSSARI, *Il contenzioso. L'accordo bonario e l'arbitrato. Profili problematici della sentenza della Consulta*, in *La nuova disciplina del contenzioso tra l'amministrazione committente e l'appaltatore in materia di opere pubbliche*, a cura di M. Sanino, Roma, 1997, 67.

perseguire un interesse di parte – nel caso concreto, quello dell’Amministrazione – ma dovendo avere quale obiettivo la possibile definizione di un accordo che eviti lo sviluppo di un contenzioso. In tale prospettiva, ritengo che il responsabile del procedimento non debba agire quale organo di parte, bensì quale organo *super partes*, operante nell’interesse dell’opera. Di contro, in dottrina, non è mancato chi ha ritenuto che il responsabile del procedimento non assuma la figura di conciliatore, atteso che la procedura di conciliazione “*necessita di un soggetto in posizione di assoluta terzietà, quale organo super partes, dotato di autonomi ed ampi poteri di indagine e libertà di convincimento*”⁵. Chi s’è occupato di tale aspetto della questione ha altresì evidenziato che il responsabile del procedimento non può limitarsi a svolgere il ruolo di mero organo istruttore, sottolineando che la circostanza che debba essere <<sentito>> l’appaltatore costituirebbe indizio del fatto che egli “*debba aprire una fase di trattativa destinata a connotare la proposta come un preliminare di accordo già in sostanza accettato dall’affidatario. Altrimenti la determinazione del responsabile del procedimento finirebbe per concretarsi in una valutazione critica delle ragioni dell’affidatario ed in una ricognizione di quelle che vi si oppongano con la formulazione di conclusivo parere su quale sia l’interesse del committente per una conveniente definizione della controversia insorta con l’iscrizione delle riserve*”⁶. In vero, tale conclusione non appare del tutto condivisibile, in quanto il responsabile del procedimento non è munito – sulla scorta della lettera della norma – di poteri di trattativa e, come emergerà in prosieguo, non sembra abbia – negli eventuali riconoscimenti economici che dovesse proporre in accoglimento totale o parziale di una o più riserve - margini di discrezionalità che eccedano la normale elasticità delle disposizioni di legge, sia pure limitata e temperata dall’applicazione delle stesse operata dalla giurisprudenza. Ne

⁵ Così P. PISELLI, *La risoluzione delle controversie con particolare riferimento all’accordo bonario*, op. cit., 1996, 222.

deriva che, a mio avviso, il responsabile del procedimento dovrebbe costituire un organo imparziale di istruzione delle singole questioni, acquisendo conoscenze e dati sia dalla direzione dei lavori – e, eventualmente, dall’organo di collaudo – sia dall’appaltatore che deve essere sentito prima della formulazione della proposta alla stazione appaltante e deve pervenire – proprio sulla scorta di tale attività – alla formulazione di detta proposta che deve essere sorretta da puntuali e circostanziate motivazioni onde consentire alla stazione appaltante – che è e resta parte e che non può essere chiamata ad assumere un ruolo di terzietà – di assumere consapevolmente le proprie determinazioni al riguardo. Pertanto, non mi pare possa condividersi la tesi di chi ha affermato che *“nella struttura della norma la decisione dell’amministrazione si pone in posizione terza rispetto alla proposta e pertanto implicitamente richiede che sia già intervenuta una negoziazione sulle cui conclusioni è chiamata a pronunciarsi”*⁷.

3. Il presupposto oggettivo per l’attivazione della procedura di accordo bonario è costituito dalla formulazione da parte dell’appaltatore di riserve il cui ammontare complessivo sia pari o superiore al dieci per cento dell’importo dell’appalto, intendendosi come tale – ovviamente – l’ammontare del contratto, al netto del ribasso d’asta offerto in sede di gara. È pertanto necessario avere riferimento alla sola valutazione economica delle riserve, prescindendo del tutto sia dalla loro ammissibilità, sia dalla loro fondatezza, che saranno oggetto di apprezzamento e considerazione ai fini del contenuto della proposta che la stazione

⁶ Così B. G. CARBONE, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici, op. cit.*, 935; sostanzialmente concorde P. PISELLI, *La risoluzione delle controversie con particolare riferimento all’accordo bonario, op. cit.*, 223, ancorché ammetta che la norma non preveda una fase di trattativa vera e propria.

⁷ Così ancora B. G. CARBONE, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici, op.cit.*, 935. E che l’Amministrazione sia e resti sempre parte, è indirettamente desumibile dall’art.149, comma 4°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 che prevede che il responsabile del procedimento debba convocare le parti per la sottoscrizione dell’accordo bonario qualora l’appaltatore aderisca alla soluzione bonaria prospettata dalla stazione appaltante. Il che sembra confermare che il responsabile del procedimento deve operare nell’interesse dell’opera ed al di sopra delle parti e che l’Amministrazione sia una delle due parti.

appaltante dovrà effettuare all'appaltatore, ma che non possono – a mio avviso e sulla scorta della formulazione letterale della norma in esame – venire in considerazione ai fini dell'attivazione della procedura finalizzata alla definizione di un eventuale accordo bonario⁸.

Peraltro, occorre immediatamente sottolineare che tale conclusione - se è legittimata dal tenore letterale della disposizione di legge – potrebbe apparire smentita dal d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. Infatti, l'art.149 dell'indicato regolamento prevede che *“qualora nel corso dei lavori l'appaltatore abbia iscritto negli atti contabili riserve il cui importo superi i limiti indicati dall'art.31 bis della legge, il Direttore dei lavori ne dà immediata comunicazione al responsabile del procedimento.*

Il responsabile del procedimento, valutata l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore, nel termine dei novanta giorni dalla apposizione dell'ultima delle riserve acquisisce la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, sente l'appaltatore sulle condizioni ed i termini di un'eventuale accordo, e formula alla stazione appaltante una proposta di soluzione bonaria”.

La norma regolamentare prevede quindi che ai fini della valutazione dell'effettivo raggiungimento del limite minimo di valore, il responsabile del procedimento debba effettuare un apprezzamento circa l'ammissibilità e non manifesta infondatezza delle riserve stesse. Tale inciso appare suscettibile quanto meno di una doppia interpretazione, infatti, potrebbe ritenersi:

a) che il responsabile del procedimento debba attivare la procedura solo ove ritenga le riserve ammissibili e non manifestamente infondate;

⁸ In tal senso anche P. PISELLI, *La risoluzione delle controversie con particolare riferimento all'accordo bonario, op. cit.*, 1996, 220.

b) che nell'ambito dell'apprezzamento complessivo che il responsabile del procedimento deve effettuare non possa prescindere dalla valutazione della ammissibilità e fondatezza delle riserve.

Nel primo caso, la valutazione si pone come condizione di ammissibilità della procedura mentre ove si acceda alla seconda interpretazione essa non inerisce alla ammissibilità della procedura, ma investe i profili di merito della valutazione.

La lettera della norma regolamentare pone dunque l'interprete dinanzi ad un problema ermeneutico. Ove si privilegi la lettera della disposizione regolamentare, appare evidente che dovrebbe essere preferita l'interpretazione innanzi indicata *sub a)* atteso che la valutazione dell'ammissibilità e della non manifesta infondatezza delle riserve è espressamente preordinata alla verifica dell'effettivo raggiungimento del limite di valore, tuttavia essa, a mio avviso, finisce con il confliggere con la disposizione di legge che – come s'è innanzi visto – non subordina l'attivazione della procedura ad altra condizione che la formulazione di riserve, anche tardive od infondate, il cui ammontare sia almeno pari al dieci per cento dell'importo netto del contratto. Ed è del pari evidente – sulla scorta dell'ordinario principio di gerarchia delle fonti – che la disposizione regolamentare non può prevedere una disciplina difforme dalla disposizione di legge cui è chiamata a dare attuazione. Pertanto, pur nella consapevolezza che la lettera della disposizione regolamentare deponga in favore della interpretazione indicata *sub a)*, ritengo che debba privilegiarsi quella esposta *sub b)*, anche avuto riguardo alla circostanza che la cognizione della ammissibilità e – soprattutto – della fondatezza delle riserve non potrebbe che essere sommaria – tenuto conto che dalla semplice lettura delle riserve non è sempre agevole definire tali aspetti – e potrebbe rivelarsi fallace, finendo con l'aprire la possibilità che non sia

attivata la procedura prevista dall'art.31 *bis* pur in presenza dei presupposti fissati dalla legge n.109 del 1994⁹.

La *ratio* della disposizione è, infatti, quella di risolvere – o quanto meno tentare di risolvere – le controversie in corso d'opera, evitando che esse possano rappresentare per le stazioni appaltanti delle pesanti sopravvenienze passive e veri e propri debiti occulti fuori bilancio¹⁰ e tale finalità appare meglio soddisfatta attivando la procedura volta alla definizione di un possibile accordo bonario, piuttosto che precludendo che detta procedura sia svolta, sulla scorta di un apprezzamento sommario circa l'ammissibilità e fondatezza delle riserve, profili questi che il responsabile del procedimento è comunque chiamato a dover valutare nel corso dell'esame a lui demandato. In tale prospettiva, la norma appare funzionale alla *ratio* che la consolidata giurisprudenza ritiene caratterizzi le riserve, ossia quella di consentire alla stazione appaltante di avere costante evidenza della complessiva spesa occorrente per l'esecuzione dell'opera pubblica¹¹, ancorché tale esigenza non possa dirsi del tutto soddisfatta. Occorre, infatti, rammentare che non tutte le richieste dell'appaltatore suscettibili di tradursi in un maggior esborso della stazione appaltante devono essere avanzate nella forma della riserva, atteso che non soggiacciono a tale onere le richieste economiche originate da interessi di

⁹ È opportuno rammentare che con il rilievo n. 2/2000 - in *Edilizia e Territorio*, n. 6/2000, pag. 65 - la Corte dei Conti ha osservato che l'art.31 *bis* della legge n. 109 del 1994 non prevede l'attuazione della indicata disposizione mediante regolamento che, pertanto, non si attegga quale regolamento delegato in materia delegificata, né quale regolamento di attuazione, bensì quale regolamento di mera esecuzione. Sulla scorta di tale considerazione, la Corte dei Conti ha ritenuto in un primo momento illegittimo l'art.149 del regolamento nella parte in cui integra la disciplina primaria stabilendo che il responsabile del procedimento possa valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve al fine dell'effettivo raggiungimento del limite di importo, in quanto priverebbe la stazione appaltante della insindacabile facoltà discrezionale di decidere in ordine all'accordo bonario. Secondo A. COSTANTINI, *L'accordo bonario ed il giudizio arbitrale*, in AA.VV., *Il regolamento della legge sui lavori pubblici*, Milano, 2000, 487, nota 8, "il potere discrezionale di valutazione della proposta dell'accordo non viene meno; più semplicemente, alla fase valutativa è anteposto l'esame di ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve, al fine di evitare che il procedimento si attivi inutilmente sulla base di riserve fittizie e palesemente defatigatorie".

¹⁰ Così anche P. PISELLI, *La risoluzione delle controversie con particolare riferimento all'accordo bonario*, *op. cit.*, 220.

¹¹ Cfr. *ex multis* Cass. 6 ottobre 1990, n. 9830, in *Foro It. Rep.*, 1990, voce "Opere pubbliche", n. 326; App. Cagliari, 16 marzo 1988, in *Riv. Giur. Sarda* 1989, 657; Trib. Roma, 19 giugno 1996, in *Temì Romana*, 1996, 659; Coll. Arb. 7 ottobre 1993, in *Arch. Giur. Oo. Pp.* 1995, 438; Coll. Arb. 8 agosto 1991, *ivi*,

ritardato pagamento – per espressa disposizione di cui all’art.4 delle legge 10 dicembre 1981, n. 741¹² e, per gli appalti aggiudicati successivamente alla data di entrata in vigore del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, dall’art.116, comma 4°, del suddetto d.P.R. 554 del 1999¹³ - e quelle relative alla revisione dei prezzi contrattuali¹⁴.

La considerazione appena svolta consente, pertanto, di accedere all’esame della diversa questione costituita dalla necessità di attivare la procedura *ex art.31 bis* della legge n. 109 del 1994 allorché la soglia economica del dieci per cento dell’importo a base d’asta venga raggiunta non già considerando le sole riserve iscritte dall’appaltatore, ma sommando all’ammontare delle

1992, 1270; Coll. Arb. 4 luglio 1991, *ivi* 1992, 963; Coll. Arb. 16 luglio 1990, *ivi* 1991, n. 1760; Coll. Arb. 26 settembre 1987, *ivi*, 1988, 1174; Coll. Arb. 25 maggio 1979, *ivi*, 1979, III, 269.

¹² In giurisprudenza cfr. Cass., sez. I, 30 maggio 1997, n. 4851, in *Foro It. Rep.* 1997, voce << Opere pubbliche >>, n. 478; Coll. Arb. 22 giugno 1992, *ivi*.1994, 123; Coll. Arb. 6 giugno 1990, *ivi*, 1991, 1575; Coll. Arb. 20 ottobre 1984, *ivi*, 1985, 1414.

¹³ In ordine alla data di entrata in vigore del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 costituisce *communis opinio* quella secondo la quale tale termine sarebbe da individuare nel 28 luglio 2000 (cfr., per tutti R. MANGANI, *Guida al periodo transitorio: il Dpr 554 parte in tre tappe*, in *Edilizia e territorio*, n. 26/2000, 6 e ss); tuttavia tale indicazione non appare del tutto aderente alla lettera dell’art.3, comma 4°, seconda parte della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che prevede che “*il regolamento entra in vigore tre mesi dopo la sua pubblicazione in apposito supplemento della Gazzetta Ufficiale, che avviene contestualmente alla ripubblicazione della presente legge, coordinata con le modifiche ad essa apportate fino alla data di pubblicazione del medesimo regolamento, dei decreti previsti dalla presente legge e delle altre disposizioni legislative non abrogate in materia di lavori pubblici*”. Ne deriva, sulla scorta del precetto normativo, che non è sufficiente, ai fini dell’entrata in vigore, la semplice pubblicazione sul supplemento ordinario della Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 28 aprile 2000, ma è necessaria la ripubblicazione del d.P.R. n.554 del 1999 unitamente con tutti i decreti previsti dalle legge quadro, con il testo di quest’ultima come aggiornato ed integrato e di tutte le disposizioni non abrogate per effetto del combinato disposto degli articoli 3, comma 4°, prima parte della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e 231 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. La questione è stata affrontata dalla circolare del Ministero dei lavori pubblici 7 settembre 2000, n. 1329/400/19 nella quale si afferma che “*il tenore letterale della disposizione legislativa non giustifica – ad avviso di questo Ufficio – la tesi di chi correla l’entrata in vigore del regolamento al verificarsi di una ipotetica condizione sospensiva della contestuale ripubblicazione della legge n. 109/94 e dei decreti cosiddetti attuativi: l’onere di ripubblicare in un unico contesto tutta la normativa revisionata dei lavori pubblici nulla aggiunge al presupposto dell’efficacia dell’atto regolamentare, che resta l’avvenuta pubblicazione dell’atto sul supplemento ordinario della Gazzetta Ufficiale ed il decorso del termine di tre mesi; sul piano strettamente letterale l’uso di una proposizione spezza infatti ogni possibile nesso di condizione ostativa all’efficacia del regolamento*”.

¹⁴ In giurisprudenza, tra le tante pronunzie, vedi Cass. 16 giugno 1997, n. 5373, in *Contratti* 1998, 33; Cass., sez. I, 30 maggio 1997, 4851, in *Foro It.Rep.* 1997, voce <<Opere pubbliche>>, n. 478; Trib. Roma, 3 agosto 1996, in *Temi romana*, 1996, 653; Coll. Arb. 6 giugno 1990, *ivi* 1991, 1575; Coll. Arb. 11 dicembre 1989, in *Arch. Giur. Oo.pp.* 1991, 442; Coll. Arb. 11 dicembre 1989, in *Arch. Giur. Oo.pp.* 1991, 154; TAR Lombardia, sez. I, 29 ottobre 1986, n. 868, in *Arch. Giur. Oo. Pp.*, 1987, 319; Coll. Arb. 20 ottobre 1984, in *Foro It.Rep.* 1985, voce <<Opere pubbliche>>, 1414; Coll. Arb. 24 settembre 1985, in *Arch. Giur. Oo.pp.* 1987, 204; Coll. Arb. 16 aprile 1985, in *Arch. Giur. Oo.pp.*; 1986, 206; Coll. Arb. 8 giugno 1982, in *Arch. Giur. Oo.pp.*, 1983, III, 400; Trib. Roma 15 maggio 1982, in *Rass. Giur. ENEL*, 1982, 758.

¹⁴ Cfr. al riguardo Cass., sez. I, 30 maggio 1997, n. 4851, in *Foro It. Rep.* 1997, voce << Opere pubbliche >>, n. 478.

stesse anche le eventuali richieste – per interessi e revisione dei prezzi – che non devono essere necessariamente oggetto di riserva. A mio avviso, ove si verifichi una siffatta eventualità, la stazione appaltante non è tenuta ad attivare la procedura per l'eventuale accordo bonario, avuto riguardo al tenore letterale della disposizione in esame (che espressamente fa riferimento alle riserve iscritte nei documenti contabili) ed alla circostanza che – proprio sulla scorta dell'inequivocabile lettera della norma – è possibile presumere che il legislatore abbia inteso fare riferimento solo alle pretese che siano connesse alla necessità di una documentazione cronologica della fase esecutiva del contratto d'appalto, le sole in relazione alle quali sussista l'onere della riserva¹⁵. Peraltro, si pone anche l'ulteriore e diversa questione relativa alla necessità di attivare la procedura *ex art.31 bis* della legge n. 109 del 1994 ove l'appaltatore – pur non essendo a ciò tenuto – abbia formulato riserve per richiedere interessi di ritardato pagamento e/o importi revisionali e l'ammontare di dette riserve sia indispensabile per il raggiungimento della soglia minima costituito dal dieci per cento dell'importo contrattuale. A mio avviso, in tale ipotesi, il rispetto della *ratio* della disposizione in esame milita per l'attivazione della procedura finalizzata al raggiungimento dell'eventuale accordo bonario, avuto riguardo alla circostanza che la lettera della norma fa riferimento solo ed esclusivamente alla circostanza che l'appaltatore abbia formulato negli atti contabili dell'appalto riserve per un importo non inferiore al dieci per cento dell'ammontare del contratto, prescindendo del tutto non solo dall'ammissibilità e fondatezza delle richieste, ma anche dalla necessità che esse siano avanzate nella forma delle riserve. In tal senso sembra essere orientata anche parte della dottrina formatasi sulla norma in esame, allorché afferma che *“il verificarsi della sostanziale variazione dell'importo dell'opera è, poi, affidato ad una valutazione con discrezionalità tecnica e dovrà avvenire sulla base di un prudente apprezzamento da parte del responsabile del procedimento che, indipendentemente dalla tempestività e fondatezza delle riserve, accerti che l'ammontare*

delle riserve stesse sia superiore al 10% dell'importo contrattuale. Ed ovviamente in tale importo dovranno essere considerati anche gli importi per interessi e rivalutazione monetaria, se richiesti dall'impresa"¹⁶, con la specificazione che tale conclusione – a mio avviso – è predicabile solo ove l'appaltatore abbia avuto l'accortezza di formulare dette richieste mediante riserve.

La procedura *ex art.31 bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 deve essere avviata d'ufficio da parte dell'amministrazione non appena si siano verificati i presupposti della stessa, ossia l'iscrizione negli atti contabili di riserve per un importo non inferiore al dieci per cento dell'ammontare del contratto; in altri termini non occorre al riguardo alcun atto d'impulso da parte del privato¹⁷, anche se – ovviamente – nulla preclude che possa esservi un atto sollecitatorio dell'appaltatore. Naturalmente, non sussiste alcuna ragione che impedisca che nell'ambito di un unico rapporto d'appalto possano esservi più procedure volte a tentare di definire le controversie attraverso un accordo bonario. Può ben capitare, infatti, che negli anni occorrenti per la realizzazione dell'opera pubblica, l'appaltatore formuli a più riprese riserve il cui ammontare sia pari al dieci per cento dell'importo del contratto. A mio avviso, in tali frangenti, ogni qual volta l'ammontare delle riserve formulate sia almeno pari al dieci per cento dell'importo del contratto deve essere attivata la procedura di cui all'*art.31 bis* della legge 109 del 1994, indipendentemente sia dal fatto che la medesima procedura sia stata attivata in precedenza (sia pure in relazione a differenti riserve), sia dagli esiti cui sono pervenute le eventuali procedure finalizzate alla definizione di un accordo bonario in precedenza esperite¹⁸.

¹⁶ Così P. PISELLI, *La risoluzione delle controversie con particolare riferimento all'accordo bonario*, *op. cit.*, 1996, 220; conforme P. DE LISE in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni ter"*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI e G. STANCANELLI, Milano, 1999, 527.

¹⁷ Conformi P. PISELLI, *La risoluzione delle controversie con particolare riferimento all'accordo bonario*, *op.cit.*, 1996, 222; P. DE LISE in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni ter"*, *op. cit.*, 527.

¹⁸ In tal senso P. DE LISE in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni ter"*, *op. cit.*, 528.

Del tutto isolata – ed a mio avviso non condivisibile, in ragione delle finalità della norma innanzi illustrate – è la tesi di chi ha ritenuto che *“atteso, tuttavia, che, a norma dell’art.63 del r.d. 25 maggio 1895, n. 350, la relazione del direttore dei lavori viene redatta contestualmente al conto finale, e che la <<relazione riservata>> - comunemente intesa ed avente a specifico oggetto le pretese dell’appaltatore – è quella del collaudatore, prevista dall’art.100 del citato regolamento (...) si può ritenere (...) sostenibile – se non altro per il dato testuale (<<la relazione riservata>>) che non consente di immaginare nuove e particolari forme di relazione – la tesi contraria che richiede, per l’esperimento dell’accordo bonario, quanto meno, l’avvenuta redazione del conto finale”*¹⁹. Ove si seguisse tale impostazione, l’intero impianto della disposizione verrebbe ad essere sovvertito, poiché si potrebbe esperire il tentativo di pervenire ad un accordo bonario solo dopo la redazione del conto finale, ossia allorché l’opera sia stata ultimata. La tesi dottrina appena riportata – formulata ben prima dell’emanazione del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 – trova oggi smentita nell’art.149, comma 7°, di detto d.P.R. che, confermando quanto innanzi esposto in ordine alla possibilità che nell’esecuzione dell’opera possano esservi più procedure di accordo bonario, espressamente prevede che *“la procedura di accordo bonario ha luogo tutte le volte che le riserve iscritte dall’appaltatore, ulteriori e diverse rispetto a quelle già precedentemente esaminate, raggiungono nuovamente l’importo fissato dalla legge”*, con il che non solo è affermato il principio che nell’arco temporale di esecuzione di un’opera possono esservi più procedure di accordo bonario, ma viene anche chiarito che le riserve che già siano state oggetto di un procedimento finalizzato all’eventuale raggiungimento di un accordo bonario non possono essere nuovamente oggetto di altre procedure finalizzate al medesimo scopo, e ciò sia nel caso che l’accordo sia raggiunto, sia nell’eventualità che ad esso non si pervenga.

¹⁹ Così M. STECCANELLA ed E. ROBALDO, *La legge quadro in materia di lavori pubblici, op. cit.* ,

Inoltre, tenuto conto della finalità della procedura volta alla definizione bonaria delle richieste oggetto delle riserve, è evidente che essa può essere esperita in ogni tempo, anche dopo l'ultimazione dei lavori e successivamente all'eventuale collaudo, anche ove sia già insorto tra le parti un contenzioso. La circolare del Ministero dei Lavori Pubblici 3576/U.L. del 30 novembre 1995 ritiene possibile l'attivazione della procedura finalizzata all'eventuale raggiungimento di un accordo bonario allorché – a prescindere dall'ultimazione dei lavori – non possa dirsi esaurito il procedimento di esecuzione dei lavori, individuando come momento terminale di esso l'approvazione del certificato di collaudo. Inoltre, sempre la medesima circolare ritiene che non possa farsi luogo al tentativo di pervenire ad un accordo bonario ove sia già sorto un contenzioso tra le parti, il che mi pare confligga insormontabilmente con le finalità della norma. In tale prospettiva non mi pare condivisibile la tesi di chi ha affermato che *“la ratio e lo spirito della disposizione in esame sembrerebbero nel senso che il procedimento per tentare di pervenire all'accordo bonario può avviarsi qualora i lavori siano in corso e non siano ancora collaudati. Cioè a dire il legislatore non si è preoccupato di specificare se detto procedimento sia sempre esperibile, ovvero siano individuabili momenti in cui tale ipotesi non sia più configurabile. Peraltro allorquando i lavori siano ultimati e i collaudatori abbiano determinato la rata di saldo e quindi abbiano esaminato e deciso le riserve, non v'è più materia per l'accordo bonario di cui all'art.31 bis della legge, atteso che l'Amministrazione avrà definitivamente determinato l'importo di spettanza dell'appaltatore e quindi non avrà più ragione l'intervento del responsabile del procedimento”*²⁰. Di contro, anche in tale ipotesi, proprio l'attività di acquisizione di dati e di valutazione del responsabile del procedimento può porsi, sia pure in linea teorica, alla base di un possibile diverso apprezzamento delle riserve da

²⁰ Così M. SANINO, *La nuova disciplina del contenzioso tra l'amministrazione committente e l'appaltatore in materia di opere pubbliche*, in *La disciplina del contenzioso nel contratto di appalto di opere pubbliche*, a cura di M. Sanino, Roma, 1997, 29.

parte della stazione appaltante e pertanto – in questa prospettiva – non viene meno la funzione della procedura.

4. La dottrina si è anche interrogata in ordine alla natura e consistenza della situazione pretensiva del privato, ponendosi l'interrogativo se essa debba essere considerata quale diritto soggettivo o interesse legittimo, pervenendo alla conclusione che *“si verta in tema di interesse legittimo all'osservanza, da parte dell'amministrazione, delle norme procedurali che regolano la definizione bonaria, di talché in caso di inerzia dell'amministrazione o di rifiuto di avviare il procedimento, l'appaltatore potrà adire il giudice amministrativo”*²¹.

In vero tale conclusioni desta non poche perplessità, sia sul piano teorico che su quello pratico.

È, infatti, noto che, tradizionalmente, si ritiene che nell'appalto di opere pubbliche la fase regolata dal diritto amministrativo si esaurisca con il provvedimento di scelta del contraente da parte dell'Amministrazione appaltante, mentre tutto ciò che avviene successivamente a tale momento è regolato dal diritto privato, sia pure con tratti di specialità. Inoltre, la posizione dell'appaltatore – a fronte dell'obbligo della stazione appaltante di attivare la procedura *ex art.31 bis* della legge 109 del 1994 – sembra avere la consistenza di un vero e proprio diritto soggettivo nascente direttamente dalla legge, e non già quella di un interesse tutelato solo in via strumentale, in funzione di una tutela dell'interesse pubblico²².

Sul piano pratico, non si vede di quale utilità possa essere per l'appaltatore l'attivazione di un eventuale procedimento giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo, avuto riguardo

²¹ Così R. DE NICTOLIS, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. Caringella, Milano 1999, 972; condivide tale assunto A. ANGELETTI, in AA.VV., *La riforma degli appalti*, a cura di A. ANGELETTI, t. II, Torino, 2000, 637, il quale ritiene che al privato sia consentito agire dinanzi al Giudice amministrativo contro l'inerzia dell'Amministrazione.

²² Parla di *“diritto alla attivazione del procedimento”*, P. PISELLI, *La risoluzione delle controversie con particolare riferimento all'accordo bonario*, *op. cit.*, 221.

alla circostanza che l'inutile decorso del termine entro il quale dovrebbe chiudersi il procedimento *ex art.31 bis* della legge 109 del 1994 consente all'appaltatore di attivare il procedimento contrattualmente previsto per la definizione delle controversie, mentre l'eventuale procedimento giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo potrebbe essere finalizzato non già alla definizione delle controversie ma solo ad ottenere l'attivazione del procedimento volto al raggiungimento dell'eventuale accordo bonario²³.

5. La norma in esame fissa dei termini ben precisi per l'apertura e la chiusura del procedimento volto al raggiungimento dell'eventuale accordo bonario, disponendo che il responsabile del procedimento debba immediatamente acquisire la relazione riservata del direttore dei lavori – ed ove costituito – dell'organo di collaudo ed entro novanta giorni dall'apposizione dell'ultima delle riserve, debba formulare una proposta di accordo bonario sulla quale l'Amministrazione deve pronunciarsi con provvedimento motivato. Ne consegue che tra l'apposizione dell'ultima delle riserve e l'assunzione del provvedimento motivato da parte dell'Amministrazione sulla proposta del responsabile del procedimento non dovrebbe intercorrere un arco temporale superiore a cento cinquanta giorni. La fissazione di detto termine – e più specificamente – la determinazione di un periodo di sessanta giorni perché l'Amministrazione si pronunci sulla proposta del responsabile del procedimento, ha sollevato delle perplessità in sede dottrina in quanto si è ritenuto che detto termine di sessanta giorni *“non sembra tener conto dell'articolazione delle procedure cui sono soggette le pubbliche*

²³ Condivide tale conclusione A. COSTANTINI, *L'accordo bonario ed il giudizio arbitrale*, in AA.VV., *Il regolamento della legge sui lavori pubblici*, Milano, 2000, 492, che afferma che *“l'appaltatore che si veda inopinatamente negata una transazione rispetto alla quale aveva già manifestato la propria disponibilità trova nel riconoscimento del diritto immediato di azione innanzi al giudice ordinario o arbitrale, per le medesime pretese fatte oggetto di riserva, tutela ben più incisiva di quella eventualmente apprestata dalla eventuale legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo per denunciare il vizio di omessa o insufficiente motivazione della delibera formulata in esito alla proposta del responsabile. Infatti, grazie al valore non confessorio delle dichiarazioni fatte in vista della transazione poi sfumata (art.149, comma 6), egli recupera diritto di azione per l'intero importo delle riserve iscritte e non solo per quella parte cui non avrebbe rinunciato se l'accordo fosse stato concluso”*.

*amministrazioni. Difatti, assumendo l'accordo carattere transattivo, la relativa risoluzione sarà soggetta ai controlli di legge, oltre che subordinata all'acquisizione di pareri obbligatori che ovviamente andranno esperiti in via preventiva per non lasciarla scoperta nell'eventualità di accettazione dell'accordo da parte dell'affidatario*²⁴. Tale aspetto ha trovato una sua espressa considerazione nel regolamento di attuazione della legge quadro, il cui art.149, comma 3°, ultima parte dispone che nello stesso termine di sessanta giorni *“la stazione appaltante acquisisce gli eventuali ulteriori pareri ritenuti necessari”*.

I termini appena indicati sono stati ritenuti dall'unanime dottrina meri termini ordinatori e non perentori²⁵.

Peraltro, l'effettivo rispetto di tali termini viene – di fatto – nel d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, rimesso alla diligenza del Direttore dei lavori, atteso che l'art.149, 1° comma, di detto schema dispone che *“qualora nel corso dei lavori l'appaltatore abbia iscritto negli atti contabili riserve il cui importo superi i limiti indicati dall'art.31 bis della legge, il Direttore dei lavori ne dà immediata comunicazione al responsabile del procedimento”*, per cui è evidente che il “volano” dell'intera procedura è costituito dal Direttore dei lavori. Tale precisazione contenuta nel regolamento appare assai opportuna ma comporta un'operazione di ortopedia interpretativa, ove si consideri – come innanzi illustrato – che solo le stazioni appaltanti rientranti nell'ambito dell'elencazione di cui all'art.2, comma 2°, lett. a) sono tenute, ai sensi dell'art.7, comma 1°, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 come modificata ed integrata per effetto della legge 18 novembre 1998, n. 415, alla nomina di un responsabile unico del procedimento che curi l'attuazione del programma triennale dei lavori pubblici per le fasi della

²⁴ Così B. G. CARBONE, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, op. cit., 936.

²⁵ In tal senso R. DE NICTOLIS, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, op. cit., 972; M. SANINO, *La nuova disciplina del contenzioso tra l'amministrazione committente e l'appaltatore in materia di opere pubbliche*, op. cit., 34; P. DE LISE in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla “Merloni ter”*, op. cit., 527, il quale parla di termini sollecitatori; sembra privilegiare la tesi che ritiene ordinatori i termini di cui all'art.31 bis della legge quadro, A. ANGELETTI, in AA.VV. *La riforma dei lavori pubblici*, op. cit., 636.

progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione, mentre le stazioni appaltanti indicate nel comma 2°, lett. b) del medesimo art.2 dell'indicata legge, devono comunque garantire che siano effettivamente svolti i compiti propri del responsabile del procedimento previsti dalle norme applicabili a tali amministrazione aggiudicatrici. In altri termini, mentre per le stazioni appaltanti indicate nell'art.2, comma 2°, lett. a) della legge 109 del 1994 il responsabile del procedimento preesiste all'apertura della procedura *ex art.31 bis* della legge 109 del 1994, per i soggetti di cui all'art.2, comma 2°, lett. b) detta figura potrebbe non sussistere sino al momento in cui non siano sorti i presupposti per l'attivazione della procedura medesima²⁶. E mentre –

²⁶ Occorre, tuttavia, ribadire al riguardo quanto già evidenziato – sia pure ad altri fini – nella precedente nota 3. È cioè necessario rammentare che per tutte le opere pubbliche il cui progetto esecutivo sia stato approvato successivamente al 18 aprile 2000, per effetto di quanto previsto dall'art.2, comma 1, lett. c) del decreto legislativo 14 agosto 1994, n. 494, come modificato ed integrato per effetto del decreto legislativo 19 novembre 1999, n. 528, il responsabile dei lavori coincide con il responsabile unico del procedimento. È evidente che la figura del responsabile dei lavori è meramente eventuale, tuttavia ove il committente ne effettui la nomina, il responsabile dei lavori si identifica con il responsabile unico del procedimento. Ciò è indiscutibilmente vero per tutte le amministrazioni aggiudicatrici elencate nell'art.2, comma 2°, lett. a) della legge quadro per le quali il responsabile unico del procedimento costituisce figura obbligatoria; occorre valutare se – tenuto conto che le amministrazioni aggiudicatrici di cui alle lettere b) e c) dell'art.2, comma 2°, della legge n. 109 del 1994 non sono tenute a nominare un responsabile unico del procedimento, ma semplicemente a garantire che siano svolte le funzioni proprie di esso, previste dalle norme della legge quadro che le riguardano – anche per le amministrazioni diverse da quelle di cui alla lettera a) dell'art.2, comma 2°, della legge quadro valga l'identificazione tra responsabile dei lavori – ove nominato – e soggetto incaricato di svolgere i compiti del responsabile del procedimento previsti dalle norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109 che trovano applicazione nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici di cui alle lettere b) e c) dell'art.2, comma 2°, della legge quadro. A tale interrogativo non può che darsi risposta positiva. Infatti, da un esame delle disposizioni emerge chiaramente che il legislatore – sia primario che secondario – ha inteso realizzare una piena identificazione tra il responsabile dei lavori ed il responsabile unico del procedimento. Quest'ultimo è il perno dell'intera disciplina contenuta nella legge quadro ed è proprio per tale ragione che l'art.8, comma 2°, del d.P.R. n. 554 del 1999 gli attribuisce anche i compiti e le funzioni del responsabile dei lavori ove il soggetto che, nella struttura organizzativa della amministrazione aggiudicatrice sarebbe deputato a rappresentare il committente, non intenda adempiere direttamente agli obblighi dalle stesse norme previsti. Ne deriva che ove il responsabile dei lavori sia nominato, in caso di opere pubbliche, egli coincide con il responsabile unico del procedimento, mentre ove preesista il responsabile unico del procedimento, questi assume anche i compiti di responsabile dei lavori ove il soggetto che, nella struttura organizzativa della amministrazione aggiudicatrice sarebbe deputato a rappresentare il committente, non intenda adempiere direttamente agli obblighi previsti dalle norme sulla sicurezza. Ne consegue che tanto che si parta dal responsabile dei lavori, quanto che si prendano le mosse dal responsabile unico del procedimento, il risultato cui si perviene è sempre il medesimo: ove il committente nomini un responsabile dei lavori ovvero ove il soggetto che, nella struttura organizzativa della amministrazione aggiudicatrice sarebbe deputato a rappresentare il committente, non intenda adempiere direttamente agli obblighi previsti dalle norme in materia di sicurezza, si ha una coincidenza piena tra il responsabile dei lavori ed il responsabile unico del procedimento. Ovviamente, nel caso delle amministrazioni aggiudicatrici di cui alle lettere b) e c) del comma 2° dell'art.2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 – cui non si applica l'art.7 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 – la coincidenza si avrà tra il responsabile dei lavori – nei casi innanzi indicati – ed il soggetto chiamato a svolgere i compiti di responsabile unico del procedimento previsti dalle norme della legge quadro che trovano applicazione a tali amministrazioni. Ove si dovesse

normalmente - è la stazione appaltante che sceglie i tempi e le modalità di attivazione di un procedimento (ad es. in una procedura di gara è l'amministrazione aggiudicatrice che approva il progetto, il bando, l'eventuale lettera di invito, lo schema di contratto ecc.) e quindi ha la possibilità di effettuare la nomina del responsabile del procedimento contestualmente all'attivazione del procedimento, nel caso in esame la stazione appaltante non ha il controllo dei tempi relativi al verificarsi dei presupposti per l'attivazione della procedura volta alla definizione di un eventuale accordo bonario, per cui il responsabile del procedimento – ove non preesista, come nel caso dei soggetti indicati nell'art.2, comma 2°, lett. a) della legge 109 del 1994, ed ove già non sia stato nominato per lo svolgimento di altri compiti previsti dalle disposizioni della legge quadro che trovano applicazione nei confronti dei soggetti di cui alle lettere b) e c) dell'art.2, comma 2°, della legge n. 109 del 1994 – deve essere nominato solo successivamente al verificarsi dei suddetti presupposti per l'apertura del procedimento stesso.

Tale considerazione impone quella operazione di ortopedia interpretativa – cui prima s'è fatto fuggacemente cenno – relativa al comma 1° dell'art.149 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 che prevede che al verificarsi dei presupposti di cui all'art.31 *bis* della legge 109 del 1994 il Direttore dei lavori debba dare immediata comunicazione dell'indicata circostanza al responsabile del procedimento, ossia ad un soggetto che mentre esiste certamente per le stazioni appaltanti di cui all'art.2, comma 2°, lett. a), potrebbe non esistere ancora per quelle di cui al comma 2°, lett. b) e c). Ne deriva che al fine di recuperare la razionalità e un'efficacia della disposizione, ritengo che essa debba essere interpretata come comunicazione del Direttore dei lavori alla stazione appaltante che dovrà provvedere alla nomina del responsabile del procedimento.

sostenere una diversa tesi, si verrebbe a rompere quella unione personale di cariche che il legislatore ha inteso realizzare attraverso l'art.2, comma 1°, lett. c) del decreto legislativo 19 novembre 1999, n. 528 e mediante l'art.8, comma 2°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, rapportato all'art.7, comma 6° del medesimo d.P.R..

6. Prima di illustrare gli ulteriori aspetti dell'accordo bonario, è opportuno chiarire che ancorché il legislatore – sia primario che secondario – abbia usato espressioni quali “procedimento” e “responsabile del procedimento” ed abbia espressamente previsto che quest'ultimo sia nominato ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, non siamo dinanzi ad un procedimento amministrativo.

La dottrina che ha esaminato le disposizioni di cui all'art.31 *bis* della legge 109 del 1994 non ha mancato di osservare che “*si tratta (...) di una risoluzione in via amministrativa delle riserve, che ha di nuovo, rispetto a quella prevista dal regolamento 350/1895, soltanto la proceduralizzazione, la conclusione con atto bilaterale e non con una determinazione unilaterale e la previsione di termini*” osservando poi che “*l'accordo bonario è un contratto avente natura privata, in quanto si innesta sul rapporto contrattuale derivante dal contratto di appalto o dalla concessione (ad esso equiparata) e causa transattiva, in quanto comporta reciproche concessioni e mira ad evitare una controversia, è pertanto del tutto impropria l'espressione <<provvedimento motivato>> adoperata dalla legge con riguardo alla determinazione dell'amministrazione in ordine alla proposta del responsabile del procedimento, in quanto trattasi di una determinazione che l'amministrazione adotta iure privatorum, in posizione di parità con il contraente*”²⁷. E tale conclusione risulta ulteriormente confortata dalla considerazione che nella procedura finalizzata alla possibile definizione di un accordo bonario la stazione appaltante non esercita alcun potere autoritativo, ma opera su un piano di assoluta parità con la propria controparte. D'altra parte l'aver proceduralizzato, mediante la definizione di termini e di funzioni, l'attività volta alla eventuale definizione di un

²⁷ Così P. DE LISE in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla “Merloni ter”*, op. cit., 528-9; in tal senso R. DE NICTOLIS, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, op. cit., 972 la quale ritiene che l'accordo finale abbia “*natura di contratto privatistico, che si sottrae al sindacato di legittimità*”; conforme anche F. S. MUSSARI, *Il contenzioso. L'accordo bonario e l'arbitrato. Profili problematici della sentenza della Consulta*, in *La nuova disciplina del contenzioso tra l'amministrazione committente e l'appaltatore in materia di opere pubbliche*, cit., 68.

accordo non significa certo aver attribuito a tale procedura la natura di procedimento amministrativo, attesa la neutralità delle forme attraverso la quale l'attività viene ad esplicarsi.

E già la circostanza che si sia al cospetto di un'attività di diritto privato svolta dall'Amministrazione appaltante induce ad escludere che la proposta del responsabile del procedimento – ovvero di chi ne svolge i compiti, ove si tratti di amministrazione aggiudicatrice di cui all'art.2, comma 2°, lett.b), della legge quadro – nonché le relazioni del Direttore dei lavori e – ove esistente – dell'organo di collaudo, possano essere oggetto di accesso da parte dell'appaltatore²⁸. È appena il caso di rammentare che anche ove le relazioni del direttore dei

²⁸ La frase adottata nel testo nasconde l'adesione ad una tesi ed ad un orientamento giurisprudenziale, oggi minoritario. È infatti noto che la giurisprudenza ha assunto posizioni assai articolate in relazione all'accesso da parte dell'appaltatore alle relazioni riservate del Direttore dei lavori e dell'organo di collaudo. La diversità delle soluzioni è dipesa dalla differenti opzioni accolte dai Giudici amministrativi in relazione all'accesso, ammettendolo – alcuni – solo con riferimento all'attività di diritto pubblico svolta dall'Amministrazione, altri – invece – anche con riferimento all'attività di diritto privato.

Come è noto il diritto d'accesso agli atti amministrativi è regolato dagli artt.22 e ss. della legge 7 agosto 1990 n. 241. Dalle norme appena richiamate si ricava che il diritto d'accesso è riconosciuto e tutelato dalla legge in presenza dei seguenti presupposti:

- 1) il primo – soggettivo - che l'Ente nei cui confronti il diritto d'accesso viene esercitato sia – secondo quanto recita l'art.23 della legge n. 241 del 1990 – un'Amministrazione statale - ivi incluse le aziende autonome -, un Ente pubblico ovvero un concessionario di pubblici servizi;
- 2) il secondo – oggettivo - che gli atti e/o documenti “amministrativi” oggetto dell'istanza d'accesso siano “formati” o “utilizzati” da uno degli Enti innanzi richiamati nell'esercizio di un'“attività amministrativa” dallo stesso posta in essere;
- 3) il terzo – che potremmo definire “teleologico” - che il soggetto che esercita il diritto d'accesso vi abbia interesse, al fine di tutelare una “situazione giuridicamente rilevante”.

Va al riguardo subito evidenziato che manca univocità di vedute, in dottrina e giurisprudenza, in ordine al significato, alla portata ed all'accezione in cui intendere i presupposti innanzi individuati.

Si può peraltro affermare che ad un orientamento, emerso nella immediatezza della entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, il quale portava, di fatto, a restringere l'ambito applicativo della disciplina, si contrappone e va oggi decisamente affermandosi un orientamento favorevole ad un riconoscimento sempre più esteso e penetrante del diritto d'accesso. E va da sé che la maggiore o minore estensione dell'ambito applicativo del diritto d'accesso dipende, in pratica, dalla accezione – diversa a seconda delle opzioni interpretative adottate – che si accolga con riferimento ai diversi presupposti – oggettivo, soggettivo, “teleologico” - di applicabilità della relativa disciplina.

Un problema interpretativo da subito postosi è quello della assoggettibilità alla disciplina dell'accesso degli atti posti in essere da talune figure soggettive non riconducibili all'interno della espressa elencazione contenuta nell'art.23 della legge n. 241 del 1990, in quanto caratterizzate da una struttura formalmente privatistica e normalmente operanti *iure privatorum*, e però investite di compiti prettamente pubblicitici: si pensi, al riguardo, alle Società per azioni emerse in seguito al processo di privatizzazione; alle “società miste” costituite per l'esercizio di pubblici servizi a livello locale ai sensi dell'art.22, comma 3°, lett. e), legge 8 giugno 1990, n. 142, come sostituito dall'art.17, comma 58, legge 15 maggio 1997, n. 127, e dell'art.12, legge 23 dicembre 1992, n. 498, nonché alle figure – di più recente emersione, e di matrice comunitaria - dell'“organismo di diritto pubblico” e dell'“impresa pubblica” (sul tema v., in generale, F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999, 154 e ss.).

Di particolare importanza è, ai fini che qui rilevano, il problema - postosi più in generale, ma le cui implicazioni si riflettono inevitabilmente sulla questioni dei limiti soggettivi del diritto d'accesso - della natura e delle funzioni dei soggetti privati che operano in virtù di provvedimenti concessori.

Al riguardo, peraltro, si può subito affermare, allo stato attuale della evoluzione giurisprudenziale, che anche i soggetti agenti in regime di concessione, sebbene non rientranti tra i concessionari di pubblici servizi, e quindi non contemplati direttamente dall'art.23 della legge n. 241 del 1990, possono in principio considerarsi soggetti passivi del diritto d'accesso. Per effetto, infatti, del provvedimento concessorio, il concessionario privato viene investito di pubbliche funzioni e poteri propri dell'Ente concedente. Esso deve quindi considerarsi "organo indiretto" della pubblica Amministrazione, o comunque esercente un'attività "oggettivamente pubblicistica", con la conseguenza che i relativi atti soggiacciono, sotto ogni profilo, al relativo regime, in quanto in tutto e per tutto riconducibili alla PA concedente: la funzione, infatti, non cessa di essere pubblica per il solo fatto di essere materialmente esercitata da un soggetto privato (cfr. le ormai famose sentenze della Suprema Corte Cass. SS.UU., 29 dicembre 1990 n. 12221, in questa *Rivista*, 1992, 779, con osservazioni di G. FISCHIONE; Cass. SS.UU., 31 dicembre 1991 n. 12966, in *Foro It.*, 1993, I, 3367, riportate, peraltro, in numerosissime riviste con vari commenti).

La questione che si è posta in tali casi, come già innanzi evidenziato, è quella dei limiti oggettivi del diritto d'accesso. Da un lato, infatti, vi è chi afferma che gli atti ostensibili da parte del concessionario privato sarebbero unicamente quelli posti in essere nell'esercizio di attività propriamente amministrative, in dipendenza delle funzioni e dei poteri assentiti con il provvedimento concessorio; dall'altro, invece, vi è chi, evidenziando che tale limitazione non trova riscontro in alcuna espressa disposizione normativa, propende per la riconoscibilità e tutelabilità del diritto d'accesso anche quando questo abbia ad oggetto atti propriamente privatistici posti in essere dal concessionario (sul tema v. F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, op. cit., 136 e ss.).

Strettamente connessa con la questione, appena richiamata, dei limiti soggettivi del diritto d'accesso è, in effetti, un'altra questione interpretativa, emersa più in generale con riferimento al presupposto oggettivo, ovvero quella dell'estensibilità della disciplina sul diritto d'accesso agli atti di diritto privato, vale a dire agli atti posti in essere o utilizzati dagli Enti contemplati dall'art.23 della legge n. 241 del 1990 (e dagli eventuali ulteriori Enti che si ritenga di dover assoggettare alla relativa disciplina) nell'esercizio di un'attività dagli stessi svolta *iure privatorum*.

Al riguardo è opportuno ricordare che un primo orientamento - più risalente - tendeva a circoscrivere l'ambito oggettivo del diritto d'accesso ai soli atti e documenti inerenti attività strettamente riconducibili all'esercizio di funzioni e/o strumenti propriamente pubblicistici, espressione, cioè, di poteri autoritativi dell'Ente. Se infatti - si diceva - "la legge 7 agosto 1990 n. 241 mira ad ottenere la correttezza, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, questo obiettivo appare perseguibile nei confronti della pubblica amministrazione che si presenti come autorità. Laddove e nei limiti in cui l'ente agisca con il diritto dei privati, senza godere di potestà particolari o di situazioni di supremazia, non è giustificabile alcuna intrusione attraverso il mezzo dell'accesso" (Cons. Stato, IV, 5 Giugno 1995, n. 412, in *Rass.giur. ENEL*, 1996, 508. In questo stesso senso si vedano anche, *ex multis*: Cons. Stato, V, 17 dicembre 1996 n. 1559, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1941; *Id.* VI, 11 dicembre 1996, n. 1734, *ivi*, I, 1996; Tar Toscana, I, 26 marzo.1998 n. 103, in *T.A.R.*, 1998, I, 1927; TAR Emilia Romagna - Bologna, I, 18 dicembre 1996, n. 515, *ivi*, I, 587; TAR Lazio, III; 16 dicembre 1992, in *Foro It., Rep.*, 1993, voce *Atto amm.vo*, n. 233; *Id.*, III, 15 aprile 1993, n. 521, in *T.A.R.*, 1993, I, 1674. Si veda anche Cons. Stato, IV, 3 agosto 1995, n. 589, in *Giur. It.*, 1996, III, 147, nonché, per l'applicazione dello stesso principio, Cons. Stato, VI, 5 ottobre 1995, n. 1083 in *Cons. Stato*, 1995, 1415; *Id.*, VI, 29 gennaio 1996, n. 90, *ivi*, 1996, 37).

In particolare - e per quanto più specificamente in questa sede rileva - il diritto d'accesso è stato escluso con riferimento agli atti relativi al collaudo di un'opera pubblica, sulla base dell'affermazione per cui il collaudo rappresenta espressione non di funzioni amministrative e poteri autoritativi della P.A., ma di un'attività di natura privatistica, rientrante nell'ambito del contratto d'appalto, dove la supremazia riconosciuta alla Pubblica Amministrazione deriva non dalla posizione di pubblica autorità da essa rivestita, ma dal suo ruolo di committente dell'opera, allo stesso modo di quanto accade per il committente privato, in dipendenza della disciplina negoziale e legale del contratto d'appalto (Cons. Stato, V, 17 dicembre 1996 n. 1559, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 426 e ss.).

Val la pena di evidenziare che la giurisprudenza ha in tale occasione sottolineato che l'art.22, secondo comma, legge n.241 del 1990, ove interpretato letteralmente ed in modo avulso dal contesto normativo di riferimento, sia suscettibile di far ritenere ricompresi nell'ambito oggettivo di operatività del diritto d'accesso anche gli atti di diritto privato della P.A., mentre tale ambito deve essere limitato agli atti che siano in qualche

modo espressione di potestà amministrativa, alla luce di una interpretazione sistematica della norma - senz'altro da preferire secondo questa giurisprudenza - combinata con il primo comma dello stesso art.22, il quale individua la *ratio* del diritto d'accesso nella esigenza di attuare le finalità della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa: esigenza, questa, che si pone – appunto - solo quando la P.A. pone in essere una attività “*finalizzata all’emanazione di provvedimenti amministrativi di natura autoritativa*”, e non anche quando *iure privatorum utitur* (sul punto v., di nuovo, F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L’accesso ai documenti amministrativi*, cit., 121-122).

Sulla base dello stesso principio - ma concludendo, poi, per il riconoscimento del diritto d'accesso - si è posta la giurisprudenza in un caso in cui l'istanza aveva ad oggetto la relazione riservata del D.L. sulle riserve formulate dall'appaltatore in corso d'opera, resa nell'ambito della procedura *ex art.31-bis*, l. 109/1994 e successive modifiche ed integrazioni (Cons. Stato, VI, 11 dicembre 1996, n. 1744, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 424 e ss.; in termini TAR Abruzzo, Pescara, 19 ottobre 1995, n. 456, in *T.A.R.*, 1995, I, 4927). Se, infatti, il Consiglio di Stato ha concluso per l'assoggettabilità dei relativi atti e documenti alla disciplina del diritto d'accesso, ciò è perché la procedura di esame e di risoluzione delle riserve è stata qualificata come manifestazione di attività decisoria della pubblica amministrazione e quindi come attività *lato sensu* autoritativa, svincolata dalle regole del diritto privato. “*Tale attività decisoria – si è detto - non è assimilabile all’esame delle pretese avversarie, che un soggetto privato può svolgere informalmente e nel proprio esclusivo interesse, in vista di un componimento o di una transazione con la controparte. Di conseguenza gli atti del procedimento [ex art. 31 bis], ivi compresa la relazione del direttore dei lavori, anche se relativi ad un rapporto sostanziale di diritto privato, sono sottoposti alla disciplina della l. n. 241 del 1990 (A.V. SINISI, Sulla riservatezza della relazione del direttore dei lavori ex art. 31-bis della l. n. 109 del 1994 e successive modifiche ed integrazioni, in Giust. civ., 1999, II, 423 e ss.)*”.

Successivamente, la giurisprudenza ha sancito il medesimo principio – della ostensibilità dell'atto – anche con riferimento alla relazione riservata della Commissione di Collaudo (Cons. Stato, IV, 27 aprile 1999, n. 743, in *Cons. Stato*, 1999, I, 620; ma su una recente pronuncia di segno opposto, sulla base peraltro di altro percorso motivazionale, v. *infra*).

L'orientamento in questione è stato però - più di recente - completamente rivisitato dal Consiglio di Stato (IV sez.), il quale, con la sentenza 4 febbraio 1997 n. 82 (in *Giur. It.*, 1997, III, 1, 1498), ha affermato che devono ritenersi documenti amministrativi, in quanto tali oggetto del diritto d'accesso *ex* legge n. 241 del 1990, anche gli atti che siano espressione di attività di diritto privato.

Il percorso esegetico del Consiglio di Stato muove – diversamente da quello seguito dagli stessi Giudici nella precedente sentenza del 17 dicembre 1996 n. 1559, sopra richiamata – da una interpretazione rigorosamente testuale dell'art.22, 2° comma, legge n.241 del 1990, il quale - si dice – ben può ricomprendere al suo interno atti che non siano formati dalla P.A., ma da questa solo utilizzati, sebbene provenienti e formati da soggetti privati. A ciò si aggiunge che il successivo art.23, legge n.241 del 1990 include tra i soggetti passivi del diritto d'accesso anche i concessionari di pubblici servizi, aventi di regola natura privatistica ed operanti secondo i moduli tipici del diritto privato.

Ne discende, secondo il Consiglio di Stato, sez. IV, nella sentenza n. 82/1997 qui richiamata, che sarebbe “*illogico discriminare l’attuazione della trasparenza e, quindi, del presupposto dell’imparzialità amministrativa sulla base del criterio formale del regime giuridico, amministrativo o privatistico, dell’attività delle amministrazioni pubbliche*”, anche in considerazione del fatto che nell'attività amministrativa cui gli artt.22 e 23, legge n.241 del 1990 correlano il diritto d'accesso va ricompresa non solo l'attività di diritto amministrativo *stricto sensu* intesa, ma anche quella di diritto privato, “*che costituisce cura concreta di interessi della collettività, non meno della prima*”.

Per completezza, va anche segnalato un orientamento mediano, alla stregua del quale il diritto d'accesso, se in principio può avere ad oggetto anche atti posti in essere nell'esercizio di un'attività privatistica dell'Ente, va però escluso “*nei casi di attività esclusivamente privatistica e del tutto disancorata dall’interesse pubblico di settore istituzionalmente rimesso alle cure dell’apparato amministrativo; tale è l’attività che si trasfonde in atti contrattuali di natura civilistica, in ordine ai quali l’Amministrazione è carente di qualsiasi discrezionalità amministrativa e che non possono fungere da necessarie articolazioni di un procedimento amministrativo (con le finalità pubblicistiche previste dalle relative norme)*” (nel caso di specie è stato negato il diritto d'accesso nei confronti dell'AGIP, attenendo i documenti richiesti alla gara per l'affidamento di un servizio di fornitura ed impianto di *stands* fieristici, in quanto tale del tutto avulsa dall'attività istituzionale dell'ente: Cons. Stato, VI, 2 marzo 1999 n. 246, in *Cons. Stato*, 1999, I, 437).

Tale ultimo indirizzo non ha avuto, peraltro, particolare fortuna.

Per contro, l'indirizzo sopra richiamato – che riconosce la massima tutela al diritto d'accesso con riguardo agli atti di diritto privato formati e/o utilizzati dall'Amministrazione (e dagli altri Enti comunque soggetti alla disciplina ex artt.22 e ss., legge n.241 del 1990) - è stato accolto con favore dalla dottrina, la quale non ha mancato di evidenziare l'opportunità di *“evitare che il regime privatistico, la cui ragionata diffusione non è da deprecare, diventi un mezzo per eludere i principi fondamentali e costituzionali sull'attività delle pubbliche amministrazioni”* (E. CANNADA BARTOLI, *Accesso ad atti di pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.*, 1997, III, *loc. ult. cit.* In dottrina si veda anche R. GAROFOLI, *Diritto di accesso, attività di diritto privato e privatizzazioni di enti pubblici economici*, *ivi*, 543 e ss.; V. MONTARULI, *Accesso ai documenti amministrativi e attività privatistica della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 423 e ss.), ed ha trovato ulteriori numerose applicazioni in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, IV, 17 giugno 1997 n. 649, in *Foro Amm.* 1998, fasc. 11-12).

Tra queste ultime merita senz'altro di essere segnalata la pronuncia del TAR Puglia, I, 16 luglio 1997 n. 512 (in *T.A.R.*, 1997, I, 768), che ha dichiarato illegittimo il diniego opposto dalle Ferrovie dello Stato S.p.A. all'istanza di accesso agli atti della procedura di un concorso interno per il passaggio a qualifica superiore, muovendo dal carattere meramente formale della privatizzazione che ha interessato l'Ente Ferrovie.

Stante la rilevanza della questione ed atteso il contrasto interpretativo apertosi sul punto ed innanzi evidenziato, la decisione sul ricorso in appello della sentenza del TAR Puglia è stata deferita all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. ordinanza Cons. Stato, VI, 29 settembre 1998, n. 1320, in *Foro Amm.*, 1998, 2415), la quale si è pronunciata (Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 1999, n. 4, in *Cons. Stato*, 1999, I, 557), confermando ed avvalorando definitivamente, insieme alla decisione dei giudici di prime cure, la linea giurisprudenziale da ultimo richiamata.

A supporto della propria decisione, l'Adunanza Plenaria pone, in particolare, l'osservazione che *“le esigenze del buon andamento e della imparzialità <<dell'amministrazione>> (come disciplinate dall'art.97 della Costituzione) riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato. Ogni attività dell'Amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale. L'attività amministrativa, quindi, è configurabile non solo quando l'Amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegua le proprie finalità istituzionali mediante un'attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra soggetti privati (anche quando gestisce un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale)”*.

L'Adunanza Plenaria non manca, poi, di osservare che tale regola *“è coerente con le più recenti tendenze volte a ridurre il tradizionale rilievo della distinzione tra gli atti amministrativi autoritativi e quelli di diritto privato della pubblica amministrazione, ed alla luce anche dell'introduzione, nel nostro ordinamento, di istituti quali l'accordo di diritto amministrativo (artt.11 e 15 della legge n. 241 del 1990), nonché di “soggetti formalmente privati ma istituzionalmente tenuti a soddisfare interessi pubblici anche sulla base del diritto comunitario e di quello amministrativo, quali le società miste e i genere gli organismi di diritto pubblico che non rientrano nel novero delle pubbliche amministrazioni (...)”*.

Sulla base di tali premesse, quindi, l'Adunanza Plenaria conclude affermando – tra l'altro - che *“anche in relazione a trattative in corso per il sorgere di obbligazioni e contratti, chi ne ha interesse può formulare l'istanza d'accesso proprio per verificare se è stata violata la normativa pubblicistica (...)”*. *L'Amministrazione può invece negare l'accesso, per tutelare se stessa, nei soli casi previsti dall'art.24 della legge n. 241 del 1990, dall'art.8 del DPR n. 352 del 1992 [regolamento di attuazione della l. 241/1990], e dall'art.4 del Decreto legislativo n.39 del 1997 [norme di attuazione della direttiva 90/313/CE sul diritto di accesso alle informazioni in materia di ambiente], ad esempio quando il soggetto, senza averne un interesse, nel corso di trattative consentite dalla legge o nella fase d'esecuzione di un contratto, intenda accedere ad atti interni che riguardino la sfera delle libere valutazioni dell'Amministrazione in ordine alla convenienza delle scelte da adottare”*.

Tali principi hanno trovato puntuale applicazione anche nella giurisprudenza posteriore (cfr. Cons. Stato, V, 1 ottobre 1999, n. 1248, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1594; *Id.*, V, 6 dicembre 1999, n. 2046, *ivi*, 1999, I, 2096).

Non è mancata, tuttavia, una pronuncia – pure successiva all'importante *decisum* innanzi richiamato - che ha ritenuto sottratte alla disciplina del diritto d'accesso le relazioni riservate rese dal Collaudatore e dal direttore dei lavori nell'ambito della procedura ex art. 31 *bis* della legge n.109 del 1994 sulla base, però, della considerazione che il predetto art.31 *bis* definisce “riservata” la relazione dell'organo di collaudo e del direttore

lavori e dell'organo di collaudo eventualmente esistente, dovessero essere acquisite, l'appaltatore non potrebbe trarre da ciò alcun giovamento, atteso che ai sensi dell'art.149, comma 6°, *“le dichiarazioni e gli atti del procedimento non sono vincolanti per le parti in caso di mancata sottoscrizione dell'accordo”*, per cui l'acquisizione e l'eventuale produzione in giudizio di tali documenti non dovrebbe arrecare alcun vantaggio all'appaltatore, quali che siano le considerazioni e le valutazioni in essi contenute. A monte di tale considerazione, si colloca poi quella che si fonda sull'art.10 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 in forza del quale *“ai sensi dell'articolo 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241 sono sottratte all'accesso le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve dell'Impresa”*²⁹, il che esclude in radice – a partire dalla data di entrata in vigore del d.P.R. 21

dei lavori, così facendole rientrare tra le eccezioni contemplate dall'art.24, legge n. 241 del 1990. L'aggettivo *“riservata”*, infatti - a meno di non volerlo ritenere privo di qualunque significato – denota *“che il legislatore ha voluto impedire la diffusione della relazione al di fuori dell'Amministrazione cui è indirizzata”*. Particolare interesse riveste un passo della motivazione di questa sentenza, ove si afferma che *“esiste (...) una giustificazione di carattere sostanziale alla base delle diversità di regime, ai fini dell'accesso, tra i documenti inerenti alla fase di esecuzione del contratto e la relazione riservata del collaudatore. I primi attengono ad un rapporto che ha per oggetto immediato e diretto la cura dell'interesse della collettività insito nella realizzazione dell'opera pubblica; la seconda si inserisce in una controversia in atto o potenziale fra l'amministrazione e l'appaltatore di natura patrimoniale e che solo indirettamente, per le possibili conseguenze sulla finanza pubblica, presenta riflessi di ordine pubblicistico. Sicché può comprendersi come il legislatore abbia ritenuto opportuno, in deroga alla regola della trasparenza, mantenere le parti contrapposte su un piano di parità anche per quanto concerne le possibilità di difesa delle rispettive posizioni”* (Cons. Stato, V, 20 dicembre 1999, n. 2128, *ivi*, 1999, I, 2130, in corso di pubblicazione in questa Rivista, con osservazioni di A. LOPEZ). Va comunque segnalata, per completezza, una pronuncia della IV sezione del Consiglio di Stato, anch'essa successiva – sia pure di poco - alla Adunanza plenaria del 22 aprile 1999, che ha dichiarato ostensibile la relazione riservata del collaudatore: nella specie, peraltro, non sembra che fosse stata esperita la procedura *ex art. 31 bis*, legge n. 109 del 1994: Cons. Stato, IV, 27 aprile 1999, *ivi*, 1999, I, 620). In tale filone si colloca anche Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2000, n. 2734 che ha ritenuto che la relazione riservata del collaudatore non possa essere sottratta al diritto di accesso disciplinato dagli artt.22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241.

In dottrina, oltre ai contributi citati nella presente nota, cfr. anche sul piano più generale, L. A. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione, profili sostanziali*, Padova, 1998, nonché, maggiormente aderente alla questione specifica, G. FONDERICO, *Osservazioni in tema di realizzazione dei lavori pubblici ed accesso ai documenti amministrativi*, in *Appalti e fisco*, 2000, 23.

²⁹ Afferma al riguardo G. FONDERICO, *Osservazioni in tema di realizzazione dei lavori pubblici ed accesso ai documenti amministrativi*, *op.cit.*, 23, che il fondamento dell'art.10 del regolamento deve essere ravvisata nella medesima legge sul procedimento cui lo stesso articolo 10 fa riferimento ed osserva che residuano numerose incongruenze. Infatti, *“la questione della accessibilità degli atti di diritto privato attiene all'ambito oggettivo di applicazione del diritto di accesso, che è definito dall'art.22 della legge n.241/1990. Se poi ad essere controversa è la sussistenza dei presupposti soggettivi per ammettere l'accesso, la norma di riferimento è contenuta nel successivo art.23 della legge sul procedimento. L'art.24, al contrario, disciplina le ipotesi di deroga di accesso per particolari categorie di atti – quelli coperti dal segreto e quelli individuati dai regolamenti di attuazione sulla base delle esigenze definite dalla legge – sul presupposto che, altrimenti, si*

dicembre 1999, n. 554 – la possibilità di richiedere l’accesso alla relazione riservata del direttore dei lavori e dell’organo di collaudo³⁰.

Peraltro, se l’accordo bonario – ove raggiunto – ha natura negoziale e causa transattiva, occorre rammentare che non è mancato chi ha sottolineato che esso “*non ha nulla a che vedere con possibili transazioni che ovviamente potranno sempre intervenire tra le parti in virtù dell’autonomia privata dei contraenti*”³¹. L’osservazione mi pare condivisibile ma impone, ovviamente, di individuare il tratto differenziale tra l’accordo bonario e l’eventuale transazione. A mio avviso tale differenza è ravvisabile solo nel fatto che mentre la stazione appaltante può pervenire alla sottoscrizione di un contratto di transazione indipendentemente dalla sussistenza

tratterebbe di documenti accessibili (perché attinenti l’attività amministrativa). Se quindi il regolamento avesse inteso sottrarre all’accesso le relazioni riservate del direttore dei lavori e del collaudatore perché atti paritetici – come sembrerebbe emergere dalla relazione – l’art.10 avrebbe dovuto fare riferimento all’art.22 della legge n. 241/1990, non all’art.24, ponendosi come norma di interpretazione amministrativa di una disposizione primaria. Il che non avrebbe certo impedito al giudice amministrativo di conservare un orientamento difforme, e con esso le incertezze interpretative che il regolamento intendeva fugare”. Continua l’Autore citato osservando che “la scelta del Governo è stata comunque quella di richiamare l’art.24 della legge sul procedimento, sicché dovrebbe ritenersi che, al di là di quanto affermato dalla relazione, ci troviamo dinanzi ad una deroga al diritto di accesso, e non già ad atti che restano “ontologicamente” sottratti. È difficile comprendere, tuttavia, a quale delle ipotesi di esclusione previste dall’art.24 il Governo abbia inteso riferirsi. In primo luogo, deve escludersi che tra i casi di <<segreto o di divieto di divulgazione>> previsti dall’ordinamento – la prima ipotesi contemplata dall’art.24 – possano comprendersi quelli introdotti da fonti di rango sub-primario, che altrimenti avrebbe ben poco senso il sistema di regolamenti di attuazione - governativi e delle singole amministrazioni – previsti dal medesimo articolo per regolare i casi di esclusione dell’accesso. Residuerebbero, dunque, proprio questi ultimi. Il regolamento, tuttavia, non chiarisce neppure a quale delle diverse esigenze da salvaguardare faccia riferimento. Se si escludono la sicurezza nazionale, la politica monetaria e l’ordine pubblico – su cui ragionevolmente non sembra potere incidere l’accessibilità delle relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore – restano le sole <<esigenze di riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese>>. La riservatezza, però, non può essere quella dell’amministrazione stessa, ma solo quella di terzi rigorosamente intesi”.

³⁰ Naturalmente, si pone l’ulteriore questione se, prima dell’entrata in vigore del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, sia possibile acquisire la relazione riservata del direttore dei lavori e dell’organo di collaudo. In altri termini, si tratta di comprendere se l’art.10 del citato d.P.R. n. 554 del 1999 sia interpretativo ovvero abbia carattere innovativo. Ove si acceda alla prima soluzione – che tuttavia, sembra confliggere con l’orientamento giurisprudenziale maggiormente affermato (cfr. la precedente nota n.26) - anche prima dell’entrata in vigore del d.P.R. n. 554 del 1999 si può negare l’accesso alla relazione riservata del direttore dei lavori e dell’organo di collaudo; ove invece si ritenga che l’art.10 del d.P.R. n. 554 del 1999 abbia carattere innovativo, sulla scorta della giurisprudenza prevalente – cfr. la precedente nota n. 26 – si può ritenere che sin quando non sia entrato in vigore il d.P.R. n. 554 del 1999 sia possibile acquisire dette relazioni. Sembra assumere tale seconda posizione R. MANGANI, *Guida al periodo transitorio: il Dpr 554 parte in tre tappe, op.cit.*, 7, il quale afferma che “di particolare rilievo è l’articolo 10 sull’accesso agli atti, che sottrae all’accesso le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell’organo di collaudo; dunque, dall’entrata in vigore del Regolamento per questi documenti non sarà più possibile esercitare il diritto di accesso ai sensi dell’art.24 della legge 241/1990”.

di qual si voglia presupposto e senza necessità di dover rispettare alcun *iter* procedimentale, essa potrà pervenire alla sottoscrizione di un accordo bonario solo in presenza dei presupposti fissati dall'art.31 *bis* della legge n. 109 del 1994 e attraverso la procedura da detta disposizione prevista. Ritengo che un'eventuale violazione dell'*iter* del procedimento ovvero la definizione di un accordo bonario in carenza dei presupposti, non comportino un vizio in grado di incidere sulla validità dell'accordo stesso, in quanto non mi pare che si verta in alcuna delle ipotesi di annullabilità né di nullità. La fattispecie, di contro, potrebbe avere rilievo nei confronti dei funzionari, per l'eventuale responsabilità degli stessi ove si dimostri – con il concorso degli altri presupposti richiesti dalle norme³² – che l'amministrazione abbia patito un danno che il rispetto della disposizione di cui all'art.31 *bis* della legge 109 del 1994 avrebbe consentito di evitare.

L'accordo bonario presenta tratti di specificità anche rispetto alla definizione in via amministrativa in corso d'opera delle riserve, infatti:

- a) mentre la stazione appaltante può procedere alla definizione in via amministrativa in corso d'opera senza la necessità che sussistano particolari presupposti, nel caso dell'accordo bonario il procedimento finalizzato al raggiungimento dello stesso può essere attivato solo in presenza dei presupposti già innanzi illustrati;
- b) mentre per l'accordo bonario è necessario sia nominato un responsabile del procedimento, tale necessaria figura non ricorre nel caso di definizione in via amministrativa delle riserve;
- c) mentre la procedura finalizzata alla conclusione di un accordo bonario è caratterizzata dai termini già innanzi indicati, nel caso di definizione in via amministrativa in corso d'opera delle riserve non vi sono termini – neanche meramente ordinatori – che la stazione appaltante debba rispettare;

³¹ Così M. SANINO, *La nuova disciplina del contenzioso tra l'amministrazione committente e l'appaltatore in materia di opere pubbliche*, op. cit., 18.

³² Per un'ampia analisi della responsabilità dei pubblici dipendenti, si veda AA.VV, *Le responsabilità pubbliche, civile, amministrativa, disciplinare, penale dirigenziale*, a cura di D. SORACE, Padova 1998.

- d) mentre le attivazione del procedimento volto alla definizione di un accordo bonario costituisce un vero e proprio diritto dell'appaltatore – sempre che ne sussistano i presupposti economici – la definizione in via amministrativa in corso d'opera è una mera facoltà della stazione appaltante;
- e) mentre l'attivazione della procedura finalizzata alla definizione di un accordo bonario costituisce un obbligo della stazione appaltante che deve operare d'ufficio, senza necessità di atti di impulso del privato, la definizione in via amministrativa in corso d'opera delle riserve presuppone sempre un'istanza da parte dell'appaltatore;
- f) infine, mentre l'accordo bonario – ove l'appaltatore accetti la proposta formulata dalla stazione appaltante - si conclude certamente con un atto bilaterale che ha carattere negoziale, la definizione in via amministrativa delle riserve si chiude con un atto unilaterale della stazione appaltante. Al riguardo si deve osservare che il comma 1°, ultima parte, dell'art.31 *bis* della legge n.109 del 1994 prevede che “*il verbale di accordo bonario è sottoscritto dall'affidatario*”, la dottrina ha ritenuto al riguardo che “*sia in caso di raggiungimento dell'accordo bonario, che di mancato raggiungimento dello stesso, è redatto un verbale che deve essere sottoscritto dall'affidatario*”³³. Se per certo si può ritenere che debba essere redatto un verbale che riassume l'attività svolta per tentare di addivenire all'eventuale accordo bonario – in forma più o meno analitica, ma che attesti comunque il rispetto dell'*iter* procedimentale – appare lecito dubitare della necessità di una sottoscrizione del verbale da parte dell'appaltatore ove questi non accetti la proposta. In tale ipotesi, infatti, la sottoscrizione non avrebbe il carattere tipico di adesione ed accettazione ma assumerebbe il più limitato senso di un'attestazione di avvenuta attivazione della procedura. Peraltro, la necessità di una sottoscrizione del verbale in caso di mancata

³³ Così R. DE NICTOLIS, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici, op. cit.*, 975; in tal senso sembra essere anche P. PISELLI, *La risoluzione delle controversie con particolare riferimento all'accordo bonario, op. cit.*, 223.

accettazione della proposta può essere revocata in dubbio – in mancanza di un'espressa previsione al riguardo nella legge 109 del 1994 – sulla scorta del comma 6° dell'art.149 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 allorché prevede che *“le dichiarazioni e gli atti del procedimento non sono vincolanti per le parti in caso di mancata sottoscrizione dell'accordo”*, contemplandosi, pertanto, espressamente l'ipotesi che il verbale non sia sottoscritto dall'affidatario³⁴.

La procedura finalizzata all'eventuale raggiungimento di un accordo bonario e la definizione in via amministrativa in corso d'opera delle riserve presentano comunque tratti comuni, in quanto in entrambi i casi la stazione appaltante si pronuncia in ordine alle riserve formulate dall'affidatario, dopo aver acquisito la relazione riservata sulle riserve del direttore dei lavori e – ove esistente – dell'organo di collaudo. Ne deriva che, a mio avviso, il mancato raggiungimento dell'accordo bonario, ovvero l'inutile decorso del termine entro il quale esso doveva essere raggiunto, si pongono come condizione di procedibilità per la definizione in sede contenziosa delle controversie, ove il rapporto contrattuale sia regolato da capitoli generali – come il d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, di ormai prossima abrogazione per effetto del combinato

³⁴ Ulteriore argomento a favore della non necessità della sottoscrizione da parte dell'appaltatore in caso di mancato raggiungimento dell'accordo bonario deriva dall'art.149, comma 4°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 che prescrive che *“qualora l'appaltatore aderisca alla soluzione bonaria prospettata dalla stazione appaltante nella comunicazione, il responsabile del procedimento convoca le parti per la sottoscrizione del verbale di accordo bonario. La sottoscrizione determina la definizione di ogni contestazione sino a quel momento insorta”*. Dalla disposizione appena richiamata si trae che il responsabile del procedimento deve convocare le parti solo ove vi sia un'accettazione da parte dell'appaltatore alla proposta formulata dall'Amministrazione e comunicata sia all'impresa che al responsabile del procedimento, il che porta a ritenere che in difetto di accordo non vi è convocazione per la sottoscrizione e che quindi l'appaltatore non deve sottoscrivere alcunché in caso di mancato raggiungimento dell'accordo.

L'ultima parte della richiamata disposizione pone, poi, un ulteriore problema, in quanto la sua formulazione letterale appare di qualità assai scadente. Infatti, affermando che *“la sottoscrizione determina la definizione di ogni contestazione sino a quel momento insorta”*, la norma sembra indicare che una volta definito l'accordo bonario siano completamente risolte tutte le controversie insorte in relazione all'appalto in questione, il che non è. Infatti, può ben capitare che dopo l'attivazione della procedura finalizzata al raggiungimento di un accordo bonario, l'impresa formuli ulteriori riserve che potrebbero non essere ricomprese tra quelle oggetto del procedimento *ex art.31 bis* della legge quadro. In tal caso, tali riserve, ove le parti raggiungano l'accordo bonario, non vengono ad essere definite e potranno essere eventualmente oggetto di altro procedimento. Pertanto, l'ultima parte dell'art.149, comma 4°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 deve essere inteso nel senso che la sottoscrizione dell'accordo bonario determina la definizione di ogni contestazione che sia stata oggetto del procedimento *ex art.31 bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

disposto degli artt.3, comma 4°, prima parte della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e 231 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 – che prevedono la preventiva pronuncia della stazione appaltante sulle riserve come condizione necessaria per l’attivazione del contenzioso³⁵.

Si tratta di stabilire se l’affidatario debba, o più semplicemente possa, attivare il contenzioso in caso di mancato raggiungimento dell’accordo bonario. La questione, si pone, ad esempio, con riferimento a tutti i contratti regolati dal Capitolato generale per le opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici – approvato con d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 - il cui art.46 prevede che l’istanza di arbitrato debba essere notificata nel termine di sessanta giorni da quello in cui fu notificato il provvedimento con il quale l’Amministrazione abbia risolto le controversie in sede amministrativa, ai sensi del precedente art.42³⁶. Pur nella

³⁵ In tal senso P. SANTORO, *I contratti pubblici*, Rimini 1995, 355; ID., *Manuale dei contratti pubblici*, III ed., Rimini, 1999, 753; conforme P. DE LISE in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla “Merloni ter”*, op. cit., 527.

³⁶ La dottrina ha evidenziato che il termine di sessanta giorni fissato dall’art.46 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 per i lavori regolati dal Capitolato generale per i lavori di competenza del Ministero dei lavori pubblici, al pari del termine di trenta giorni fissato dall’art.54 del r.d. 17 marzo 1932, n. 366 per i lavori regolati dalle Condizioni generali per l’appalto dei lavori del Genio militare, è perentorio – ossia è stabilito a pena di decadenza – ed opera non solo in relazione al procedimento arbitrale, ma anche in ordine all’esperibilità del procedimento dinanzi al Giudice ordinario, ove non sia stata prevista la competenza degli Arbitri, in tal senso A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, X ed., Milano 1999, 1097 e ss. Occorre tuttavia rammentare che gli Autori appena citati pongono una distinzione a seconda che la determinazione della stazione appaltante sulle riserve intervenga dopo l’ultimazione dei lavori, ossia con il collaudo, ovvero in corso di esecuzione dell’opera, come accade normalmente nel caso di procedura *ex art.31 bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109. Infatti s’è affermato che “*nel primo caso, infatti, l’inosservanza del termine provoca, in danno dell’appaltatore, la decadenza a far valere, successivamente, le pretese respinte dall’amministrazione. Nel secondo caso, l’inosservanza del termine fa sì che la controversia deve intendersi rinviata al collaudo. Questa conseguenza, per dir così, semplicemente dilatoria dell’inosservanza del termine, in questo secondo caso è espressamente sancita dall’art.54 delle cond. Gen. Lav. Genio Mil.; ma è una conseguenza riconosciuta anche per gli appalti di opere disciplinati dal cap. gen. Min. ll.pp.*”, così sempre A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, op.cit, 1100 e 1101. In effetti, l’art.54 del r.d. 17 marzo 1932, n. 366, dopo aver previsto al primo comma che la domanda di arbitrato debba essere notificata entro i trenta giorni decorrenti dalla data di notifica della decisione dell’Amministrazione sulla controversia, dispone al secondo comma che “*quando la domanda non sia fatta nel termine sopradetto le vertenze si intendono rinviate, per la risoluzione, a dopo il collaudo*”, tuttavia il capitolato generale per i lavori di competenza del Ministero dei lavori pubblici non contiene un’analogia disposizione, per cui mi pare assai arduo ritenere che la previsione del citato art.54 del r.d. n. 366 del 1932 possa trovare applicazione anche in relazione a lavori non disciplinati dal suddetto regio decreto ma da altro capitolato generale che contiene espressamente la previsione di un termine di decadenza – decorrente dalla determinazione della Amministrazione in ordine alle riserve – entro il quale deve essere attivata la procedura contenziosa. Ne deriva che, a mio avviso, la disposizione di maggior favore per l’appaltatore può operare solo nel caso di appalti regolati dal r.d. n. 366 del 1932, non già per quelli disciplinati dal d.P.R. 21 luglio 1962, n. 1063, in relazione ai quali si pone, pertanto, anche in caso di definizione in via amministrativa in corso d’opera delle riserve, ovvero di attivazione della procedura *ex art.31 bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la questione della tempestiva attivazione della procedura contenziosa.

consapevolezza delle differenze strutturali - innanzi illustrate - tra la definizione in via amministrativa delle riserve e la determinazione in ordine alle stesse assunta dalla stazione appaltante in occasione della procedura finalizzata al raggiungimento dell'accordo bonario, ritengo che l'affidatario debba attivare il contenzioso entro il termine di decadenza di sessanta giorni ove il mancato raggiungimento di un accordo bonario sia dipeso dalla non accettazione della proposta da parte dell'affidatario. Infatti, sia pure attraverso una apposita procedura regolata nei tempi e nelle formalità, l'Amministrazione appaltante perviene comunque ad esprimere una propria valutazione delle riserve formulate dall'appaltatore. Dal punto di vista dell'approdo finale, la definizione in via amministrativa in corso d'opera e la formulazione di un'offerta per tentare di addivenire ad un accordo bonario non si differenziano, atteso che in entrambi gli scenari la stazione appaltante provvede ad una valutazione della ammissibilità e fondatezza delle riserve apposte dall'appaltatore, per cui non v'è ragione di ritenere che solo nel caso di definizione in via amministrativa delle riserve sussista l'onere – sancito a pena di decadenza – di attivare il contenzioso entro i sessanta giorni a partire dal momento in cui l'Amministrazione si sia pronunciata sulle riserve, mentre un siffatto onere non sussisterebbe nel caso di formulazione di un'offerta finalizzata ad addivenire alla definizione di un accordo bonario, quasi che tale proposta non costituisca anch'essa una valutazione delle riserve formulate. Mi pare possa affermarsi anche in questo caso la sussistenza di un onere di attivazione del contenzioso in quanto siamo dinanzi alla medesima situazione finale, ancorché l'*iter* cui ad essa si pervenga sia diverso a seconda che ci si trovi all'interno di una procedura *ex art.31 bis* della legge quadro, ovvero in una situazione di definizione in via amministrativa delle riserve. Tali argomentazioni – che si fondano solo su considerazioni di ordine logico – si sono arricchite di una ulteriore argomentazione di natura positiva, in quanto l'art.33 del d.m. Lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145 – che approva il nuovo capitolato dei lavori pubblici – prevede espressamente che *“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, o della determinazione prevista dai commi 1 e 2 dell'articolo 32 del capitolato, oppure dalla scadenza dei termini previsti dagli stessi commi 1 e 2”, il che sancisce anche in forza di una disposizione di diritto positivo le conclusioni cui eravamo già pervenuti anche solo in base ad argomentazioni di ordine logico-sistematico. Occorre peraltro sottolineare che sulla scorta della disposizione del capitolato generale dei lavori pubblici, l'onere della attivazione del contenzioso entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione all'appaltatore della proposta della stazione appaltante, sussiste solo per gli appaltatori il cui rapporto contrattuale sia regolato dal capitolato dei lavori pubblici che, *ex art.3, comma 5°*, “*trova applicazione ai lavori affidati dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a)*” della legge quadro. Ne deriva che mentre la procedura volta al tentativo di addivenire alla definizione delle eventuali controversie mediante un accordo bonario deve essere attivata da tutte le stazioni appaltanti, solo per quelle di cui alla lettera *a)* dell'art.2, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 ciò si tradurrà in un contenzioso – a svolgimento immediato o differito, a seconda che esso si debba tenere dinanzi al Giudice ordinario o al collegio arbitrale - ove fallisca il tentativo di giungere ad un accordo bonario. Infatti, per le amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle elencate nella lettera *a)*, la data dell'eventuale mancato accordo non costituirà il *dies a quo* per l'attivazione del contenzioso, salvo il caso che nell'ambito del regolamento contrattuale che disciplina i rispettivi lavori esse non abbiano recepito convenzionalmente un principio analogo a quello del su richiamato art.33 del d.m. Lavori pubblici n. 145 del 2000³⁷.

³⁷ Occorre osservare, peraltro, che il meccanismo scelto dal legislatore regolamentare appare assai peculiare in quanto – come s'è detto nel testo – l'appaltatore che intenda far valere le proprie pretese deve proporre la domanda entro il termine di decadenza di sessanta giorni decorrenti dalla data del ricevimento della comunicazione di cui all'art.149, comma 3, del regolamento ma – ai sensi dell'art.33, comma 2°, del d. m. Lavori pubblici n. 145 del 2000 – “*salvo diverso accordo tra le parti, e qualora la domanda non abbia ad oggetto questioni la cui definizione non è differibile nel tempo, la controversia arbitrale non può svolgersi prima che siano trascorsi i termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 32*”, il che vuol dire che l'appaltatore ha

L'onere della immediata notificazione dell'atto introduttivo del giudizio - invece - non sussiste ove il mancato raggiungimento di un accordo bonario sia dipeso dall'omessa attivazione della procedura; in tale ultimo caso, infatti, non vi è quella determinazione della stazione appaltante sulle riserve che - come s'è innanzi esposto - costituisce il tratto comune tra la definizione in via amministrativa e la procedura *ex art.31 bis* della legge n. 109 del 1994 e che impone all'affidatario l'attivazione del contenzioso³⁸.

7. Da ultimo, è necessario svolgere alcune considerazioni in merito al contenuto concreto dell'apprezzamento che deve essere svolto dal responsabile del procedimento ed ai criteri che devono guidare detto apprezzamento.

l'onere di notificare l'atto introduttivo del giudizio entro i sessanta giorni decorrenti dal ricevimento della proposta di accordo bonario, ma non può - in difetto di accordo con l'altra parte e sempre che non si tratti di questioni la cui definizione non sia differibile nel tempo - lasciare che il procedimento arbitrale si svolga prima che siano trascorsi i termini di cui ai commi 1 e 2 dell'art.32, ossia - ove, come ritengo, l'art.32 in questione sia quello del d. m. Lavori pubblici n. 145 del 2000 - prima che siano trascorsi novanta giorni dalla trasmissione degli atti di collaudo ai sensi dell'art.204 del regolamento, ovvero - ove siano scaduti i termini entro i quali, ai sensi dell'art.28 della legge quadro, l'Amministrazione doveva effettuare il collaudo - siano trascorsi novanta giorni dalla data di notifica della apposita istanza con la quale la parte privata può richiedere siano esaminate le proprie domande o riserve.

Come si diceva, il sistema ideato dal legislatore regolamentare è assai peculiare in quanto: **a)** prima prevede che l'atto introduttivo del giudizio debba essere notificato entro i sessanta giorni decorrenti dalla formulazione da parte dell'Amministrazione della proposta di accordo bonario e poi, ove detto atto sia un'istanza di arbitrato, sembra precludere la possibilità che si possa svolgere il relativo giudizio prima della scadenza dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell'art.32 del d.m. n. 145 del 2000 - e, pertanto, prima della ultimazione dei lavori e del loro collaudo - salve le ipotesi di un accordo tra le parti, ovvero che la controversia riguardi questioni non differibili nel tempo; **b)** la preclusione allo svolgimento del giudizio - fatte salve le due ipotesi appena menzionate - sussiste solo nel caso che la controversia debba svolgersi dinanzi agli arbitri, mentre tale preclusione non sussiste - stando alla lettera della norma - con riferimento al procedimento giurisdizionale che debba svolgersi dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Peraltro, tale preclusione - che sembra venire a configurare un'ipotesi di improcedibilità - si pone come fonte di un'ingiustificata discriminazione tra le due procedure di definizione delle controversie, atteso che solo per una di esse - appunto quella che si debba svolgere dinanzi agli arbitri - sussiste l'ulteriore condizione di procedibilità costituita dalla scadenza dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell'art.32 del d. m. Lavori pubblici n. 145 del 2000, non operante nel procedimento che debba svolgersi dinanzi al Giudice ordinario.

³⁸ Occorre tuttavia sottolineare che non tutta la dottrina formatasi prima della emanazione sia del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 che del d.m. Lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145, concordava nel ritenere necessario - al fine di evitare la decadenza - la notifica dell'atto introduttivo del procedimento contenzioso entro i sessanta giorni dalla formulazione della proposta finalizzata al raggiungimento dell'accordo bonario; *contra* tale conclusione M. SANINO, *La nuova disciplina del contenzioso tra l'amministrazione committente e l'appaltatore in materia di opere pubbliche*, op. cit., 31, il quale ha osservato che "l'appaltatore può promuovere subito un giudizio per definire il contenzioso che si è aperto con l'Amministrazione allorquando abbia incontrato maggiori oneri che superino il 10% dell'importo del contratto di appalto".

Al riguardo si deve rammentare che la Corte di Cassazione ha assunto di recente una posizione estremamente rigorosa in tema di eventuale rinuncia alla decadenza nella quale l'affidatario sia incorso. Infatti, la Suprema Corte non solo aveva in precedenza affermato che *“la P.A. appaltante può discrezionalmente rinunciare al diritto di far valere la decadenza nella quale sia incorso l'appaltatore per non aver inserito nel registro di contabilità le riserve che avrebbe dovuto formulare e tale possibilità di rinuncia, essendo nella piena disponibilità della parte esercitarla nel corso del contratto con comportamenti anche soltanto apparentemente favorevoli all'appaltatore, impedisce al giudice di rilevare d'ufficio l'intervenuta decadenza dell'appaltatore dal suo diritto”*³⁹, ma aveva addirittura ritenuto possibile la rinuncia tacita, allorché aveva affermato che *“la reiezione per infondatezza, ex art. 109, r.d. 25 maggio 1895, n. 350, delle riserve formulate dall'appaltatore, senza alcun riferimento alla loro tardiva iscrizione nel registro di contabilità, comporta tacita rinuncia dell'amministrazione committente a valersi della decadenza prevista dall'art.54 decreto cit.”*⁴⁰. Di recente, invece, la stessa Suprema Corte ha assunto un criterio più rigoroso, pervenendo ad escludere che la stazione appaltante possa rinunciare a far valere la decadenza nella quale sia eventualmente incorso l'appaltatore. Ha infatti affermato la Cassazione che *“pur non potendo contestarsi la tendenziale corrispondenza tra <<diritti indisponibili>>, cui fa riferimento la rubrica dell'art.2968 cod. civ., e la <<materia sottratta alla disponibilità delle parti>>, menzionata nel testo dell'articolo citato, non vi è tra le due espressioni una coincidenza assoluta (.....) ciò perché il diritto colpito da decadenza può bensì essere disponibile, ma ciò non vale ad escludere che la decadenza possa essere disposta dalla legge a tutela di un interesse superiore rispetto a quello delle parti in contesa, e cioè per regolare una materia sottratta alla loro*

³⁹ Così Cass. 17 febbraio 1987, n. 1697, in *Arch. Giur. Oo. Pp.*, 1987, 758, l'affermazione della possibilità di una rinuncia a far valere la decadenza era contenuta anche in Cass. 13 luglio 1983, n. 4759, *ivi.*, 1984, 181.

³⁹ Così Cass. 23 maggio 1986, n. 3448, in *Foro It.*, 1986, I, 2488.

disponibilità. Facendo applicazione di tale distinzione alla fattispecie in esame, non v'è dubbio che il diritto dell'appaltatore ai maggiori compensi per i quali è stata iscritta riserva sia disponibile, ma non può per ciò solo ritenersi disponibile la posizione dell'Ente pubblico tenuto al pagamento, il quale è soggetto alle norme di contabilità pubblica e non può perciò rinunciare alla decadenza disposta dalla legge in ordine alla regolarità della procedura stabilita per l'iscrizione delle riserve sui registri di contabilità”⁴¹. Per quanto consta, la Cassazione non è tornata sul tema, per cui non è dato sapere se la sentenza appena indicata costituisca la prima espressione di un orientamento. Sta di fatto che sulla scorta di essa per certo è preclusa alla stazione appaltante la possibilità di rinunciare a far valere la decadenza nella quale l'affidatario sia eventualmente incorso. Peraltro, a ben vedere, il nucleo motivazionale mediante il quale la Suprema Corte ha argomentato l'impossibilità per la stazione appaltante a rinunciare alla decadenza si presta ad applicazioni che vanno al di là del tema specifico e finiscono con l'investire l'intero rapporto contrattuale ed i comportamenti che la stazione appaltante deve avere in ordine ad esso. È, infatti, evidente che se l'assoggettamento alla norme di contabilità preclude la possibilità di far valere la decadenza, esso finisce comunque con l'orientare ogni comportamento della Committente, impedendo che possano essere assunte determinazioni che divergano da quelle imposte dalle disposizioni di legge (siano esse di

⁴¹ Così Cass. 26 agosto 1997, n. 8014, in *Arch. Giur. Oo. Pp.*, 1997, 898.

La menzionata sentenza rischia di avere delle conseguenze di ordine sostanziale e processuale la cui indagine esula dalle finalità del presente scritto e che meriterebbero un'ampia trattazione a sé. Le implicazioni sul piano sostanziale investono – radicalizzando le possibili conseguenze cui si potrebbe pervenire sulla scorta delle argomentazioni utilizzate dalla Suprema Corte nella sentenza citata – la stessa possibilità per l'Amministrazione pubblica di sottoscrivere dei contratti di transazione. Infatti, se l'ambito di esercizio dell'autonomia della parte pubblica contraente è segnato sempre e solo dalle norme di contabilità pubblica, è evidente che gli stessi margini di un apprezzamento discrezionale, normalmente sempre sotteso ad un contratto transattivo, divengono assai angusti.

Sul piano processuale, occorre rammentare che ai sensi dell'art.2969 cod. civ. “*la decadenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause d'improponibilità dell'azione*”. Or bene, se la stazione appaltante non può rinunciare a far valere la decadenza in cui l'appaltatore sia incorso, in quanto si tratta di materia sottratta alla disponibilità delle parti, è evidente che ci si trova dinanzi ad un'ipotesi di inammissibilità – più che di improponibilità – della domanda, con il che si potrebbe anche giungere a ritenere che si sia al cospetto di un'ipotesi in cui la decadenza in cui l'appaltatore sia eventualmente incorso potrebbe essere rilevata d'ufficio.

contabilità o di altro tipo) o di contratto. Con riferimento alla procedura *ex art.31 bis* della legge 109 del 1994, tutto questo porta inevitabilmente a ritenere non solo che il responsabile del procedimento – ovvero il soggetto chiamato a svolgerne i compiti, nel caso di amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle di cui alla lettera *a)* dell’art.2, comma 2°, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 - non possa prescindere dalla decadenza nella quale l’affidatario sia eventualmente incorso, ma anche che nell’apprezzare le singole riserve egli non potrà che applicare rigorosamente il metro delle norme, con esclusione del ricorso all’equità, salvo che ciò non sia espressamente consentito dalle norme stesse (es. art.1226 cod. civ.). Ne deriva che le valutazioni del responsabile del procedimento – ovvero del soggetto chiamato a svolgerne i compiti, nel caso di stazioni appaltanti cui non si applichi l’art.7 della legge quadro - dovranno essere rigorosamente ancorate alle disposizioni di diritto - ed alla applicazione che delle stesse abbia dato la giurisprudenza - il che riduce fortemente, sin quasi ad eliminare, ogni carattere transattivo riconosciuto all’accordo bonario, atteso che i contenuti economici dello stesso dovrebbero - in linea di estrema astrazione – essere di importo non superiore a quello cui perverrebbe un giudice chiamato ad esprimersi sulle medesime riserve. Naturalmente, nel rispetto di tale importo massimo, il responsabile del procedimento avrà un margine di trattativa, ben potendo “trattare” un importo inferiore⁴².

Paolo Carbone

⁴² Quale che sia l’importo oggetto dell’accordo, ai sensi dell’art.149, comma 5°, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, su di esso sono riconosciuti gli interessi legali a partire dal sessantesimo giorno successivo alla sottoscrizione dell’accordo. Naturalmente, la circostanza che la disposizione regolamentare operi il riconoscimento degli interessi al tasso legale, non preclude che l’impresa possa – ai sensi dell’art.1224 cod. civ., previa costituzione in mora e dimostrazione del maggior danno – ottenere il riconoscimento di interessi ad un tasso più elevato di quello legale, nel quadro di un risarcimento del maggior danno. Naturalmente, detti interessi risarcitori del maggior danno non potranno essere riconosciuti che successivamente alla costituzione in mora e giammai per un periodo anteriore allo scadere dei sessanta giorni successivi alla sottoscrizione dell’accordo bonario, periodo che, evidentemente, il legislatore ha ritenuto necessario per lo svolgimento da parte della stazione appaltante delle attività finalizzate all’effettiva corresponsione della somma oggetto dell’accordo bonario.

nome: Paolo CARBONE

luogo e data di nascita: nato a Melfi (Potenza) il 31 marzo 1953

qualifica: Avvocato del Foro di Roma

indirizzo: Via Nomentana, n. 303, 00162 Roma

recapito telefonico: Tel. 06/8541880 – fax 06/8542490

indirizzo e-mail: studio.carma@sisteminformatici.it

Partita IVA dello studio legale associato Carbone Mancini: 05092771004