

Il nuovo regolamento generale dei lavori pubblici

Un confronto con il passato

Parte prima



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri



ntro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri

CONSIGLIO DIRETTIVO

dott. ing. Giovanni Angotti	<i>Presidente</i>
dott. ing. Alberto Speroni	<i>Vice Presidente</i>
dott. ing. Renato Cannarozzo	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Alberto Dusman	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Giancarlo Giambelli	<i>Consigliere</i>
dott. Massimiliano Pittau	<i>Direttore</i>

COLLEGIO DEI REVISORI

dott. Domenico Contini	<i>Presidente</i>
dott. Stefania Libori	<i>Revisore</i>
dott. Francesco Ricotta	<i>Revisore</i>

Sede: Via Dora, 2 - 00198 Roma - Tel. 06.85354739, fax 06 84241800,
e-mail: centrostudi.cni@tiscalinet.it

Il presente testo è stato redatto dalla dott.ssa Valentina Porro, consulente del Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri, con il coordinamento del dott. Massimiliano Pittau, Direttore del Centro Studi medesimo.

Sommario

Premessa	pag.	9
1. L'affidamento dei servizi e degli incarichi di architettura e ingegneria	»	13
1.1. <i>I soggetti ammessi</i>	»	13
1.2. <i>La progettazione interna e la progettazione esterna</i>	»	15
1.3. <i>Il supporto tecnico esterno</i>	»	17
1.4. <i>L'intervento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici</i>	»	19
1.5. <i>Esclusione dalle gare e modalità di affidamento degli incarichi</i>	»	30
2. La progettazione	»	35
2.1. <i>La verifica e l'approvazione del progetto preliminare</i>	»	36
2.2. <i>La validazione e l'approvazione del progetto definitivo e del progetto esecutivo</i>	»	38
2.3. <i>Il piano di manutenzione</i>	»	43
3. La direzione dei lavori	»	47
3.1. <i>L'ordine di servizio e la consegna dei lavori</i>	»	48
3.2. <i>La sospensione dei lavori</i>	»	52
3.3. <i>Le varianti e addizioni</i>	»	56
3.4. <i>Il certificato di ultimazione dei lavori</i>	»	57

4. La fase di collaudo	pag.	59
4.1. <i>Il collaudo in corso d'opera</i>	»	59
4.2. <i>Il certificato di collaudo e di regolare esecuzione</i>	»	62
4.3. <i>La nomina dei collaudatori</i>	»	64
4.4. <i>Le operazioni di collaudo</i>	»	66
5. La contabilità	»	68
6. Le controversie	»	71
6.1. <i>Il sistema di accordo bonario</i>	»	71
6.2. <i>Il ricorso all'arbitrato</i>	»	76
6.3. <i>Il collegio arbitrale</i>	»	79
6.4. <i>La Camera Arbitrale</i>	»	83

Premessa

Come è noto, la legge 11 febbraio 1994, n. 109, “legge quadro in materia di lavori pubblici” (comunemente detta “Legge Merloni”), successivamente modificata e integrata dapprima con decreto legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito con legge 2 giugno 1995, n. 216, e da ultimo con legge 18 novembre 1998, n. 415, ha previsto l’adozione di apposito regolamento destinato a costituire, insieme alla legge stessa, l’ordinamento generale della materia.

Infatti, l’articolo 3 della legge 109/1994 demanda alla potestà regolamentare del Governo, ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988 n. 400, la disciplina delle materie per le quali il Regolamento è di volta in volta richiamato, nonché la definizione dei seguenti aspetti:

- a) le modalità di esercizio della vigilanza da parte dell’Autorità;
- b) le sanzioni previste a carico del responsabile del procedimento e la ripartizione dei compiti e delle funzioni dell’ingegnere capo fra il responsabile del procedimento e il direttore dei lavori;
- c) le forme di pubblicità dei lavori delle conferenze di servizi;
- d) la disciplina delle associazioni temporanee di tipo verticale e l’individuazione dei lavori ad alta tecnologia;
- e) i tempi e le modalità di predisposizione, di inoltro e di aggiornamento dei programmi;

- f) le ulteriori norme tecniche di compilazione dei progetti, gli elementi progettuali relativi a specifiche categorie di lavori;
- g) gli ulteriori requisiti, oltre a quelli già previsti dalla legge, delle società di ingegneria;
- h) le specifiche modalità di progettazione e di affidamento dei lavori di scavo, restauro e manutenzione dei beni tutelati ai sensi della legge 1 giugno 1939, n.1089, anche in deroga alle norme della legge quadro;
- i) le modalità di espletamento dell'attività delle commissioni giudicatrici nell'appalto concorso e nella licitazione privata per l'affidamento di concessioni con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- j) le procedure di esame delle proposte di variante;
- k) l'ammontare delle penali in relazione all'importo dei lavori e alle cause che le determinano, nonché le modalità applicative;
- l) le modalità e le procedure accelerate per la deliberazione prima del collaudo sulle riserve dell'appaltatore;
- m) i lavori in relazione ai quali il collaudo si effettua sulla base di apposite certificazioni di qualità dell'opera e dei materiali e le relative modalità di rilascio; le norme concernenti le modalità del collaudo e il termine entro il quale esso deve essere effettuato e gli ulteriori casi nei quali è obbligatorio il collaudo in corso d'opera; le condizioni di incompatibilità dei collaudatori, i criteri di rotazione negli incarichi, i relativi compensi, i requisiti professionali dei collaudatori secondo le caratteristiche dei lavori;
- n) le forme di pubblicità di appalti e concessioni;
- o) le modalità di attuazione degli obblighi assicurativi previsti dalla legge, le condizioni generali e particolari delle polizze e i massimali garantiti, nonché le modalità di costituzione delle garan-

zie fideiussorie e di prestazione della garanzia in caso di riunione di concorrenti;

- p) la disciplina riguardante i lavori segreti;
- q) la quota subappaltabile dei lavori appartenenti alla categoria o alle categorie prevalenti ai sensi della legge 19 marzo 1990, n 55;
- r) le norme riguardanti la consegna e la sospensione dei lavori; le modalità di corresponsione agli appaltatori e ai concessionari di acconti in relazione allo stato di avanzamento dei lavori;
- s) la disciplina per la tenuta dei documenti contabili.

Il nuovo regolamento (che è stato pubblicato sul supplemento ordinario n. 66/L alla G.U. del 28 aprile 2000 n.98 come d.P.R. 554/1999 e che diventerà operativo dal 28 luglio 2000) sostituisce disposizioni che sono rimaste invariate per oltre un secolo (il precedente regolamento è stato emanato con regio decreto n.350 nel 1895) e che quindi hanno rappresentato un punto di riferimento costante per generazioni di professionisti, amministratori e operatori.

Si tratta di un mutamento che potrebbe determinare per tali soggetti un sentimento di spaesamento, almeno nella fase iniziale, con effetti potenzialmente distorsivi per lo svolgimento delle opere pubbliche.

Al fine di contribuire a ridurre questi rischi e fornire un apporto di analisi e conoscenza del provvedimento il Centro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, su incarico del medesimo Consiglio, ha provveduto a confrontare vecchio e nuovo regolamento in merito ad alcuni tra i principali aspetti attinenti le procedure dei lavori pubblici. In particolare l'attenzione si è inizialmente concentrata sulle disposizioni riguardanti: i livelli di progettazione; la direzione lavori; la manutenzione; i collaudi; la contabilità; le controversie.

Gli altri, numerosi aspetti affrontati dal regolamento, saranno oggetto di una successiva disanima e di un successivo volume.

Da questa prima analisi e dal confronto con il precedente ordinamento emerge come accanto a profonde innovazioni (rilevabili in particolare nella fase di progettazione e in quella relativa alle controversie) permangano forti elementi di continuità per ciò che attiene in particolare la fase esecutiva dell'appalto, le operazioni di collaudo e le procedure di contabilità.

Il nuovo regolamento si dimostra dunque "rivoluzionario" solo per definiti e delimitati elementi, e questo non potrà che contribuire ad agevolare professionisti, amministratori e operatori nella sua puntuale applicazione.

dott. ing. Giovanni Angotti

1 L'affidamento dei servizi e degli incarichi di architettura e ingegneria

1.1. I soggetti ammessi

Il Titolo quarto dello schema di regolamento tratta un aspetto di rilievo che è quello relativo alla materia della progettazione, e cioè gli *affidamenti* dei relativi incarichi e in genere dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria anche integrata.

L'articolo 50 del regolamento, in attuazione dell'art. 17 comma 4 della l. 109/94, stabilisce che quando ricorre una delle situazioni da esso previste¹, le stazioni appaltanti affidano ai soggetti, di cui all'art. 17 comma 1 lett. d), e), f), g) della stessa legge, i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo ed esecutivo nonché le attività tecnico amministrative connesse alla progettazione, compresa la direzione dei lavori.

1. Ai sensi dell'art.17, comma 4, della legge quadro, si può ricorrere alla progettazione "esterna", "in caso di carenza in organico di personale tecnico nelle stazioni appaltanti, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedano l'apporto di una pluralità di competenze".

Ai sensi, dunque, del comma 1 dell'art. 17 della l. 109/94, come modificato dall'importante intervento della l. 415/98 (c.d. l. Merloni *ter*) tutte le prestazioni relative alla progettazione (preliminare, definitiva ed esecutiva), alla direzione dei lavori nonché agli incarichi di supporto tecnico amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e a quelle del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici, devono essere svolte dai seguenti soggetti:

1. dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti;
2. dagli uffici consortili della progettazione e direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e di bonifica, possono costituire ai sensi della legge 142/90;
3. dagli organi di altre amministrazioni di cui le singole amministrazioni possono avvalersi per legge;
4. dai liberi professionisti singoli o costituiti in associazioni professionali di cui all'art. 1 della legge 1815/39;
5. dalle società di professionisti previste dal successivo comma 6 lett. a) dell'articolo in commento;
6. dalle società di engineering di cui al comma 6 lett. b) dell'articolo in commento;
7. dai raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui ai precedenti 4), 5) e 6).

Dunque, l'art. 17, comma 1 della legge 109/94 contiene un'elencazione dei soggetti cui possono essere richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli altri enti aggiudicatori o realizzatori di lavori pubblici "le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva nonché alla direzione dei lavori e degli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del

dirigente competente alla formazione del programma triennale di cui all'art. 14 l. 109/94².

Detta elencazione ricomprende gli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, gli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori, gli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui quelle aggiudicatrici possono avvalersi per legge, nonché liberi professionisti singoli o associati, società di professionisti e quelle di ingegneria e i loro raggruppamenti temporanei.

L'elencazione dei soggetti di cui la stazione appaltante può avvalersi deve considerarsi tassativa.

1.2. La progettazione interna e la progettazione esterna

Seguendo l'impostazione tradizionale possiamo distinguere nella disposizione in commento le ipotesi di progettazione c.d. *interna*, di cui ai numeri 1), 2), 3) (cioè quella svolta dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, dagli uffici consortili della progettazione e direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e di bonifica, possono costituire ai sensi della legge 142/90), dai casi di progettazione esterna di cui ai numeri 4), 5), 6) e 7) (cioè quella affidata ai

2. L'art. 14 della legge 109/94 prevede che l'attività di realizzazione dei lavori oggetto di essa si svolga sulla base di un programma triennale e di suoi aggiornamenti annuali che le amministrazioni statali, anche a ordinamento autonomo, gli enti pubblici, nonché gli enti e le amministrazioni locali e gli altri organismi di diritto pubblico predispongono e approvano nel rispetto dei documenti programmatori previsti dalla normativa vigente unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso.

liberi professionisti singoli o costituiti in associazioni professionali di cui all'art. 1 della legge 1815/39, alle società di professionisti previste dal successivo comma 6 lett. a) dell'articolo 17 l. 109/94, dalle società di engineering di cui al comma 6 lett. b) dell'articolo in commento, dai raggruppamenti temporanei costituiti da questi soggetti).

Per progettazione interna si intende il caso in cui l'elaborazione dei progetti sia espletata all'interno della stessa amministrazione competente alla realizzazione dell'opera pubblica. Nel vecchio sistema tale elaborazione era espletata mediante gli uffici tecnici a ciò deputati, analogamente al caso degli enti locali o di altri enti pubblici. Ciò, al duplice fine di poter ottimizzare le risorse interne all'amministrazione appaltante e di poter effettuare direttamente da parte della stessa amministrazione, fin dall'inizio della attività progettuale, tutta quella serie di valutazioni e di scelte tipicamente discrezionali che, accanto alle operazioni e alle valutazioni di natura eminentemente tecnica, caratterizzano l'attività di progettazione.

La definizione di tale tipo di progettazione come interna era volta a sottolineare, da un lato, che l'attività era effettuata tramite uffici tecnici interni all'apparato organizzativo dell'amministrazione competente e, dall'altro, il carattere tipicamente interno dell'attività di progettazione in seno al complesso procedimento di realizzazione delle opere pubbliche³.

La possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere, ai fini della compilazione dei progetti, ai contributi di professionisti privati, era subordinata, prima della legge 109/94, a due condizioni, previste dall'art. 1 comma 2 del R. d. 422/23 il quale stabiliva testualmente: "Se la speciale

3. Sul punto, si segnalano le considerazioni di Leccese, Osservazioni in tema di compilazione del progetto di opera pubblica alla luce della recente normativa nazionale e comunitaria, in Riv. Dir. Comm., 1993, I, 615.

natura delle opere lo consenta o motivi di urgenza lo richiedano, la compilazione dei progetti può essere affidata ai professionisti privati, secondo norme da stabilirsi con decreto del ministro competente”.

Le due condizioni in presenza delle quali era consentita la deroga, aprirono il varco a un frequente ricorso ai professionisti privati (la progettazione esterna).

La legge 109/94, nella sua prima versione, pur istituzionalizzando il ricorso alla progettazione esterna, aveva delimitato in modo preciso le condizioni e le modalità per il suo espletamento, e aveva mantenuto un certo favore per la progettazione interna⁴.

1.3. Il supporto tecnico esterno

È con la legge 415/98, di modifica della l. 109/94, che si è significativamente realizzata un’apertura ai supporti tecnici amministrativi esterni non soltanto per ciò che concerne le attività del responsabile del procedimento ma anche per quelle del dirigente preposto alla programmazione triennale.

Si tratta di attività ampie e rilevanti che possono essere così sinteticamente riassunte:

- a) Relativamente al supporto al dirigente preposto alla programmazione triennale:
 - 1. l’elaborazione degli studi per la individuazione del quadro dei bisogni e delle esigenze al fine di identificare gli interventi necessari al loro soddisfacimento;

4. Come si vedrà, infatti, aveva limitato il ricorso alla progettazione esterna al caso di carenza di organico all’interno dell’amministrazione.

2. la redazione degli studi di fattibilità relativi agli interventi individuati;
 3. la predisposizione del programma triennale per settore con l'indicazione degli interventi, delle loro finalità, dei risultati attesi, delle priorità, delle localizzazioni, delle problematiche di ordine ambientale, paesistico e urbanistico- territoriale, delle relazioni con i piani di assetto territoriale o di settore, del grado di soddisfacimento della domanda, delle risorse disponibili, della stima dei costi e dei tempi di attuazione.
- b) Relativamente al supporto al responsabile del procedimento:
1. le fasi di aggiornamento annuale del programma triennale;
 2. la redazione del documento preliminare preordinato alla redazione del progetto con allegato atto normativo, tecnico, ambientale, urbanistico, economico-finanziario sul sistema costruttivo da impiegare, sulle esigenze e bisogni da soddisfare, sulle funzioni che dovrà svolgere l'intervento;
 3. le fasi di affidamento, elaborazione, verifica, approvazione e coordinamento del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, del piano di sicurezza e di coordinamento e del piano generale di sicurezza, delle espropriazioni degli immobili;
 4. le procedure di scelta del contraente per l'affidamento di appalti e concessioni;
 5. il controllo periodico del rispetto dei tempi programmati e del livello di prestazione qualità e prezzo;
 6. le fasi di esecuzione di collaudo dei lavori, compreso la vigilanza sulla realizzazione dei lavori in concessione, la verifica delle condizioni previste dalla legge per le varianti in corso d'opera, l'eventuale assunzione del ruolo di respon-

sabile del lavoro, la designazione del coordinatore della sicurezza durante l'esecuzione dei lavori, l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori.

Così il legislatore, soprattutto con le riforme introdotte dalla legge 415/98, ha posto le premesse per una proficua e vasta collaborazione fra professionalità interne ed esterne alla pubblica amministrazione nel settore dei lavori pubblici⁵.

Il regolamento, oltre a riferirsi a queste innovazioni legislative, tiene anche conto della necessità di recepire in materia (trattandosi, come noto, di servizi) la recente normativa comunitaria di cui alla direttiva 97/52/CEE.

1.4. L'intervento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici

Nell'operare un'analisi dell'elencazione di cui all'art. 17, co. 1, della l. 109/94, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, nell'atto di regolazione assunto a seguito delle adunanze 12 ottobre, 2 e 4 novembre 1999, premettendo che una speciale disciplina per gli appalti nei settori esclusi è contenuta nell'art.17, comma 14 septies della legge quadro e che gli incarichi di cui sopra sono "servizi in materia di architettura, di ingegneria e altri servizi tecnici", secondo quanto previsto alla categoria 12

5. A proposito della attività di supporto alla pubblica amministrazione da parte di soggetti privati, si veda G. Angotti, *Le società di progettazione. L'ingresso delle professionalità private nelle attività di progettazione e supporto, intervento al forum Stato, imprese e mercato – La legge quadro sui lavori pubblici -. Finanziamenti pubblici e capitali privati per l'esecuzione di opere pubbliche*, Milano, 27 – 28 aprile 1999, Centro congressi Cariplo.

allegato 1A Direttiva 92/50 CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992 (numero di riferimento CPC 867) recepita nell'ordinamento interno col decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e considerando che la formulazione normativa che fa reggere l'elencazione degli affidatari delle prestazioni relative alla progettazione dal verbo "sono espletate", dà certezza della tassatività della elencazione, d'altronde esaustiva, dei possibili soggetti, ha invece ritenuto che si dovesse definire se detta elencazione indicasse anche un ordine per la scelta tra due ipotesi.

Di tali ipotesi, la prima è quella per cui le prestazioni vengano riferite a uffici, e per essi alle persone fisiche ivi addette, propri delle amministrazioni aggiudicatrici ovvero di altre amministrazioni pubbliche di cui le prime si possono avvalere (progettazione interna); la seconda, invece, è quella per cui le stesse, sussistendo determinate condizioni specificamente individuate, si avvalgano dell'opera professionale di soggetti esterni, singoli privati, ovvero di persone giuridiche private, comunque estranei all'organizzazione amministrativa in generale (progettazione esterna).

Per quanto concerne le prestazioni relative alla direzione dei lavori e al collaudo, l'Autorità ha osservato che, con riguardo a tali questioni, esiste specifica regolamentazione. Ha, invece, rilevato che nella legge quadro non sono considerati i problemi riguardanti la generale attività di controllo sull'uso delle risorse, quando sono concesse da pubbliche amministrazioni ad altri soggetti operanti nel settore.

Il problema in esame va preso, in primo luogo, in considerazione con riferimento all'attività di progettazione.

Nel testo definitivo dell'art.17, comma 4, della legge 109/94 (così come sostituito dall'art.6 della legge 18 novembre 1998, n. 415), è stato espunto il riferimento (introdotto dal decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito con legge 2 giugno 1995, n. 216, che pure aveva per la prima

volta generalizzato la possibilità per le amministrazioni pubbliche di avvalersi, per l'espletamento delle prestazioni riguardanti la progettazione, di "collaborazioni esterne"), alla "assoluta priorità" del ricorso alla utilizzazione dei propri uffici interni.

Sulla base del testo attualmente in vigore, risulta, quindi, rimosso il disfavore, già contenuto nella legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. F ed esplicitamente ribadito nel r.d. dell'8 febbraio 1923, n. 422, art.1, nei confronti della progettazione e similari attività tecnico-amministrative affidate a soggetti estranei e viene resa derogabile la competenza dell'apparato tecnico pubblico in merito alla realizzazione dei lavori pubblici.

Risulta, altresì, confermata la scelta normativa della legge quadro in ordine alla possibilità di coinvolgere i privati nell'attività considerata.

L'Autorità si è inoltre pronunciata nel senso che non può, peraltro, ritenersi ammissibile un libero ricorso, alternativo, alla progettazione interna o esterna, se non altro per la subordinazione, espressamente stabilita dall'art.17 in esame, al verificarsi di ipotesi tassative per il ricorso alla progettazione esterna.

Sempre nella deliberazione di cui sopra, l'Autorità ha specificato che la progettazione interna nei primi due casi di cui alla lett. a) e b) dell'art.17, comma 1, si concreta in prestazioni da parte di pubblici "uffici", da intendersi – secondo la nozione comune – come complessi di mezzi e di persone fisiche ad essi addetti e che sono identificati, o nella particolare articolazione tecnica interna della pubblica amministrazione, ovvero nella comune struttura tecnica consortile di più enti locali.

La terza ipotesi (lett. c) dell'art.17, comma 1, consiste, invece, in un rinvio a tutte le disposizioni di legge che prevedono la possibilità per le pubbliche amministrazioni di avvalersi, per la progettazione di lavori pubblici, di altre amministrazioni che utilizzano, a loro volta, propri "organismi", cioè propri uffici.

La circostanza che le prestazioni relative alla progettazione attengono a un'attività umana prettamente intellettuale e di contenuto corrispondente a quello proprio di una professione liberale, individualmente esercitata, non è stata considerata idonea, da parte dell'Autorità, a far ritenere che, nel nostro ordinamento, i tecnici appartenenti a ufficio pubblico svolgano un'attività di libera professione in quanto autori delle medesime elaborazioni intellettive proprie delle professioni liberali.

Quel che, invece, è vero, è che l'attività di progettazione svolta da funzionari pubblici è attività professionalmente qualificata, ma non di libera professione.

Questa qualificazione professionale è garantita dalla legge quadro col prevedere che gli addetti ai competenti uffici (art.17, comma 2), oltre alla garanzia data dalla selezione per l'accesso all'impiego, debbano possedere, per poter firmare il progetto, l'abilitazione all'esercizio della professione, ovvero, per i tecnici diplomati, il pregresso esercizio di analoghi incarichi, ritenuto equipollente.

È significativo che in tal senso sia stato modificato il testo originario della norma, come introdotta dalla legge n. 216/1995 citata e che prevedeva anche la necessità di iscrizione al competente albo professionale, in quanto tale modifica sta a comprovare il carattere non decisivo, ai fini dell'oggettiva affidabilità della prestazione, di detta iscrizione.

Con riguardo alla problematica relativa alla iscrizione all'albo dei dipendenti pubblici, l'Autorità ha notato che essa non ha rilievo sotto il profilo ora in esame; lo può avere in ordine ai limiti dell'attività dei pubblici dipendenti quali liberi professionisti, in base alle norme generali sul pubblico impiego. Ciò, in quanto il sindacato esercitato dagli ordini professionali "non si estende genericamente alla professionalità di una determinata attività", ma riguarda soltanto "coloro che esercitano la libera professione, esplicitando l'attività professionale mediante contratti d'ope-

ra direttamente con il pubblico dei clienti, ovvero, per talune professioni, alle dipendenze di privati imprenditori”, ed esulando quindi dalla competenza di detti ordini professionali “il controllo dei pubblici funzionari che prestino, alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, attività di contenuto corrispondente a quello di una libera professione” (Cons. di Stato, sez. V, 23 maggio 1997, n. 527).

Né ha valore, ai fini di assimilare la progettazione interna all’attività libero professionale, la circostanza che sia richiesta al dipendente pubblico la firma del progetto (art.17, comma 2).

Tale firma comporta, come per ogni attività propria del pubblico impiego, l’assunzione della responsabilità penale e contabile, perché si tratta di responsabilità a carattere “personale”. A queste si aggiunge soltanto – sempre nel presupposto che se ne verifichino le condizioni – la responsabilità civile verso terzi del progettista, solidale con quella dell’amministrazione di appartenenza, a termini delle norme generali sul pubblico impiego.

E ai rischi specificamente connessi a quest’ultima responsabilità si riferisce, quanto meno, la polizza assicurativa da stipularsi, ai sensi del successivo comma 3, dell’art.17, con aggravio delle relative spese all’amministrazione di dipendenza.

Deriva da tali premesse la conseguenza che, nel caso della progettazione interna, come in precedenza individuata, la relativa prestazione dei dipendenti, addetti ai competenti uffici, per essere riferita direttamente alla amministrazione di appartenenza, è da considerare svolta “ratione officii” e non “intuitu personae” e si risolve “in una modalità di svolgimento del rapporto di pubblico impiego” (Cass.Civ. Sez. Un. 2 aprile 1998, n. 3386), nell’ambito della cui disciplina normativa e sulla base della contrattazione collettiva e individuale vanno pertanto individuati i termini della relativa retribuzione.

In tale prospettiva è, quindi, da inquadrare la previsione riguardante il sistema degli incentivi di cui all'art.18, comma 1 e 2, della legge quadro, nel testo fissato dall'art.13, comma 4, della legge 17 maggio 1999, n. 144 e concernente l'obbligo di corrispondere un compenso da ripartire tra i dipendenti più specificamente interessati, con finalità incentivante e premiale per l'espletamento di servizi propri dell'ufficio di appartenenza, con conseguente espressa abrogazione dell'art.62, comma 4 e 5 del r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537, che erano divenuti incompatibili con il delineato sistema.

Rimane salva la facoltà di percepire compensi nel caso di conferimento di altri e diversi incarichi che, previa autorizzazione, possono avere i tecnici come tutti gli altri dipendenti pubblici ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni.

Ai sensi dell'art.17, comma 4, testo vigente della legge quadro, si può ricorrere alla progettazione "esterna", "in caso di carenza in organico di personale tecnico nelle stazioni appaltanti", ovvero di "difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto", ovvero in caso di "lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedano l'apporto di una pluralità di competenze".

Nella definitiva formulazione della norma, quale fissata dalla legge n. 415/1998, il ricorso alla progettazione esterna è quindi consentito, oltre che nel caso di carenza di organico delle stazioni appaltanti, già previsto nel testo precedente, anche nel caso di particolare complessità delle relative elaborazioni progettuali e negli altri casi sopra ricordati.

Per potervi fare ricorso è necessaria e sufficiente la sussistenza di una delle ipotesi indicate, accertata e certificata dal responsabile unico del procedimento.

Possibili affidatari dell'incarico di progettazione esterna possono essere: i liberi professionisti singoli o associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815 e successive modificazioni, le società di professionisti e le società di ingegneria come disciplinate dall'art.17, comma 6 e 7, nonché relativi raggruppamenti temporanei (art.17, comma 1, lett. d, e, f, g).

L'Autorità osserva che dalla disciplina, come sopra delineata, emerge che il legislatore nazionale, nel configurare l'istituto della progettazione esterna, continua essenzialmente a considerare la relativa prestazione con costante riferimento a persone fisiche le quali autonomamente, con continuità e con assunzione in proprio dei relativi rischi, esercitano la libera professione.

La circostanza è incontestabile, stante anche il dato testuale, con riferimento alla ipotesi, che, particolarmente interessa ai fini dell'indagine in esame. L'art.17, comma 1, lett.d), con l'indicazione relativa ai "liberi professionisti singoli o associati", si riferisce a soggetti che individualmente tale attività esplicano senza vincolo di subordinazione con il committente e comunque non occasionalmente. Alla stessa conclusione si perviene anche con riferimento alla disciplina concernente le società di professionisti e di ingegneria che – in deroga al principio di cui all'art.2 della legge n. 1815/1939, contenente il divieto dello svolgimento in forme societarie delle professioni che richiedono l'iscrizione in albi – sono state previste dalla legge quadro per un'esigenza di conformazione ai principi comunitari della massima concorrenzialità e trasparenza e del divieto di ogni discriminazione derivante dalla configurazione dell'affidatario come persona fisica o giuridica. Detta disciplina, nel delineare la struttura di dette entità, indica i professionisti iscritti negli appositi albi professionali; inoltre, nell'art.17 in esame, al comma 8, si dispone che "indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico, lo stesso deve

essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti nei vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali".

In questo contesto normativo non sono fatti riferimenti all'affidamento delle prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, a dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici ovvero di quelle di cui esse intendano avvalersi.

Ad avviso dell'Autorità, questo mancato riferimento è in sintonia con la disciplina generale sul pubblico impiego, che, con l'art. 58 del d. lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993, nel testo modificato dal d. lgs. n. 80 del 31 marzo 1998, estende a tutti i dipendenti pubblici "la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 3 del 10 gennaio 1957"; disciplina implicante la preclusione all'esercizio, oltre che del commercio e dell'industria, di "alcuna professione", da intendersi nel senso di attività libero professionale.

E ciò in conseguenza della incompatibilità, logica prima che giuridica (eccettuate peraltro alcune specifiche ipotesi relative a ordinamenti settoriali con regime particolare⁶), tra la professione come in precedenza intesa e il rapporto di pubblico impiego, tradizionalmente richiedente una esclusività della prestazione lavorativa in favore dell'amministrazione di dipendenza, non esigibile da chi svolge anche una libera professione.

Né ha condotto l'Autorità a conclusione diversa la normativa sul "conferimento" degli incarichi ai pubblici dipendenti e in particolare il secondo comma dello stesso indicato art. 58, secondo il quale "le pubbli-

6. Ipotesi di cui al secondo periodo del comma 1, dell'art.58 del decreto legislativo n. 29/1993.

che amministrazioni non possono conferire a dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative o che non siano espressamente autorizzati”.

Infatti, ha osservato l’Autorità, se anche si volesse ritenere che la disgiunzione (o) finale, contenuta nell’articolo ricordato, consenta ulteriori incarichi conferibili al dipendente previa una espressa autorizzazione da parte della amministrazione, in aggiunta a quelli specificatamente previsti per legge, deve rilevarsi che tale autorizzazione potrà essere data soltanto nel caso della saltuarietà e occasionalità degli incarichi stessi. Ma la progettazione esterna, ai sensi dell’art. 17, comma 1 della legge quadro, può essere commessa, per quanto detto in precedenza, soltanto a soggetti che esercitano professionalmente la relativa attività e che non possono quindi identificarsi in generale, tranne espresse eccezioni normative, con coloro che hanno la qualità di pubblici dipendenti.

A questo proposito, va aggiunto però che norme generali hanno distinto tra dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo pieno e dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale. Per i dipendenti a tempo pieno vale, senza possibilità di deroghe, il divieto di assegnazione di incarichi del tipo di quelli in esame da parte delle pubbliche amministrazioni.

Per i dipendenti non a tempo pieno la normativa si è evoluta in senso diverso. Con la legge 29 dicembre 1988, n. 554 (art.7), è stata estesa al pubblico impiego la possibilità, consentita in precedenza per il solo rapporto di lavoro privato, di configurare un rapporto con un orario di servizio inferiore a quello ordinario, facendosi rinvio ad apposito regolamento di attuazione per la relativa disciplina. Con d.P.C.M. 17 marzo 1989, n. 117, è stato stabilito poi che, ferma restando anche per tale tipo di rapporto di lavoro l’applicazione della normativa concernente quello a tem-

po pieno, fosse consentito al personale interessato e con rapporto a tempo parziale, previa motivata autorizzazione dell'amministrazione o ente di appartenenza, l'esercizio di altre prestazioni, senza pregiudizio delle esigenze di servizio, e purché tali prestazioni non fossero incompatibili con le attività pertinenti alla stessa amministrazione o ente.

Successivamente, con l'art.1, comma 56, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (collegato alla finanziaria per il 1997), è stato altresì disposto che, per il dipendente delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale e con prestazione non superiore al 50% di quella ordinaria, non si applicassero le norme di cui all'art. 58 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, il quale, nel regolare le incompatibilità relative ai dipendenti pubblici, continuava a precludere - anche per quelli a tempo parziale - il contemporaneo esercizio dell'attività libero professionale. Disposizione che veniva, poi, ribadita e meglio specificata con il comma 56 bis, aggiunto all'art.1 della suddetta legge 662/1996 dall'art. 6 del decreto legge 28 marzo 1997 n. 79, convertito con legge 28 maggio 1997, n. 140, che ha disposto esplicitamente l'abrogazione, per i dipendenti a tempo parziale in esame, delle norme che vietavano l'iscrizione ad albi e l'esercizio di attività libero professionali. Ciò, tuttavia, con la preclusione, per i dipendenti iscritti a tali albi e che svolgevano detta attività libero professionale, del "conferimento" di incarichi da parte delle "amministrazioni pubbliche".

Tale divieto, peraltro, è stato ritenuto e deve tuttora ritenersi non operante (e in tal senso concludeva anche la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, 18 luglio 1997, n. 6/1997) nel caso in cui l'attribuzione dell'incarico professionale dipenda non da una scelta fiduciaria dell'amministrazione, ma da una selezione di tipo concorsuale per la quale non avrebbero ragione di essere le preoccupazioni causate da possibili condizionamenti o

favoritismi. In tale contesto l'art. 9, comma 30, della legge 18 novembre 1998, n. 415, ha aggiunto i commi 2 ter⁷ e 2 quater⁸ all'art.18 della legge quadro, contenenti delle limitazioni territoriali e di modalità di affidamento per l'espletamento di incarichi professionali da parte di pubblici dipendenti.

Da queste disposizioni si evince l'evidente intento del legislatore di introdurre ulteriori divieti per soddisfare l'esigenza di garantire e rendere visibile la correttezza e la trasparenza dell'attività amministrativa.

Sicché, si è ritenuto di dover vietare al pubblico dipendente l'espletamento, nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza, di ogni incarico avente natura libero professionale, sia se affidato dalla propria amministrazione di appartenenza, sia se affidato da altre amministrazioni pubbliche; con la precisazione, tuttavia, che allo stesso restava comunque consentito (il che, peraltro, era già implicito nel sistema) l'espletamento delle attività proprie della professione, se oggetto del rapporto di impiego e quindi prestate come dovere di ufficio all'interno dello svolgimento del rapporto medesimo.

Scaturisce da quanto esposto che al dipendente a tempo parziale e con orario di lavoro pari o inferiore al 50 per cento del normale - in quan-

7. Art. 18, comma 2 ter, legge 109/1994: "I pubblici dipendenti che abbiano un rapporto di lavoro a tempo parziale non possono espletare, nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza, incarichi professionali per conto di pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, se non conseguenti ai rapporti di impiego".

8. Art. 18 comma 2 quater, legge 109/1994: "È vietato l'affidamento di attività di progettazione, direzione lavori, collaudo, indagini e attività di supporto a mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dalla presente legge".

to ritenuto anche libero professionista - possono essere sicuramente affidati, con i divieti peraltro di cui alle limitazioni territoriali indicate, incarichi professionali esterni, per gli importi che implicano il ricorso alle procedure concorsuali ad evidenza pubblica, con diritto al corrispettivo.

Per gli incarichi di progettazione il cui importo stimato è inferiore ai 40.000 ECU e per i quali le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere a una scelta "di loro fiducia", seppure motivata, non è, invece, consentito l'affidamento a dipendenti a tempo parziale, ostando a tale possibilità il perdurante (e non abrogato) divieto al "conferimento" di incarichi di cui al menzionato art.1, comma 56 bis, della legge 662/1996.

Questo, perché le amministrazioni aggiudicatrici procedono, in tal caso, a una scelta fiduciaria per la quale non ricorre la ragione della deroga prima detta al generale divieto.

Tale ragione consiste nel fatto che sarebbe improprio escludere a priori una categoria di professionisti come partecipanti a gare, perché questo impedirebbe la soddisfazione del principio della concorrenza, nonché della parità di trattamento. Anzi, emerge nel caso di scelta fiduciaria una situazione opposta, ove sono configurabili possibili violazioni dei suddetti principi data la potenziale posizione di privilegio del dipendente pubblico nell'accesso a questi incarichi.

1.5. Esclusione dalle gare e modalità di affidamento degli incarichi

Il titolo quarto è diviso in cinque capi. Per quanto riguarda il primo capo, che detta disposizioni di carattere generale, assumono particolare importanza le norme sull'esclusione dalle gare e sui requisiti delle società di ingegneria e delle società professionali.

L'art. 50 del Regolamento definisce l'ambito di applicazione del titolo quarto, richiamando a tal fine l'art. 17 comma 4 della legge 109/94, nonché il comma 1 dello stesso per l'individuazione dei soggetti possibili affidatari, di cui si è detto *supra*⁹.

L'art. 51 vieta ai concorrenti di partecipare alla medesima gara per l'affidamento di un appalto di servizi di cui all'articolo 50, in più di un'associazione temporanea ovvero di partecipare singolarmente e quali componenti di una associazione temporanea.

Il medesimo divieto sussiste per i liberi professionisti qualora partecipi alla stessa gara, sotto qualsiasi forma, una società di professionisti o una società di ingegneria delle quali il professionista è amministratore, socio, dipendente o collaboratore coordinato e continuativo.

Lo stesso articolo stabilisce che la violazione di tali divieti comporta l'esclusione dalla gara di entrambi i concorrenti.

La ragione del divieto è, evidentemente, di impedire a uno stesso soggetto di partecipare alla stessa gara a titolo diverso, avendo così molteplici possibilità nell'ambito della medesima procedura. Inoltre, il collegamento tra imprese è suscettibile di ricondurre due o più offerte a un unico centro decisionale, e può quindi determinare una automatica violazione del principio di segretezza delle offerte¹⁰.

L'articolo 52, contestato in sede di controllo dalla Corte dei conti perché difficilmente coordinabile con la direttiva comunitaria 92/50 e il d. lgs. 157/1995 che disciplinano l'affidamento di tutti i servizi, e perciò non pubblicato nella Gazzetta ufficiale, fissava le situazioni che determinano la mancata ammissione alle gare dei progettisti singoli e associati.

9. Cfr. par. 1.1 e 1.2.

10. A tal proposito si veda Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 28/2/2000, n. 1056, pubbl. in Giust.it, Rivista internet di Giustizia amministrativa.

In particolare la Corte dei conti non ha ammesso che potessero essere esclusi dalle gare i soggetti nei cui confronti fosse stata emessa la sentenza di applicazione della pena su richiesta (patteggiamento), a norma dell'art.444 C.p.p.

Gli articoli 53 e 54 disciplinano i requisiti organizzativi e tecnici delle società di professionisti e delle società di ingegneria, in ossequio alla delega contenuta nell'articolo 3, comma 6, lettera h) e nell'articolo 17, comma 7, della Legge. L'individuazione di tali requisiti si è presentata di facile articolazione nel caso delle società di ingegneria, la cui forma giuridica consente di ipotizzare requisiti dell'ente distinti da quelli dei singoli anche in termini di struttura organica e capacità tecnica, mentre nel caso delle società di persone i requisiti dei soci non possono divergere da quelli di abilitazione dei professionisti stessi. Non ha potuto trovare accoglimento la richiesta delle Commissioni Parlamentari in merito alla previsione di un diritto di opzione in capo ai soci delle cooperative per l'iscrizione a un determinato fondo pensionistico, stante l'inidoneità della norma regolamentare a incidere nella materia previdenziale disciplinata dalla fonte primaria.

Il secondo e il terzo capo attengono all'aggiudicazione dei concorsi di idee e dei concorsi di progettazione, regolando per ciascuna delle procedure i requisiti di partecipazione, il contenuto della prestazione e le modalità di erogazione dei premi, con disposizioni che sono state opportunamente riformulate alla luce delle osservazioni dedotte nei pareri raccolti.

Il capo quarto (articoli 62, 63 e 64) regola gli affidamenti degli incarichi in attuazione del comma 11 dell'articolo 17 della legge quadro: l'affidamento deve seguire le regole della gara, con obbligo comunque di adeguata divulgazione, e con previsione di requisiti di qualificazione tra i quali non sono richiesti quelli economico finanziari; è prevista la possibilità, con le relative regole, di selezionare preventivamente i soggetti da

invitare alla gara, riducendo il numero altrimenti enorme dei partecipanti; la gara si deve svolgere nella forma della licitazione privata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In ogni caso il criterio di aggiudicazione bilancia gli elementi di valutazione di tipo quantitativo (ribassi sui prezzi e riduzioni sui tempi di consegna) con quelli di tipo qualitativo (documentazione grafica, fotografica e descrittiva di un numero di progetti ritenuti dal concorrente rappresentativi della propria capacità professionale, e descrizione del modo in cui sarà svolto il servizio da aggiudicare) secondo un criterio che mutua molti elementi dal d.P.C.M. 116/1997, ma che tiene conto delle questioni in proposito emerse in sede comunitaria.

Inoltre, i servizi di cui all'art. 50 del Regolamento il cui corrispettivo complessivo stimato, costituito dalla quota riferita alla progettazione e alla quota riferita alle prestazioni accessorie, è compreso tra 40.000 Euro e il controvalore in Euro di 200.000 Dsp, sono affidati mediante licitazione privata. Per i Ministeri la disposizione si applica qualora il corrispettivo sia compreso tra 40.000 Euro e il corrispettivo in Euro di 130.000 Dsp.

Il Regolamento, ritenendo di adeguarsi all'impostazione della legge quadro che nulla aveva disposto in merito, ha lasciato una terza fascia di incarichi (di valore inferiore ai 40.000 Euro) in cui la scelta dei progettisti è di carattere fiduciario; essa deve tuttavia essere soggetta ad adeguate pubblicità, resa nota con adeguate formalità e motivata, come ricordato anche dalla Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici¹¹, e in coerenza

11. Infatti, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, nell'atto di regolazione 4 novembre 1999, in materia di incarichi di progettazione, ha ricordato l'importanza dell'obbligo di motivazione previsto anche nel caso di scelta fiduciaria dell'amministrazione per l'affidamento di lavori di importo inferiore ai 40.000 Euro, ai fini del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

con la previsione generale dell'art. 3 l. 241/90, che stabilisce l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi. La formulazione adottata dalla norma consente quindi il rispetto della regola di trasparenza, pur mantenendo il principio della discrezionalità amministrativa che comunque la legge non ha voluto incidere nel merito.

Il Capo quinto è relativo all'affidamento degli incarichi di importo pari o superiore al controvalore in Euro di 200.000 Dsp, soglia di rilievo comunitario, dove trovano disciplina – recependo puntualmente gli opportuni suggerimenti del Consiglio di Stato - i requisiti di partecipazione e le specifiche procedure di gara, essendo noto che le modalità di aggiudicazione sono integralmente disciplinate dal Decreto Legislativo 157/1995, con applicazione del predetto d.P.C.M. 116/1997 in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. La progettazione

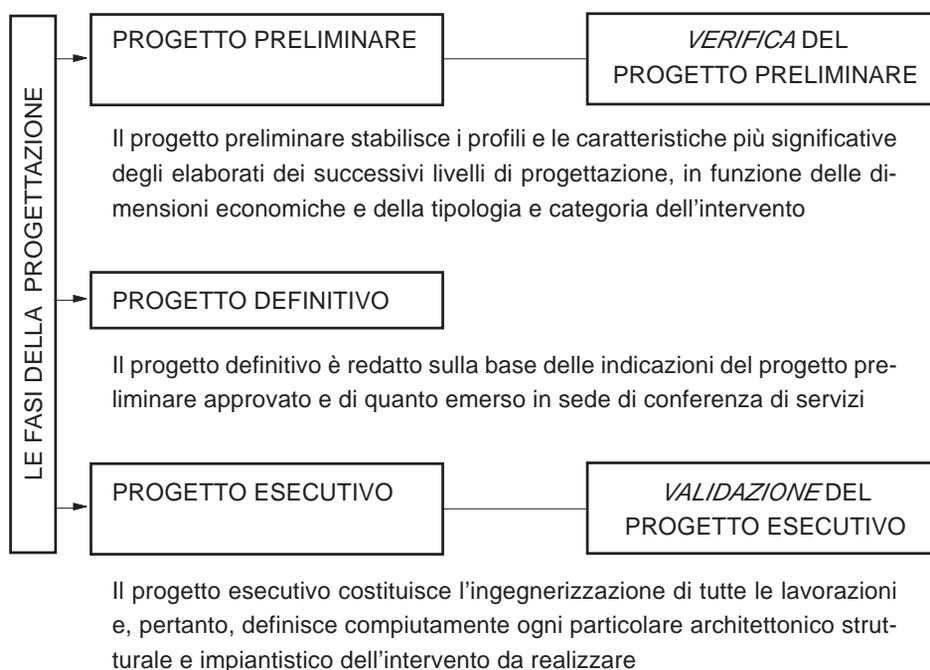
Con la legge 109/94 il legislatore ha attuato un'autentica rivoluzione nella materia della progettazione, prevedendo un'articolazione della sequenza procedimentale secondo tre livelli di progressivo approfondimento tecnico: il progetto preliminare, il progetto definitivo e il progetto esecutivo, di modo che le scelte operate nella fase precedente condizionino quelle operate nella fase successiva.

La struttura tripartita è stata configurata sin dalla prima versione della legge 109/94, salva una più articolata specificazione della stessa nelle successive modificazioni, portate dalla l. 216/95 e, in minore misura, dalla l. 415/98.

La progettazione costituisce ora un subprocedimento nel più ampio procedimento della realizzazione delle opere pubbliche.

L'articolazione secondo i tre livelli rappresenta un principio inderogabile: il potere discrezionale, riconosciuto dal comma 2 dell'art. 16 al responsabile del procedimento di integrare o modificare, previa congrua motivazione (dato l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi di cui all'art. 3, l. 241/90) le prescrizioni stabilite dai commi 3, 4 e 5 in ordine al contenuto necessario rispettivamente dei progetti preliminari, definitivi ed esecutivi, non può condurre all'azzeramento di una delle suddette fasi, pena l'illegittimità dell'intera procedura.

Fig. 1 - Le fasi della progettazione



Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

2.1. La verifica e l'approvazione del progetto preliminare

Il progetto preliminare, ai sensi del comma 3 dell'art. 16 l. 109/94, definisce "le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire". Esso consiste, salvo diversa determinazione del responsabile del procedimento, in una serie di elaborati che, già indicati nella suddetta norma, sono stati ora dettagliatamente elencati nel nuovo regolamento generale (d.P.R. 554/1999), all'articolo 18.

Il progetto preliminare, a norma dell'articolo 46 del regolamento, deve essere verificato. La verifica è finalizzata ad accertare la qualità concettuale, sociale, ecologica, ambientale ed economica della soluzione progettuale prescelta e la sua conformità alle specifiche disposizioni funzionali, di prestazione e tecniche contenute nel documento preliminare alla progettazione, e tende all'obiettivo di ottimizzare la soluzione progettuale prescelta. Comporta, inoltre, a norma dello stesso articolo, un doppio controllo, teso a verificare sia la coerenza esterna tra la soluzione progettuale e il contesto socio-economico e ambientale in cui l'intervento progettato si inserisce, sia la coerenza interna tra gli elementi o componenti della soluzione progettuale prescelta.

Tale verifica è volta poi a valutare il rispetto dei criteri di progettazione, così come indicati nel regolamento, nonché l'efficacia della soluzione progettuale prescelta rispetto allo scopo, al minimo dei costi di realizzazione, gestione e manutenzione.

Le modalità della verifica del progetto preliminare sono indicate nell'articolo 48, a norma del quale esse sono demandate al responsabile del procedimento, che vi provvede direttamente con il supporto tecnico dei propri uffici oppure avvalendosi del supporto di organismi di controllo accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000. Le risultanze delle verifiche sono riportate in verbali sottoscritti da tutti i partecipanti. A seguito di tali verifiche, inizia la fase di approvazione del progetto. Sul progetto preliminare può essere convocata la conferenza di servizi, "al fine di concordare quali siano le condizioni per ottenere, in sede di presentazione del progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nulla osta e gli assensi di cui alle vigenti norme"¹².

12. Art. 7, comma 8 l. 109/94.

2.2. La validazione e l'approvazione del progetto definitivo e del progetto esecutivo

Va notato come l'art. 16 della legge 109/94, nel disciplinare l'attività di progettazione, non si occupi della procedura di approvazione dei progetti, pur innovando sul tema con l'attribuire la competenza per l'approvazione alla stazione appaltante. L'art. 30, comma 6, della legge stessa stabilisce comunque che gli elaborati progettuali debbano essere verificati dalle stazioni appaltanti, rimettendo al regolamento termini e modalità. Della verifica si occupa dunque il Regolamento, che all'art. 47 disciplina la procedura di validazione del progetto *esecutivo*.

Riguardo invece al progetto *definitivo*, sembra non vi sia alcuna previsione circa le modalità della sua verifica e della sua approvazione, dato il silenzio del Regolamento su questo punto¹³.

Invero, questa circostanza non deve far pensare a una minore importanza attribuita al progetto definitivo. Intanto, esso è determinato dal Regolamento nei suoi contenuti, al pari dei progetti preliminare ed esecutivo, agli articoli 25 e seguenti; inoltre, la legge 109/94, nell'individuare i casi in cui sia opportuno procedere alla conferenza di servizi per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, licenze, nulla osta o assensi, all'art. 7, comma 8, afferma che "in sede di conferenza di servizi le amministrazioni si esprimono sul progetto definitivo, successivamente alla pronuncia da parte dell'amministrazione competente in ordine alla valutazione d'impatto ambientale, ove richiesta dalla normativa vigente, da rendere nel termine di novanta giorni dalla richiesta, o nel più breve termine idoneo a consentire l'utilizzazione degli eventuali

13. L'articolo 47 del Regolamento si limita, infatti, a prevedere una verifica comprendente anche il progetto definitivo solo nel caso di appalto integrato.

cofinanziamenti comunitari entro la scadenza per essi prevista". Dunque è certo che vi sia una valutazione del progetto definitivo. Inoltre, esso risulta essere approvato dall'amministrazione aggiudicatrice, in base all'art. 14, comma 13, della legge 109/94. Di questa approvazione va sottolineata l'importanza: essa equivale, infatti, a norma dello stesso articolo, a dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dei lavori.

La validazione del progetto definitivo dunque, anche se non esplicitamente disciplinata dal Regolamento, deve ritenersi consistere, come è previsto per l'esecutivo, nell'espletamento di una serie di verifiche, indicate nell'art. 47 ed effettuate da parte del *responsabile del procedimento in contraddittorio con i progettisti*¹⁴.

14. Con riguardo sempre alla verifica di elaborati progettuali, l'art. 30, comma 6, della legge 109/94 prevede: "Prima di iniziare le procedure per l'affidamento dei lavori, le stazioni appaltanti devono verificare, nei termini e con le modalità stabiliti dal regolamento, la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'articolo 16, commi 1 e 2, e la loro conformità alla normativa vigente. Tale verifica può essere effettuata da organismi di controllo accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 o dagli uffici tecnici delle predette stazioni appaltanti". Il richiamato art. 16 della stessa legge, ai commi 1 e 2, stabilisce:

- "1. La progettazione si articola, nel rispetto dei vincoli esistenti, preventivamente accertati, e dei limiti di spesa prestabiliti, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in preliminare, definitiva ed esecutiva, in modo di assicurare: a) la qualità dell'opera e la rispondenza alle finalità relative; b) la conformità alle norme ambientali e urbanistiche; c) il soddisfacimento dei requisiti essenziali, definiti dal quadro normativo nazionale e comunitario;
2. Le prescrizioni relative agli elaborati descrittivi e grafici contenute nei commi 3, 4 e 5 (riguardanti rispettivamente il progetto preliminare, il progetto definitivo e il progetto esecutivo, *n.d.R.*) sono di norma necessarie per ritenere i progetti adeguatamente sviluppati. Il responsabile del procedimento della fase di progettazione qualora, in rapporto alla

L'approvazione del progetto può essere preceduta da un esame in sede di conferenza di servizi. La conferenza di servizi, indetta con le modalità previste dall'articolo 9 del Regolamento, si svolge dopo l'acquisizione dei pareri tecnici necessari alla definizione di tutti gli aspetti del progetto; la disciplina è identica a quella dell'approvazione del progetto preliminare, essendo identica la norma di riferimento (art. 49).

La conferenza di servizi procede all'esame del progetto e, ove occorra, a un riesame dopo che siano apportate delle modificazioni, nell'eventualità che siano state richieste. Successivamente alla conferenza di servizi, il progetto dovrà essere oggetto dell'approvazione dell'amministrazione aggiudicatrice.

Per quanto riguarda il progetto esecutivo, le verifiche riguardano la conformità del progetto alla normativa vigente, nonché al documento preliminare di progettazione e ad altre indicazioni di carattere tecnico elencate nell'art. 47 comma 2 del regolamento, consistenti nei seguenti punti:

- a) la corrispondenza dei nominativi dei progettisti a quelli titolari dell'affidamento e la sottoscrizione dei documenti per l'assunzione delle rispettive responsabilità;

segue nota 14.

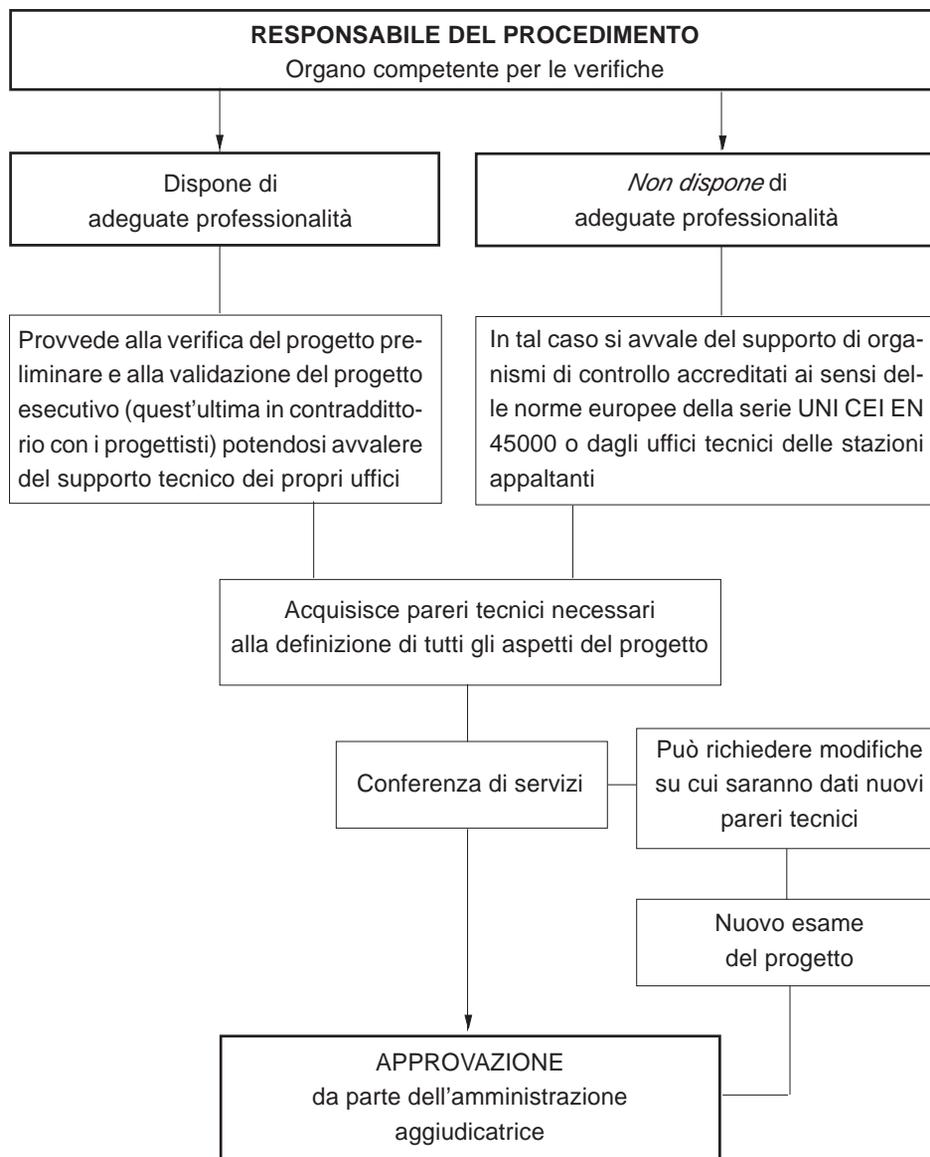
specifica tipologia e alla dimensione dei lavori da progettare, ritenga le prescrizioni di cui al comma 4 e 5 insufficienti o eccessive, provvede a integrarle ovvero a modificarle”.

Dalla lettura di questi articoli, si nota una diversità tra legge e regolamento nel disciplinare le procedure di verifica del progetto, in quanto, mentre nel regolamento, in base al disposto dell'art. 47, sembra necessariamente essere il responsabile del procedimento a provvedere a tale verifica, nella legge, in base all'art. 30 comma 6, essa risulta poter essere affidata anche ad appositi organismi di controllo, accreditati ai sensi di norme europee.

- b) la completezza della documentazione relativa agli intervenuti accertamenti di fattibilità tecnica, amministrativa ed economica dell'intervento;
- c) l'esistenza delle indagini, geologiche, geotecniche e, ove necessario, archeologiche nell'area di intervento e la congruenza dei risultati di tali indagini con le scelte progettuali;
- d) la completezza, adeguatezza e chiarezza degli elaborati progettuali, grafici, descrittivi e tecnico-economici, previsti dal regolamento;
- e) l'esistenza delle relazioni di calcolo delle strutture e degli impianti e la valutazione dell'idoneità dei criteri adottati;
- f) l'esistenza dei computi metrico-estimativi e la verifica della corrispondenza agli elaborati grafici, descrittivi e alle prescrizioni capitolari;
- g) la rispondenza delle scelte progettuali alle esigenze di manutenzione e gestione;
- h) l'effettuazione della valutazione di impatto ambientale, ovvero della verifica di esclusione dalle procedure, ove prescritte;
- i) l'esistenza delle dichiarazioni in merito al rispetto delle prescrizioni normative, tecniche e legislative comunque applicabili al progetto;
- l) l'acquisizione di tutte le approvazioni e autorizzazioni di legge, necessarie ad assicurare l'immediata cantierabilità del progetto;
- m) il coordinamento tra le prescrizioni del progetto e le clausole dello schema di contratto e del capitolato speciale d'appalto nonché la verifica della rispondenza di queste ai canoni della legalità.

Si tratta, dunque, di una approvazione "step by step", atteso che, come si è detto, ciascun livello progettuale può esplicare una propria autonoma funzione nel procedimento di realizzazione dell'opera pubblica. Se deve considerarsi essenzialmente positiva la previsione di un sistema

Fig. 2 - Le modalità di verifica, validazione e approvazione dei progetti



Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

di controllo di questo tipo dell'attività di progettazione, ci si può però chiedere se questa eccessiva procedimentalizzazione non possa comportare un rallentamento per la realizzazione delle opere.

Anche su questo punto, gioca un ruolo fondamentale il ruolo del responsabile del procedimento, il quale può assolvere un compito di moderatore della procedura se sarà effettivamente in grado di graduare l'intensità e i tempi delle fasi di verifica in relazione alle concrete necessità inerenti all'opera da realizzare. Infatti, secondo la previsione contenuta nell'art. 16 comma 2 della l. 109/94, il responsabile del procedimento, qualora ritenga talune prescrizioni procedurali insufficienti oppure eccessive, dovrebbe provvedere a integrarle o a modificarle.

2.3. Il piano di manutenzione

La legge 109/94 ha previsto, all'art. 16, con una innovazione di rilevante importanza, che il progetto esecutivo sia corredato da un apposito piano di manutenzione dell'opera. La stessa legge ha demandato alla potestà regolamentare la determinazione dei termini, modalità, contenuti, tempi e gradi per la sua redazione.

A proposito della innovativa previsione avente a oggetto il piano di manutenzione occorre soffermarsi sul fatto che la disciplina contenuta sia nel R.D. 350/1895, sia nel precedente capitolato generale d'appalto approvato con D.P.R. 1063/1962, non prevedeva una attività ulteriore rispetto a quella finalizzata alla realizzazione dell'opera a regola d'arte. Di lavori di ordinaria manutenzione si parlava nel R.D. 350/1895, ma nell'ambito della fase di esecuzione dei lavori, e non con riferimento a un momento successivo alla ultimazione dei lavori.

Il nuovo regolamento generale prevede (all'art. 40), nell'ambito del

progetto esecutivo - che ha la funzione di definire compiutamente l'intervento da realizzare in ogni suo particolare architettonico, strutturale e impiantistico – la redazione di un documento qualificato appunto come piano di manutenzione. Nello stesso articolo quest'ultimo è definito come "il documento complementare al progetto esecutivo che prevede, pianifica e programma, tenendo conto degli elaborati progettuali esecutivi o di effettiva realizzazione, l'attività di manutenzione dell'intervento al fine di mantenerne nel tempo la funzionalità, le caratteristiche di qualità, l'efficienza e il valore economico".

La rilevanza assegnata all'attività di manutenzione nel regolamento si ravvisa all'art. 2, lett. 1), dove questa è definita, in via generale, come "la combinazione di tutte le azioni tecniche, specialistiche e amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la sua funzione prevista dal provvedimento di approvazione del progetto".

Il fatto che nel regolamento si sia voluta dare una definizione "ufficiale" dell'attività di manutenzione mostra come quest'ultima sia considerata parte integrante del buon fine dell'esecuzione dell'opera.

Inoltre non deve meravigliare l'inclusione di un piano per la manutenzione dell'opera e delle sue parti nell'ambito della disciplina della progettazione. La completezza di quest'ultima richiede senz'altro la previsione che il progetto sia orientato anche alla conservazione dell'opera.

Osservando la disciplina regolamentare, vediamo che il piano di manutenzione si compone di tre elaborati: il *manuale d'uso*, il *manuale di manutenzione* e il *programma di manutenzione*.

Il manuale d'uso deve permettere al fruitore del bene di conoscere le modalità di utilizzo e di gestione che ne evitino il degrado anticipato e ne consentano la miglior fruizione.

Il manuale di manutenzione deve fornire all'utente, in particolare

per quanto riguarda gli impianti tecnologici, tutte le indicazioni per una corretta manutenzione dell'opera, quali a esempio il livello minimo della prestazione, le anomalie riscontrabili, nonché il ricorso ai centri di assistenza e di servizio.

Il programma di manutenzione, infine, prevede un sistema di controlli e di interventi che l'utente deve eseguire a scadenze temporalmente o altrimenti prefissate, al fine di una corretta gestione del bene nell'arco della sua esistenza e del periodo del suo utilizzo.

Lo spazio dato al momento della manutenzione nell'ambito del regolamento, come nell'ambito della legge quadro, è da sottolineare in quanto si inserisce nel più ampio disegno normativo volto non solo a far sì che vi sia una attività, a partire da quella progettuale, efficiente e funzionale nella realizzazione dell'opera, ma che questa attività sia indirizzata altresì alla conservazione ottimale dell'opera stessa. Cosicché si è ritenuto opportuno prevedere e definire le modalità della necessaria manutenzione, successiva alla realizzazione dell'opera, già nella fase di progettazione della stessa.

La norma regolamentare contenuta nell'art. 40 contiene ulteriori specificazioni, che dettagliatamente enunciano i punti di cui dovrà comporsi ciascun elaborato. In particolare, il programma di manutenzione si deve articolare in tre sottoprogrammi, che sono:

- a) il sottoprogramma delle prestazioni, che prende in considerazione, per classe di requisito, le prestazioni fornite dal bene e dalle sue parti nel corso del suo ciclo di vita;
- b) il sottoprogramma dei controlli, che definisce il programma delle verifiche e dei controlli al fine di rilevare il livello prestazionale (qualitativo e quantitativo) nei successivi momenti della vita del bene, individuando la dinamica della caduta delle prestazioni aventi come estremi il valore di collaudo e quello minimo di norma;

- c) il sottoprogramma degli interventi di manutenzione, che riporta in ordine temporale i differenti interventi di manutenzione, al fine di fornire le informazioni per una corretta conservazione del bene.

Va rilevato che tutti gli elaborati (come si è detto, redatti in sede di progettazione esecutiva) devono essere sottoposti, conclusa la realizzazione dell'opera, a controllo e verifica, ed eventualmente integrati con tutti gli aggiornamenti che si dovessero rendere necessari per rispondere a nuove esigenze o condizioni emerse nel corso dell'esecuzione dei lavori.

Fig. 3 - Il piano di manutenzione



Fonte: Centro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

3. La direzione dei lavori

Il titolo IX del Regolamento si occupa della fase di esecuzione dei lavori ed è diviso in tre capi, ove vengono rispettivamente dettate le disposizioni che riguardano la "direzione dei lavori", la "esecuzione dei lavori" in senso stretto e i "lavori in economia".

Nel presente studio sarà effettuata la disamina delle disposizioni relative alla direzione e l'esecuzione dei lavori, trascurando per ora la disciplina dei lavori in economia.

L'ufficio della direzione lavori, secondo la disposizione dell'articolo 123, è istituito dalle stazioni appaltanti, "prima della gara", per "il coordinamento, la direzione e il controllo tecnico-contabile" dell'esecuzione delle opere ed è costituito "per ogni intervento" dalla persona del direttore dei lavori - cui sono attribuite oltretutto alcune delle funzioni che erano dell'ingegnere capo - ed eventualmente dai suoi assistenti, che, a loro volta, possono assumere le funzioni di "direttore operativo" o di "ispettore di cantiere".

Vengono, in tal modo (e, nello specifico, ai successivi articoli 125 e 126) delineate con precisione le figure professionali e le rispettive attribuzioni di quelli che erano semplicemente nominati "aiutanti e assistenti" del direttore dei lavori dall'articolo 3 del R.D. 350/1895. Così, accanto al responsabile del procedimento, cui è attribuita la responsabilità e la diretta vigilanza delle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione

ne di ogni singolo intervento, si affianca, per la fase di esecuzione (in particolare, oltre che per la fase di progettazione) la figura del direttore dei lavori.

3.1. L'ordine di servizio e la consegna dei lavori

Il capo secondo del titolo (articoli da 128 a 141) presenta particolari profili di interesse perché attiene alla fase propriamente esecutiva dell'appalto, suddiviso in quattro sezioni: disposizioni preliminari, consegna dei lavori, esecuzione in senso stretto, subappalto. Opportunamente

Tav. 1 - La direzione lavori

	<i>Regio decreto n. 350 del 1985</i>	<i>Regolamento gen. ex art. 3 l. 109/94</i>
<i>Organo direzionale</i>	La direzione dei lavori era affidata secondo la natura e l'importanza dell'opera, all'ingegnere della sezione nella quale si eseguivano i lavori o ad altro ufficiale designato dal Ministero su proposta dell'ingegnere capo. Poteva essere affidata, inoltre, allo stesso ingegnere capo quando il Ministero gliene avesse dato espressamente l'incarico.	Il direttore dei lavori dirige l'Ufficio di direzione dei lavori istituito dalle stazioni appaltanti prima della gara. Per tutti i lavori di importo inferiore ai 500.000 Euro, tranne quelli di particolare complessità così come individuati dall'art. 2 lett. <i>h</i>) e <i>l</i>) dello stesso Regolamento, la funzione di direttore dei lavori può essere svolta dal responsabile del procedimento.
<i>Organi di assistenza</i>	Assistenti e aiutanti del direttore dei lavori, che erano con lui responsabili qualora mancassero alle istruzioni ricevute, e in genere non vegliassero sulla esatta esecuzione delle parti di lavoro loro affidate.	Direttore operativo e ispettore di cantiere eventualmente istituiti presso l'Ufficio di direzione dei lavori.

segue

segue **Tav. 1 - La direzione lavori**

	<i>Regio decreto n. 350 del 1985</i>	<i>Regolamento gen. ex art. 3 l. 109/94</i>
<i>Funzioni</i>	Il direttore dei lavori aveva la speciale responsabilità dell'accettazione dei materiali, della buona e puntuale esecuzione dei lavori in conformità ai patti contrattuali e agli ordini dell'ingegnere capo. Per i provvedimenti che non fossero stati di sua attribuzione doveva fare le proposte all'ingegnere capo ed eseguirne gli ordini. Aiutanti e assistenti erano responsabili con lui qualora mancassero alle istruzioni ricevute, e in genere non vegliassero sulla esatta esecuzione delle parti di lavoro loro affidate.	L'ufficio di direzione dei lavori è preposto alla direzione e al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento secondo le disposizioni del regolamento e nel rispetto degli impegni contrattuali. Il direttore dei lavori cura che i lavori cui è preposto siano eseguiti a regola d'arte e in conformità al progetto e al contratto; interloquisce in via esclusiva con l'appaltatore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto. Ha la specifica responsabilità dell'accettazione dei materiali.
<i>Sicurezza nei cantieri</i>	Non era prevista, nel r.d. 350/1895, una specifica disciplina della sicurezza nei cantieri. Tuttavia, nel caso di sinistri alle persone e danni alle proprietà (quindi, non con esclusivo riferimento ai lavoratori nei cantieri), era previsto che il direttore dei lavori ne facesse relazione al prefetto e ne desse comunicazione all'ingegnere capo e al ministero.	Le funzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori previsti dalla vigente normativa sulla sicurezza nei cantieri possono essere svolte dal direttore dei lavori ¹ . Nell'eventualità che il direttore dei lavori sia sprovvisto dei requisiti previsti dalla normativa stessa, le stazioni appaltanti devono prevedere la presenza di almeno un direttore operativo avente i requisiti necessari per l'esercizio delle relative funzioni.

1. In effetti, l'art. 127 del Regolamento affida senz'altro al direttore dei lavori le funzioni di coordinatore per l'esecuzione dei lavori previsti dalla normativa vigente sulla sicurezza nei cantieri, salvo che sia sprovvisto dei requisiti previsti dalla normativa stessa. Così facendo, tuttavia, il regolamento finisce per richiedere alla figura del direttore dei lavori requisiti e competenze che non le sono viceversa richiesti dalla legge 109/94 e successive modificazioni. In realtà, l'uso, allo stesso art. 127, dell'espressione "salvo che sia sprovvisto dei requisiti previsti dalla normativa (sulla sicurezza, *n.d.R.*) stessa" armonizza la disposizione regolamentare con il dettato legislativo, ritenendo possibile il caso in cui il direttore dei lavori non abbia le adeguate competenze. Qualora ricorra questa eventualità, l'esercizio della funzione di coordinatore è affidato a un direttore operativo che abbia i requisiti necessari, e la questione sopra accennata si propone nuovamente, perché anche per il direttore operativo la legge non prescrive la necessità del possesso di competenze specifiche in materia di sicurezza. Il regolamento impone così alle stazioni appaltanti di dotarsi, in via alternativa, di un direttore dei lavori o di almeno un direttore operativo con competenze settoriali (in materia di sicurezza) che in via generale non sarebbero richieste per questi ruoli.

Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

va premesso che le disposizioni del nuovo Regolamento in proposito si ispirano ai lineamenti del regolamento 350/1895. Le disposizioni preliminari sono contenute nel solo *art. 128*, dedicato allo *strumento dell'ordine di servizio*, individuato in modo molto puntuale rispetto alla generica menzione che se ne faceva all'*art. 12* del capitolato generale di appalto del 1962, e con il quale sono impartite tutte le istruzioni relative alla condotta dei lavori, da parte del responsabile del procedimento al direttore dei lavori e da parte di quest'ultimo all'appaltatore. Di esso si redigono due copie, che l'appaltatore deve restituire firmate per avvenuta conoscenza.

Il regolamento disciplina diffusamente, all'*art. 129*, il *procedimento di consegna*, ricalcando in buona sostanza le previsioni della precedente normativa. La consegna è effettuata, previa autorizzazione del responsabile del procedimento, dal direttore dei lavori, che comunica all'appaltatore il giorno e il luogo in cui deve presentarsi per ricevere la consegna dei lavori; l'indicazione del giorno e del luogo era in precedenza, a norma dell'*art. 9* del R.D. 350/1985, effettuata dallo stesso ingegnere capo.

La consegna dei lavori deve risultare da verbale redatto in contraddittorio con l'appaltatore; dalla data di tale verbale decorre il termine utile per il compimento dell'opera o dei lavori, secondo il comma 6 dell'*art. 129* Regolamento.

Restano ferme, per ciò che concerne l'eventuale inadempienza dell'appaltatore a ricevere i lavori, ovvero dell'Amministrazione a consegnare gli stessi, rispettivamente, la possibilità per la p.a. di risolvere il contratto, previa fissazione di una nuova data inutilmente trascorsa, e per l'appaltatore di recedere dal contratto stesso.

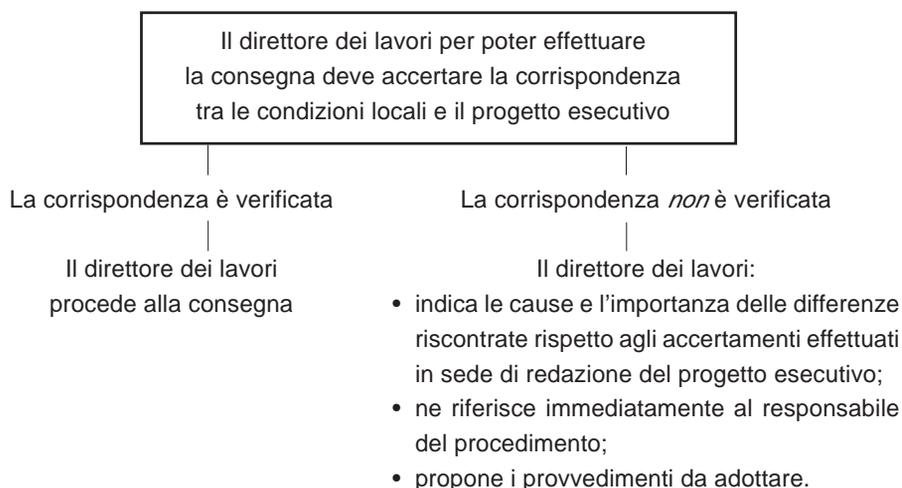
Un'importante innovazione a favore dell'esecutore dell'opera è contenuta nel nono comma, secondo cui la stazione appaltante non può più avvalersi della facoltà di rigettare l'istanza di recesso dell'appaltatore in

Fig. 4 - Procedimento di consegna dei lavori



Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

Fig. 5 Differenze riscontrate all'atto della consegna



Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

caso di ritardata consegna, allorché il ritardo sia superiore alla metà dei termini stipulati per realizzazione dell'opera. I successivi articoli 130, 131 e 132 corrispondono nel loro contenuto ai correlativi articoli 10, 11 e 12 del R.D. 350/1895, con sole innovazioni di carattere organizzativo, legate soprattutto alla scomparsa della figura dell'ingegnere capo e alla nuova figura del responsabile del procedimento.

3.2. La sospensione dei lavori

L'articolo 133 contiene la regolamentazione di ciò che in precedenza era disciplinato dal combinato disposto degli articoli 16 del R.D. 350/1895 e 30 del D.P.R. 1063/62. Pertanto, vengono individuati i *due casi di sospensione dei lavori*, costituiti sempre dalle "cause speciali" o dalle "ragioni di pubblico interesse o necessità"; con il ricorrere del primo presupp-

posto (*le cause speciali*) la richiesta di sospensione è affidata alla competenza del *direttore dei lavori*; con il ricorrere del secondo (*ragioni di pubblico interesse o necessità*), alla competenza del responsabile del procedimento.

Della ordinata sospensione viene redatto verbale da parte del direttore dei lavori, *con l'intervento* dell'appaltatore. Si noti, a proposito della partecipazione dell'appaltatore alla redazione del verbale, che, per quanto riguarda la fase di consegna dei lavori, del Regolamento, è usata l'espressione "verbale redatto in contraddittorio con l'appaltatore"¹⁵ (cfr. *supra*, par. 3.1) mentre, con riferimento alla fase eventuale della sospensione dei lavori si parla di verbale redatto "con l'intervento dell'appaltatore"¹⁶.

La natura delle locuzioni usate evidenzia il differente peso che assume la partecipazione dell'appaltatore nella redazione dei due verbali, peso che è manifestamente più rilevante nel caso della consegna dei lavori, in quanto l'espressione "in contraddittorio" pone la posizione dell'appaltatore su un piano di parità rispetto a quella del direttore dei lavori; il comma 4 specifica il contenuto di esso, con indicazioni assai più analitiche rispetto alla precedente normativa.

È previsto altresì il potere ispettivo del direttore dei lavori nel corso della sospensione, con visite periodiche che contribuiscano al contenimento del periodo di fermo entro i limiti dello stretto indispensabile, e soprattutto mirino ad assicurare il controllo sulla effettività e sulla necessità delle consistenze di cantiere, in termini di personale e mezzi, nel periodo di sospensione, onde garantire certezza e veridicità a una delle maggiori cause di danno dell'impresa nei casi di interruzione dei lavori per fatto della stazione appaltante.

15. Art. 129 co. 6 Regolamento gen.

16. Art. 133 co. 3.

Fig. 6 - Procedimento di sospensione e ripresa dei lavori

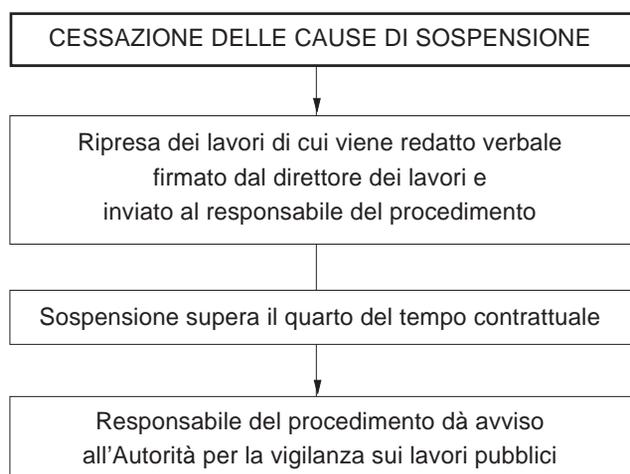


Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

Oltre alla maggiore puntualità del regolamento sui punti analizzati, innovativa appare la previsione, di cui al comma 7 dell'art. 133, riguardante la *sospensione "parziale"* per "*cause imprevedibili o di forza maggiore*", di cui si dà atto in apposito verbale¹⁷.

17. Il comma 7 dell'art. 133 del Regolamento generale, non indica espressamente il soggetto tenuto, nel caso in esame, alla redazione del verbale, ma risulta evidente dalla lettura d'insieme del dettato normativo che tale funzione spetti sempre al direttore dei lavori.

Fig. 7 - Ripresa dei lavori



Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

Viene disciplinata così un'ipotesi ricorrente, che è quella dell'anomalo andamento dell'appalto per situazioni che, pur non ritenute tali da giustificare la formale sospensione di tutti i lavori, tuttavia, causano rallentamenti in relazione all'impedimento di alcune lavorazioni o di alcune aree di cantiere, con compromissione (e conseguenti pretese risarcitorie) del regolare ritmo produttivo dell'impresa. La scelta operata dal Regolamento consiste nel far sì che vengano individuate le operazioni eseguibili e non, e che sia data loro risultanza ufficiale in apposito verbale.

Viene, poi, espressamente codificato al comma successivo il principio, sino a oggi solo affermato dalla giurisprudenza, che impone all'appaltatore l'onere di iscrivere le eventuali contestazioni, a pena di decadenza, nei verbali di sospensione e ripresa dei lavori; questo, al fine di far valere le pretese connesse ai danni derivanti dalla sospensione totale o parziale. In questo caso si procede a norma dell'art. 165 del Regolamento generale.

3.3. Le varianti e addizioni

L'articolo 134 disciplina la materia delle varianti e addizioni al progetto approvato, operando una rielaborazione delle disposizioni già recate dall'articolo 20 del regolamento del 1895 e dall'articolo 13 del D.P.R. 1063/1962 per adeguarle alle significative innovazioni apportate in materia dall'art. 25 della legge 109/94.

Vengono ribaditi l'impossibilità per l'appaltatore di apportare autonomamente variazioni o addizioni al progetto, che devono ora essere disposte dal direttore dei lavori, previa approvazione della stazione appaltante; l'obbligo per l'appaltatore di eseguire le variazioni disposte dalla stazione appaltante, purché nel limite - già contenuto nella disciplina precedente, a tutela della corrispettività del contratto - del rispetto del mantenimento sostanziale della natura dei lavori appaltati.

In tale ottica il comma 3 individua nella "perizia suppletiva e di variante" lo strumento ordinario attraverso cui si possono ottenere variazioni o addizioni al progetto originario, perizia la cui redazione è "promossa" dal direttore dei lavori, che redige relazione, sentiti responsabile del procedimento e progettista, previo accertamento di cause, condizioni e presupposti (e, cioè, della ricorrenza di una o più delle ipotesi di cui al primo comma dell'art. 25 della legge 109/94) da parte del responsabile del procedimento, che pure redige relazione (comma 7).

Competenti all'approvazione delle perizie di variante sono la stazione appaltante, per le perizie che comportino aumenti di spesa, e il responsabile del procedimento negli altri casi (comma 9).

L'ultimo comma dell'articolo in esame riproduce sostanzialmente gli ultimi due commi dell'art. 20 del R.D. 350/1895, attribuendo alla direzione dei lavori le responsabilità per l'inosservanza delle relative disposizioni, nonché quelle per aver consentito od ordinato variazioni non auto-

rizzate, la significativa eccezione relativa agli interventi a tutela dei beni di cui alla legge 1089/39.

In virtù dell'articolo 25 della legge 109/94 la potestà di ordinare, alle stesse condizioni di contratto, aumenti o diminuzioni dei lavori, con rimando al capitolato generale, è sempre riservata alla stazione appaltante dall'articolo 135. Si veda a tale proposito il comma 4 del suddetto art. 25 della legge quadro, che prevede la risoluzione del contratto in caso di varianti che eccedano il quinto dell'importo originario dello stesso, con riconoscimento all'appaltatore anche della somma corrispondente al 10% del valore dei lavori non eseguiti, fino ai quattro quinti dell'importo del contratto.

Il Capo terzo del Titolo IX (articoli da 142 a 148) è dedicato alla disciplina dei lavori in economia, la cui disciplina regolamentare non differisce in modo significativo dalla precedente, salve ovviamente le nuove determinazioni delle soglie di valore e la individuazione delle competenze alla luce delle nuove figure create dalla legge 109/94.

3.4. Il certificato di ultimazione dei lavori

Nel titolo XI, all'art. 172, sono contenute le disposizioni riguardanti il certificato di ultimazione dei lavori, già previsto dalla precedente normativa - all'art. 62 del R.D. 350/1895 - che, tuttavia, non lo disciplinava direttamente, ma rinviava alla procedura seguita per il verbale di consegna.

Ora la procedura per il rilascio di tale certificato è scandita in modo preciso. Vediamone i passaggi:

1. quando il lavoro è compiuto, l'appaltatore ne dà immediata comunicazione al direttore dei lavori;

2. il direttore dei lavori effettua i necessari accertamenti in contraddittorio con l'appaltatore;
3. rilascia, senza ritardo alcuno, il certificato attestante l'avvenuta ultimazione in doppio esemplare, seguendo la procedura prevista per il verbale di consegna (verbale redatto sempre in contraddittorio con l'appaltatore);
4. il certificato di ultimazione può prevedere l'assegnazione di un termine perentorio, non superiore a sessanta giorni, per il completamento delle operazioni di piccola entità, accertate dal direttore dei lavori come del tutto marginali e non incidenti sull'uso e sulla funzionalità dei lavori;
5. il mancato rispetto di questo termine comporta l'inefficacia del certificato di ultimazione dei lavori, e la necessità di redazione di nuovo certificato che accerti l'avvenuto completamento delle operazioni sopraindicate.

4. La fase di collaudo

4.1. Il collaudo in corso d'opera

Veniamo ora a osservare il Titolo XII del regolamento, che verte sulla fase di collaudo. La procedura di collaudo, nella previsione della legge 109/94 - come già in quella del r.d. 350/1895 - è possibile, oltre che nel momento successivo alla conclusione dei lavori, anche in corso d'opera.

Sono stati, tuttavia, puntualmente definiti dalla l. 109/94 e successivamente dal regolamento, i casi in cui deve avvenire il collaudo in corso d'opera. Il regolamento, si è dunque limitato ad aggiungere altri casi a quelli già previsti dalla legge¹⁸; essi sono relativi a opere e lavori su beni soggetti alla vigente legislazione in materia di beni culturali e ambientali; a lavorazioni significative non più ispezionabili in sede di collaudo finale; ad aggiudicazioni con ribasso d'asta superiore alla soglia di anomalia. Tale ultima previsione è scaturita dalla necessità di tenere sotto controllo la-

18. Gli altri casi di collaudo obbligatorio in corso d'opera previsti già dall'art. 28 della l. 109/94 si verificano quando:

1. l'attività di direzione dei lavori sia stata affidata al progettista incaricato, oppure ad altri soggetti scelti con le procedure previste dalla normativa nazionale di recepimento alle disposizioni comunitarie in materia;
2. si tratti di opere e lavori di particolare complessità;
3. vi sia affidamento di lavori in concessione.

vori che, a causa del forte ribasso offerto dall'impresa, potrebbero presentare problemi durante l'esecuzione, in coerenza con lo spirito della Legge che nello stesso caso prevede un'intensificazione delle garanzie.

Tav. 2 - Collaudo in corso d'opera

	<i>R.d n. 350/1895</i>	<i>Legge 109/94 e regolamento generale</i>
<i>Casi di collaudo in corso di opera</i>	I casi in cui doveva avvenire il collaudo in corso d'opera erano individuati a giudizio insindacabile dell'amministrazione.	I casi sono stabiliti dalla legge 109/94 (art. 28) e dal regolamento generale (art. 187) e si hanno: <ol style="list-style-type: none"> 1. quando l'attività di direzione dei lavori sia stata affidata al progettista incaricato, oppure ad altri soggetti scelti con le procedure previste dalla normativa nazionale di recepimento delle disposizioni comunitarie in materia; 2. quando si tratti di opere e lavori di particolare complessità; 3. quando vi sia affidamento di lavori in concessione; 4. nel caso di lavori pubblici la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 50 per cento sul valore dell'opera; 5. nel caso si tratti di opere e lavori su beni soggetti alla vigente legislazione in materia di beni culturali e ambientali; 6. quando si verifichi il caso di lavorazioni significative non più ispezionabili in sede di collaudo finale; 7. nel caso di aggiudicazioni con ribasso d'asta superiore alla soglia di anomalia.
<i>Termine per la nomina dei collaudatori</i>	Il collaudatore o la commissione collaudatrice può essere nominata all'inizio o durante la esecuzione dei lavori.	L'incarico di collaudo deve essere dato entro trenta giorni dalla data di consegna dei lavori.

Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

L'articolo 3 della Legge 109/94, alla lettera r), dispone che il regolamento deve disciplinare i lavori in relazione ai quali il collaudo si effettua sulla base di apposite certificazioni di qualità dell'opera e dei materiali e le relative modalità di rilascio; le norme concernenti le modalità del collaudo e il termine entro il quale il collaudo stesso deve essere effettuato e gli ulteriori casi in cui è obbligatorio effettuare il collaudo in corso d'opera; le cause di incompatibilità dei collaudatori, i criteri di rotazione degli incarichi, i relativi compensi, i requisiti professionali che i collaudatori devono possedere in relazione alle caratteristiche dei lavori.

L'articolo 28 della Legge inoltre rinvia al regolamento la disciplina del collaudo in relazione ai termini di suo compimento, alla situazione di incompatibilità dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili.

Il Titolo XII appunto dà attuazione alla Legge con una disciplina divisa in due sezioni, la prima dedicata alle disposizioni preliminari e la seconda dedicata alle operazioni di collaudo vere e proprie, quest'ultima non distante dalla più che adeguata disciplina già vigente in materia da oltre cento anni.

L'articolo 187 definisce l'oggetto del collaudo e i relativi scopi come diretti ad accertare l'esattezza dell'adempimento contrattuale. A tale scopo tra le finalità già elencate dall'articolo 91 del regolamento n. 350/1895 è stata aggiunta la previsione diretta ad attribuire al collaudo lo scopo di accertare che le procedure espropriative, allorché poste a carico dell'appaltatore, siano state espletate tempestivamente e diligentemente.

Tale precisazione è scaturita dalla considerazione che, costituendo pur sempre l'espletamento delle procedure espropriative un'obbligazione accessoria dell'appaltatore, il suo corretto adempimento (alla pari di quanto avviene per la prestazione principale) deve essere accertato, posti i possibili danni che un comportamento non diligente può causare alla stazione appaltante.

4.2. Il certificato di collaudo e di regolare esecuzione

Riguardo alla natura del *certificato di collaudo* si segnala, in particolare, la disciplina dell'articolo 199, per cui esso ha carattere *provvisorio* e diventa *definitivo dopo due anni* dalla relativa emissione. Decorso tale periodo, il collaudo si intende tacitamente approvato ancorché l'atto formale di approvazione non sia intervenuto entro due mesi dalla scadenza del suddetto termine, per dare certezza di rapporti anche in relazione alle conseguenze patrimoniali che derivano dalla conclusione delle operazioni di collaudo.

Tale disposizione ripete la lettera della legge 109/94¹⁹, ed è stata criticata dal Consiglio di Stato, nel parere emesso dall'Adunanza generale in merito al Regolamento²⁰, in quanto, al pari della legge stessa, non consente di comprendere se, con l'attribuzione del carattere di "provvisorietà", si sia voluto affermare la possibilità di limitare a un periodo di due anni la possibilità della stazione appaltante di rinnovare le operazioni di collaudo, e ha segnalato la necessità di riformulare il comma in esame in maniera di chiarire la portata della legge.

Inoltre, la l. 109/94²¹ prevede che, nel caso di lavori di importo sino a 200.000 ECU, il *certificato di collaudo* debba essere sostituito da quello *di regolare esecuzione*. Secondo l'art.208 del regolamento, tale certificato è emesso dal direttore dei lavori e confermato dal responsabile del procedimento, non oltre tre mesi dalla ultimazione dei lavori. Per i lavori di importo superiore ma non eccedente il milione di ECU, sempre secondo la l. 109/94²², è in facoltà del soggetto appaltante di sostituire il certificato

19. Art. 28, co. 3 l. 109/94.

20. Consiglio di Stato, parere 123/99.

21. Art. 28, co. 3, l. 109/94.

22. *Ivi*.

di collaudo con quello di regolare esecuzione. Esso è comunque emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione dei lavori.

Il certificato di regolare esecuzione era già previsto già nel r.d. 350/1895, il quale disponeva, all'art. 116, che per i lavori non eccedenti un certo importo e tranne nel caso in cui fosse stato disposto diversamente, non si sarebbe proceduto alla procedura di collaudo e sarebbe bastato un certificato, emesso dal direttore dei lavori, che avesse attestato la regolare esecuzione.

Tav. 3 - Certificato di regolare esecuzione

	<i>R.d. n. 350/1895</i>	<i>Regolamento ex art. 3 l. 109/94</i>
<i>Organo emittente</i>	Il certificato di regolare esecuzione è emesso dall'ingegnere direttore dei lavori, o, se questo non è un ingegnere del genio civile, da un ingegnere delegato dall'ingegnere capo o dall'ingegnere capo stesso.	Il certificato di regolare esecuzione è emesso dal direttore dei lavori.
<i>Organo confermatore</i>	È confermato dall'ingegnere capo oppure, se i lavori sono stati condotti sotto l'immediata direzione dell'ingegnere capo, la conferma del certificato sarà fatta dall'ispettore del compartimento o da un suo delegato.	È confermato dal responsabile del procedimento.
<i>Termine</i>		Il certificato di regolare esecuzione deve essere emesso non oltre tre mesi dalla ultimazione dei lavori.

Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

4.3. La nomina dei collaudatori

L'articolo 188 affronta il problema della nomina dei collaudatori - che deve avvenire entro trenta giorni dalla data di ultimazione dei lavori, ovvero dalla data di consegna dei lavori nel caso di collaudo in corso d'opera -, dei relativi requisiti professionali e del regime delle incompatibilità. Sotto il primo profilo, viene ribadito il criterio già contenuto nella legge 109/94 per cui il collaudatore deve essere un tecnico.

Nel proprio parere il Consiglio Superiore dei lavori pubblici esprime l'opportunità di prevedere che delle commissioni di collaudo possano far parte anche funzionari amministrativi, in ragione della natura delle questioni giuridico-contabili talvolta coinvolte nel collaudo; l'osservazione non è stata recepita perché, a prescindere dall'evidente forzatura interpretativa del dettato della Legge che essa avrebbe comportato (l'articolo 362 della legge 2248/1865, abrogato per effetto della delegificazione regolamentare, prevedeva espressamente funzionari amministrativi accanto ai tecnici), il carattere prevalentemente tecnico delle operazioni di collaudo dà piena giustificazione della scelta operata e dal legislatore e dal Regolamento, analogamente a quanto disposto per altre figure - ad es. il responsabile del procedimento - le cui competenze, pur estese anche ad atti amministrativi, hanno indotto a preferirne il profilo tecnico. Il Consiglio di Stato ha condiviso il contenuto della norma regolamentare sul piano della legittimità, suggerendo però all'amministrazione di promuovere le opportune modifiche legislative per rimediare a una limitazione che l'amministrazione, allo stato, ritiene invece assolutamente logica e coerente.

Partendo dalla disposizione della legge 109/94, che prevede la possibilità di ricorso a soggetti esterni al ruolo delle stazioni appaltanti solo in caso di carenza di organico accertata e certificata dal responsabile del

procedimento, vengono istituiti, per l'affidamento degli incarichi di collaudo, elenchi dei collaudatori presso il Ministero dei lavori pubblici, le regioni e le province autonome.

Per i suddetti elenchi viene prevista la pubblicità e la consultazione via telematica e, al fine del rispetto del criterio della rotazione negli incarichi previsto dalla legge, vengono posti limiti temporali e di cumulo all'affidamento di ulteriori incarichi, diversificati in relazione alla natura dell'incarico (finale o in corso d'opera).

Gli stessi elenchi sono distinti per specializzazione e competenza professionale in sezioni corrispondenti alle categorie di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici, per adempiere all'obbligo di regolare il rapporto tra qualificazione professionale del collaudatore e categoria e tipologia dei lavori da collaudare.

Il regime delle incompatibilità, peraltro già ampiamente dettagliato dalla legge quadro, ha richiesto ulteriore specificazione per il solo caso relativo all'individuazione dei soggetti facenti parte "di organismi che abbiano funzioni di vigilanza, di controllo o giurisdizionali", in quanto un'interpretazione rigida della Legge avrebbe avuto come diretta conseguenza l'esclusione dal novero dei possibili collaudatori di quasi tutti i dipendenti pubblici, posto che la gran parte degli organismi pubblici esercita funzioni ricollegabili al controllo o alla vigilanza.

Siffatta interpretazione avrebbe pertanto determinato l'esclusivo affidamento degli incarichi di collaudo a soggetti esterni all'amministrazione e inoltre avrebbe avuto la conseguenza di sottrarre le specifiche professionalità presenti nei ruoli pubblici a uno dei momenti più delicati del controllo tecnico della rispondenza dell'opera pubblica.

Il Regolamento pertanto limita le attività di controllo e di vigilanza fonte di incompatibilità alle sole ipotesi previste dagli articoli 16 e 30 della Legge relative ai soggetti che verificano i livelli di progettazione.

Nella disciplina della composizione delle commissioni di collaudo il Regolamento prevede poi (comma 5 dell'articolo 188) l'impossibilità di formare commissioni miste con la partecipazione di collaudatori dipendenti della stazione appaltante e liberi professionisti: il divieto - pur criticato dal Consiglio Superiore dei lavori pubblici - risponde alla necessità del rigoroso contenimento della spesa, per porre fine alla prassi invalsa in passato (anche sulla scorta di una certa giurisprudenza) di retribuire secondo tariffa professionale tutti i collaudatori, pubblici e privati, facenti parte di commissioni miste.

4.4. Le operazioni di collaudo

Gli articoli 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195 e 196 regolamentano la sequenza preordinata degli atti diretti alle operazioni di collaudo, che inizia con la verifica dell'opera da parte del collaudatore e si conclude (in caso di esito positivo) con l'emissione del certificato di collaudo. È stato confermato il principio generale già vigente per cui la verifica della buona esecuzione di un'opera ha quella estensione che il collaudatore giudica necessaria per formarsi la convinzione che tutte le parti dell'opera e della contabilità siano in piena regola.

È stato tuttavia prescritto per il collaudo in corso d'opera l'obbligo di visita durante la fase delle lavorazioni degli scavi, delle fondazioni e in generale delle lavorazioni non più ispezionabili in sede di collaudo finale e inoltre nei casi di interruzione o di anomalo andamento dei lavori.

Si è voluto in tal modo garantire al collaudo in corso d'opera quella funzione e quella garanzia di esatta esecuzione dell'opera e di controllo che sono stati determinanti nell'intenzione del legislatore.

Gli articoli 199, 200, 201, 202, 203 e 204 si occupano delle attività successive agli accertamenti tecnici e contabili delle operazioni di collaudo, e cioè della fase che si conclude con la relazione di collaudo e quando previsto con il certificato di collaudo. Si è già segnalata la disciplina dell'articolo 199, per cui il *certificato di collaudo* ha carattere provvisorio e diventa definitivo dopo due anni dalla relativa emissione.

L'articolo 206 introduce il principio per cui nel caso vi sia dissenso tra i componenti le commissioni di collaudo, le conclusioni finali sono assunte a maggioranza, con obbligo di menzione di tale circostanza nel certificato di collaudo.

L'articolo 210 contiene la disciplina della misura dei compensi dei collaudatori, distinguendo tra collaudatori provenienti dall'organico della stazione appaltante, per i quali già dispone l'articolo 18 della Legge (che nella sua nuova versione non differenzia più i collaudatori in corso d'opera dai collaudatori finali), e collaudatori esterni per i quali si è fatto rinvio alle tariffe professionali degli ingegneri e degli architetti.

5. La contabilità

La materia disciplinata dal Titolo undicesimo, la contabilità dei lavori, non è stata sensibilmente modificata rispetto alle norme che disciplinavano in precedenza tale aspetto dell'esecuzione dei lavori.

Si era inizialmente valutata l'opportunità di introdurre innovazioni significative, volte a radicalmente mutare la forma e il contenuto dei documenti contabili; una tale scelta, che avrebbe forse condotto a risultati più evidenti in termini di modernità dello strumento contabile, avrebbe del tutto stravolto quelli che sono da oltre cento anni riferimenti consolidati di forma e di sostanza sia per le stazioni appaltanti che per le imprese stesse in ordine a momenti tuttora fondamentali nella vita del rapporto: rilevamento e misurazione dei lavori eseguiti, applicazione dei prezzi contrattuali, liquidazione del credito dell'appaltatore, momento di esplicazione delle ragioni di contestazione.

In sostanza, l'impostazione tradizionale della contabilità ha assunto ormai una efficacia "tranquillizzante" per le parti in ordine ai momenti di un rapporto che è e continua a essere estremamente articolato.

Si è pertanto ritenuto opportuno confermarne i dati caratteristici, limitandosi a variare la terminologia laddove un linguaggio più moderno si imponeva, tener conto dell'esistenza - ormai consolidata e diffusa - degli strumenti informatici e dare un segnale di semplificazione, ove possibile.

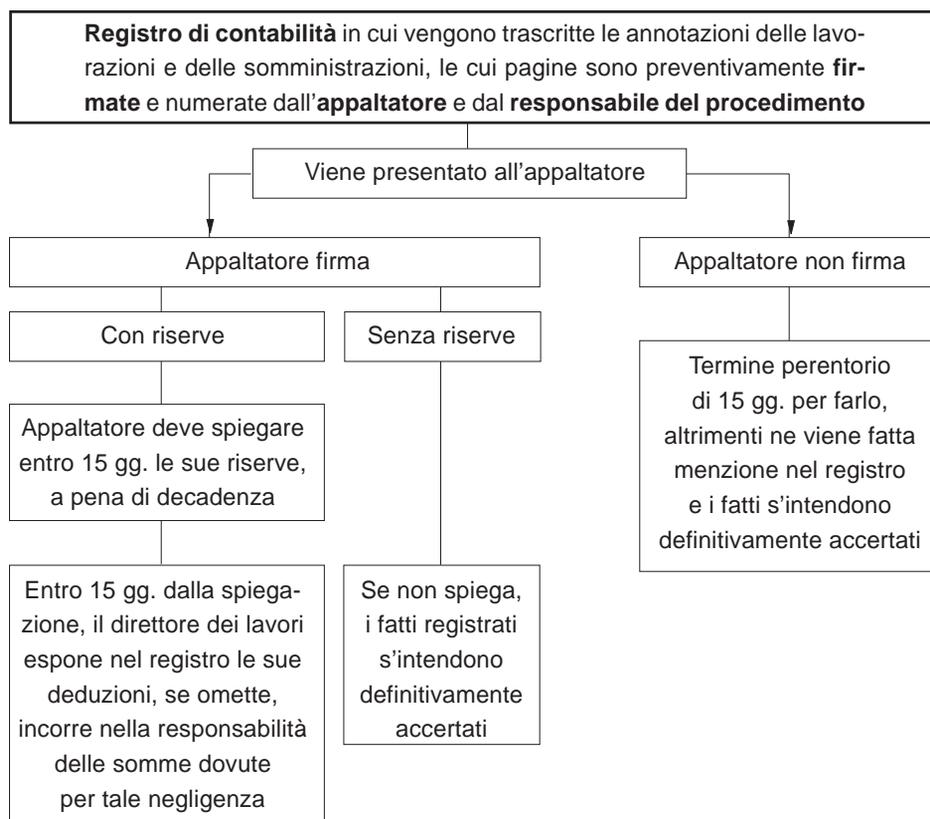
Dalla nuova disciplina regolamentare viene ribadito il principio per cui gli atti contabili sono atti pubblici (articolo 155). La disposizione è di notevole importanza al fine di garantire una prova privilegiata alle risultanze di fatto contenute in questi atti, e viene confermato che la registrazione dei lavori eseguiti deve procedere in assoluta contemporaneità con l'andamento dell'appalto. Le norme regolamentari del titolo undicesimo confermano la scelta tradizionale di esecuzione della registrazione dei lavori in contraddittorio con l'appaltatore.

L'esame dell'elenco degli atti contabili contenuto nell'articolo 156 evidenzia la riduzione semplificativa adottata dal Regolamento, che - rispetto alla elencazione già prevista dall'articolo 38 del regolamento 350/1895 - non prevede più due documenti, che erano il manuale del direttore dei lavori e il registro dei pagamenti. Questo, al fine di evitare possibili complicazioni in applicazione della riforma nata proprio per evitarle. Perciò sono state riversate nel giornale dei lavori le annotazioni in precedenza registrate in questo manuale, quali, ad esempio, le circostanze e gli avvenimenti relativi ai lavori e che possono influirvi, nonché l'annotazione degli ordini di servizio.

La tenuta dei libri contabili di maggior importanza (il registro di contabilità e il libretto delle misure, la cui funzione non è mutata) continua anche nella nuova disciplina ad essere affidata al direttore dei lavori, che svolge il ruolo fondamentale ai fini del controllo e della verifica di tutte le annotazioni ivi riportate, di cui ha la finale responsabilità. Resta ferma nell'articolo 165 la fondamentale disciplina delle riserve dell'appaltatore, quale tramandata da un secolo di norme e di giurisprudenza, sia in termini di affermazione del necessario rispetto della tempestiva loro iscrizione negli atti contabili (confermato quale onere a pena di decadenza), sia del rispetto dell'uguale onere di tempestiva esplicazione delle riserve stesse e di rigorosa loro quantificazione.

È disciplinata, nell'articolo 165, anche l'eventualità in cui, per qualsiasi legittimo impedimento, non sia possibile una precisa e completa contabilizzazione; in questo frangente il direttore dei lavori può registrare in partita provvisoria sui libretti, e quindi sugli altri documenti contabili, il risultato di misurazioni sommarie. In tal caso l'onere di immediata riserva diviene operante in sede di contabilizzazione definitiva. Ma vediamo, nella pagina seguente, lo schema generale.

Fig. 8 - Disciplina delle riserve sul registro di contabilità



Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

6. Le controversie

6.1. Il sistema di accordo bonario

Il Titolo decimo del Regolamento contiene la disciplina di due tra le innovazioni più significative introdotte dalla legge 109/94: l'accordo bonario previsto dal primo comma dell'articolo 31 bis di questa legge come strumento di accelerazione del contenzioso, e il giudizio sulle controversie, demandato dal nuovo testo dell'articolo 32 della Legge alla Camera Arbitrale per i lavori pubblici.

Lo strumento dell'accordo bonario si sostanzia in un meccanismo procedurale concepito nel tentativo di evitare che il contenzioso che potrebbe sorgere in corso d'opera venga ad assumere una dimensione particolarmente rilevante, rendendo così più difficoltosa la sua risoluzione, anche in relazione al tempo trascorso tra l'insorgere del fatto che determina la controversia e il momento in cui essa viene presa in considerazione.

L'accordo bonario, così come delineato dall'art. 31 bis, è un istituto che tende a conseguire la certezza dei rapporti giuridici, limitando il ricorso al contenzioso giudiziale sovente ostativo di una sollecita esecuzione degli appalti.

Circa la sua natura giuridica, si dovrebbe ritenere che sia quella di un rapporto transattivo di diritto privato, ma va ritenuto anche che fino

al momento in cui l'accordo viene stipulato l'attività imposta al responsabile del procedimento e alla amministrazione sia una tipica attività procedimentale, che quindi si modula secondo il principio della partecipazione degli utenti al procedimento amministrativo, sancito dalla legge 241/1990, rispondente alle regole del diritto pubblico, sicché al privato sarà possibile agire dinanzi al giudice amministrativo contro l'inerzia dell'amministrazione.

In attuazione di quanto previsto dalla legge quadro, l'articolo 149 del Regolamento si occupa della disciplina dell'accordo bonario. Prima di analizzarla nel dettaglio, possiamo preliminarmente osservare che di tale accordo viene dettata nel regolamento una articolazione procedimentale maggiormente dettagliata di quella contenuta nella legge 109/94, con accentuazione del carattere di *terzietà* del *responsabile del procedimento* ai fini della valutazione delle riserve dedotte e con precisa indicazione della natura transattiva del verbale di accordo. Rispetto alla legge 109/94, la norma regolamentare contiene tre aggiunte:

1. la previsione (mantenuta, nonostante l'opinione di inopportunità espressa dal Consiglio di Stato) di un potere di valutazione preliminare in capo al responsabile del procedimento circa l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve;
2. la previsione della decorrenza degli interessi ove oltre il termine di sessanta giorni dalla sottoscrizione dell'accordo (valutato congruo in relazione agli adempimenti approvativi e contabili) non segua il pagamento del dovuto;
3. la previsione della ripetibilità della procedura ogniqualvolta le riserve iscritte dall'impresa (ovviamente, diverse e ulteriori rispetto a quelle già esaminate) raggiungano il limite di legge.

È anche da rilevare l'importanza della previsione secondo cui la sottoscrizione dell'accordo effettuata dalle parti determina la definizione di

ogni contestazione fino a quel momento, e della previsione per la quale le dichiarazioni e gli atti del procedimento di accordo bonario non sono vincolanti per le parti in caso di mancato accordo.

Da una prima lettura della norma, relativamente all'ambito di applicazione dell'istituto, desta dubbi il fatto che, anche nel regolamento, come nella legge quadro, non vengano prese in considerazione né le questioni che non siano precedute da riserva, e sempre che le riserve facciano variare del 10% l'importo contrattuale, né quelle a lavori ultimati.

In caso di controversie non precedute da riserva si potrebbe sostenere che esse siano escluse dal tentativo di accordo bonario, con la conseguenza che il soggetto leso potrebbe trovare tutela solo davanti al giudice.

Pur se gli argomenti letterali, allo stato attuale, sembrano molto forti, appaiono evidenti le incongruenze che una tale impostazione comporterebbe. Essa infatti farebbe sì che si debba distinguere a seconda della presenza o meno delle riserve, con l'ulteriore conseguenza che, essendo l'iscrizione di riserva rimessa al solo appaltatore – che, quindi, potrebbe iscriverne ancorché non strettamente necessarie al fine di ricadere nella previsione di cui all'art. 31 bis della legge quadro, 109/94, secondo cui si procede al tentativo di accordo bonario qualora, a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili, l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso in misura non inferiore al 10% dell'importo contrattuale – la scelta del mezzo di tutela andrebbe affidata al solo appaltatore.

Alle medesime conclusioni si giunge sia nel caso di controversie per le quali non venga raggiunto l'importo del 10%, sia per quelle che, comunque, non siano state rinviate a dopo l'ultimazione dei lavori. Queste anomalie sono così rilevanti che si potrebbe pensare a un'interpretazione logico-sistematica della legge 109/94 nel senso che gli articoli 31 bis e 32, nonostante la dizione letterale si riferisca all'iscrizione di riserve sui do-

cumenti contabili”, debbano ritenersi rivolti a qualsiasi controversia derivante da contratto di appalto o da concessione, anche a lavori ultimati.

In tal senso, comunque, diventa necessario un intervento normativo chiarificatore, poiché non è ragionevole che l’interprete si spinga a una valutazione così estensiva della norma.

L’ultimo comma dell’art. 149 del regolamento afferma esplicitamente che la relativa procedura “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”.

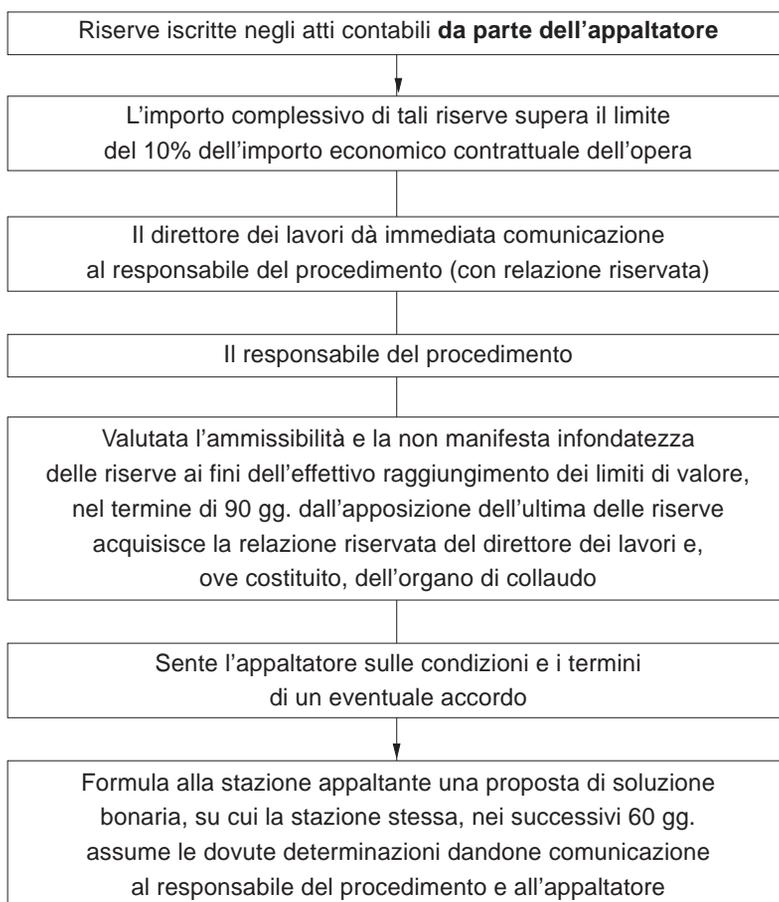
Sorge peraltro l’interrogativo del significato da attribuire al secondo comma della stessa norma secondo cui “il responsabile del procedimento, valutata l’ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell’effettivo raggiungimento dei limiti di valore, nel termine di 90 giorni dall’apposizione dell’ultima delle riserve acquisisce la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell’organo di collaudo, sente l’appaltatore sulle condizioni e i termini di un eventuale accordo, e formula alla stazione appaltante una proposta di soluzione bonaria”. La soluzione preferibile sembra essere questa: il termine di 90 giorni decorre dall’ultima riserva apposta. In tale periodo di tempo ulteriori riserve non faranno che interrompere il termine stesso. Soltanto dopo 90 giorni sarà, quindi, possibile introdurre un’ulteriore procedura di accordo bonario.

In seguito alla proposta di soluzione bonaria, nel termine di 60 gg. da tale proposta (art. 149, comma 3), la stazione appaltante, nelle forme previste dal proprio ordinamento, assume le dovute determinazioni in merito ad essa e ne dà sollecita comunicazione al responsabile del procedimento e all’appaltatore. Nello stesso termine la stazione appaltante acquisisce gli eventuali ulteriori pareri ritenuti necessari.

Data la disciplina regolamentare, si può verificare l’eventualità in cui una nuova procedura di accordo bonario si sovrapponga alla fase

dell'assunzione delle determinazioni da parte della stazione appaltante in merito alla proposta relativa a una questione precedente (fase per cui, si ricorda, è dato un termine di 60 giorni). In questo caso è possibile ritenere che le due procedure debbano essere riunite per un unico svolgimento.

Fig. 9 - L'avvio della procedura di accordo bonario (a opera del responsabile del procedimento)



Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

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.

Come si è fatto notare *supra*, infine, si ricorda che sulla somma riconosciuta in sede di accordo bonario sono dovuti gli interessi al tasso legale a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla sottoscrizione dell'accordo, e che le dichiarazioni e gli atti del procedimento non sono vincolanti per le parti in caso di mancata sottoscrizione dell'accordo.

6.2. Il ricorso all'arbitrato

Secondo il comma 1 dell'art. 32 della legge 109/94, così come modificato dalla legge 415/1998, tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art. 31 bis della stessa legge, possono essere deferite ad arbitri. Lo stesso articolo prevede, inoltre, che, qualora sussista la competenza arbitrale, il giudizio è demandato a un collegio arbitrale costituito presso la Camera Arbitrale per i lavori pubblici, istituita presso l'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Il testo legislativo attribuisce al regolamento di attuazione il compito di definire la composizione e le modalità di funzionamento della camera arbitrale per i lavori pubblici nonché di disciplinare i criteri cui la camera stessa deve attenersi nel fissare i requisiti per accedere all'incarico di arbitro e determinarne la durata.

Il nucleo essenziale di questo articolo è dunque dato dai seguenti punti:

- a) l'estensione della definibilità per arbitrato a tutte le controversie;

- b) l'istituzione di una camera arbitrale per i lavori pubblici presso l'Autorità per i lavori pubblici;
- c) la normazione mediante regolamento della procedura del giudizio arbitrale.

Evidentemente il legislatore si è adeguato alla giurisprudenza ormai consolidata della Corte costituzionale, che tende ad escludere la possibilità di prevedere l'obbligatorietà dell'arbitrato: infatti il comma 1 dell'art. 32 esclude con sicurezza l'obbligatorietà di questo strumento. Le norme contenute nel regolamento, rinviando agli atti contrattuali o al compromesso, non fanno che confermare il carattere volontario di tale procedura.

Gli articoli 150 e 151 del regolamento riguardano gli adempimenti volti all'instaurazione del contenzioso arbitrale, la procedura di definizione delle controversie, nonché il funzionamento della Camera Arbitrale e la composizione del Consiglio arbitrale.

Rispetto alla previsione della legge quadro il regolamento precisa, facendolo apparire come scontato, il carattere rituale dell'arbitrato²³.

Con riguardo all'ambito oggettivo delle controversie, comprensivo, come si è visto, anche di quelle derivanti dalla esecuzione del contratto, va detto che nonostante l'apparente esaustività del testo, permane il dubbio circa l'effettiva possibilità di estendere l'arbitrato a tutti i conflitti insorgenti in tale momento.

A spiegazione di tale dubbio occorre premettere che la vicenda dei contratti pubblici può essere divisa sostanzialmente in due fasi: una che va dalla deliberazione a contrattare fino all'atto formale di aggiudicazio-

23. È detto rituale l'arbitrato che è regolato dagli articoli da 806 a 840 del codice di procedura civile. Il lodo di un arbitrato che sia svolto nel rispetto di tali norme del codice di procedura civile viene omologato dal Tribunale, e assume lo stesso valore di una sentenza resa da un giudice civile dello Stato.

ne, l'altra che riguarda tutti gli atti successivi alla stipulazione del contratto.

La prima configura un procedimento amministrativo, dove gli aspiranti contraenti non hanno da far valere diritti soggettivi, ma interessi legittimi, per cui le controversie insorte in questa fase sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo e quindi davanti a questo azionabili.

Nella seconda, le parti si trovano in correlazione paritaria mediante rapporti giuridici caratterizzati in genere dalla contrapposizione diritto soggettivo - obbligo, tipica dei rapporti tra privati, che sono deferiti alla giurisdizione del giudice ordinario. Peraltro, non tutte le controversie inerenti a questa fase vanno devolute al giudice ordinario. Questa partizione di situazioni soggettive implica un problema: è consolidata infatti in giurisprudenza e prevalente in dottrina l'opinione per cui il contenzioso insorto tra pubbliche amministrazioni e altri soggetti non possa essere risolto per arbitrato, quando coinvolga questioni inerenti a interessi legittimi.

Pare, peraltro, preferibile intendere le norme nel senso che il sistema, come ha mostrato di ritenere la recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁴ che ha ammesso la risarcibilità degli interessi legittimi, appare orientato a superare la contrapposizione ontologica tra diritti soggettivi e interessi legittimi, quando questi ultimi siano riferibili a un contesto nel quale, pur rimanendo la disciplina nell'ambito pubblicistico, i rapporti sottostanti si svolgono in un complesso sostanzialmente negoziale, sì da essere suscettibili di compromesso arbitrale tutte le controversie che a questo si riferiscono.

24. Corte di Cassazione SS.UU., Sentenza 22 luglio 1999, n. 500.

La generalizzazione del ricorso all'arbitrato richiede anche un coordinamento tra la disposizione di cui all'art. 32 e quella contenute nell'art. 31 bis della legge quadro.

Pare di per sé evidente che a tale mezzo di definizione della controversia, nell'ipotesi di questioni suscettibili di essere transatte mediante accordo bonario, può ricorrersi soltanto nel caso di inutile esperimento di quest'ultimo. Un interrogativo si pone, invece, per la questione in ordine al momento in cui può essere richiesto l'arbitrato. Più precisamente, il quesito è se occorra attendere il collaudo o, al contrario, le parti possano ricorrervi all'insorgere del conflitto.

Il regolamento nulla dispone al riguardo, e, quindi, non risolve il dubbio. Tuttavia, pare conforme alla logica della norma, che si impernia sull'elemento volontaristico dell'arbitrato, ritenere che sia possibile permettere il ricorso all'istituto²⁵ sin dall'insorgere del conflitto.

6.3. Il collegio arbitrale

L'articolo 150 del regolamento prevede che la risoluzione per arbitri della controversia possa essere programmata mediante il compromesso arbitrale o mediante la sua previsione negli atti contrattuali, nel rispetto di quanto sancito dall'art. 32 della legge 109/94, che ha come contenuto peculiare l'affermazione della volontarietà dell'arbitrato. La norma legislativa, peraltro, non dispone specificamente circa i modi in cui può emergere la concreta volontà delle parti.

25. Cfr. Matassa, *L'arbitrato nei lavori pubblici dopo la "Merloni -ter" e aspettando il regolamento*, in *Urbanistica e Appalti*, 1999, 243 ss.

Tornando al regolamento, sempre l'articolo 150, nel ribadire la facoltatività del giudizio arbitrale (cui si accede solo in presenza di esplicita volontà negoziale), disegna un percorso che ha inizio con la *nomina, da parte di ciascuno dei due soggetti tra i quali è scaturita la controversia*, delle persone di loro fiducia e scelta destinate a costituire il collegio, insieme al terzo soggetto, che tale collegio presiederà, individuato dalla Camera Arbitrale all'interno del proprio albo secondo criteri oggettivi e predeterminati. Con riguardo agli arbitri di parte, non viene specificato se anche questi possano essere scelti negli elenchi tenuti presso l'Autorità; profilo, anche questo, non di poco conto, considerato l'attuale regime delle incompatibilità che è piuttosto restrittivo.

Il collegio avrà la funzione di dirimere la controversia.

È bene evidenziare subito che il nuovo sistema esclude la determinazione del compenso degli arbitri secondo le vigenti tariffe professionali. Il servizio arbitrale viene assicurato direttamente dalla Camera Arbitrale, che percepisce il corrispettivo dovuto dalle parti per la decisione della controversia. Tale corrispettivo è stabilito secondo i parametri specificamente fissati con l'apposito decreto interministeriale di cui all'articolo 32, comma 2, della legge 109/94, e non dai soggetti designati dalle parti.

Sia l'Autorità per la Vigilanza che la Commissione VIII della Camera avevano richiesto che la nomina dell'arbitro di parte in ipotesi di mancata designazione della parte stessa fosse demandata all'Autorità in luogo del Presidente del Tribunale; la richiesta non ha potuto essere accolta sia perché la legge 109/94 espressamente esige il rispetto dei principi del codice di procedura civile, sia perché la norma che prevede il potere surrogatorio del Presidente del Tribunale (art. 810, comma 2, del c.p.c.), in quanto fonte di competenza giurisdizionale, non è ritenuta dalla costante giurisprudenza passibile di deroga.

Il Regolamento ribadisce la preferenza (che già si era affacciata in via interpretativa delle disposizioni della l. 216/95, c.d. "Merloni bis" nella circolare del Ministero dei lavori pubblici n. 4488/UL del 7 ottobre 1996) verso un collegio arbitrale costituito di tre membri, in luogo dei cinque previsti dal capitolato generale approvato con D.P.R. 1063/1962. La scelta, dettata in primo luogo da esigenze di snellezza operativa, rapidità ed economicità, è stata oggetto di critica da parte del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, che ha ribadito anche in questa occasione l'opinione secondo cui la natura eminentemente tecnica delle controversie in materia di lavori pubblici renderebbe necessaria la presenza istituzionale all'interno del collegio arbitrale di membri aventi specifica componente tecnica, con la conseguenza di allargare a cinque il numero degli arbitri (la composizione a cinque del collegio arbitrale prevista dalle norme del Capitolato Generale vedeva in via permanente la presenza di un componente tecnico del Consiglio Superiore).

Effettivamente, l'esperienza del contenzioso in materia di lavori pubblici verte normalmente su richieste che in parte rivestono carattere eminentemente giuridico (la valutazione dell'inadempimento, la mora e gli interessi, la legittimità o meno delle sospensioni, la prescrizione, la decadenza, ecc.) e in parte rivestono anche carattere tecnico.

Tali contenuti impongono la necessità di una certa specializzazione da parte degli arbitri, senza però giustificare l'istanza di una speciale configurazione soggettiva, fissa e obbligatoria, del giudicante arbitro.

In altri termini, la scelta operata dal Regolamento mantiene separate le funzioni e i ruoli di chi deve giudicare e di chi deve, ove necessario, fornire gli elementi di quel giudizio. Del resto, analogamente a quanto avviene in molti settori, anche specialistici, del contenzioso ordinario (si pensi, ad esempio, alle cause in materia di colpa professionale, alle cause in materia di brevetti, alle cause in materia di invalidità personale),

laddove il giudice non possieda le competenze necessarie a decidere una lite - pur rimanendo "peritus peritorum" - si avvale dell'opera di un consulente tecnico, le cui valutazioni sono più o meno recepite a seconda della sensibilità del giudicante, senza che ciò comporti una presunzione di acriticità che si prospetti come uno svuotamento della personalità del giudizio.

D'altra parte, nell'ipotesi in cui una controversia presenti carattere e contenuti prevalentemente tecnici nulla impedisce alla Camera Arbitrale di designare un arbitro di adeguata competenza e specializzazione, con valutazione da compiere caso per caso in relazione alla natura dei quesiti formulati dalle parti.

Il Consiglio Superiore ha inoltre rappresentato l'opportunità di precisare nel testo regolamentare che l'arbitro designato dalla Pubblica Amministrazione debba essere istituzionalmente incardinato nella stessa o comunque rappresentarla; l'indicazione non è tuttavia stata recepita perché ritenuta in contrasto con l'esigenza di non compromettere il principio di imparzialità del collegio arbitrale. In realtà non occorre codificare il principio di buona amministrazione per cui l'indicazione dell'arbitro di parte pubblica deve - nella responsabilità di chi la effettua - rispondere a criteri di professionalità e competenza nell'interesse pubblico a un'equilibrata composizione del collegio, e non a ragioni diverse.

Si è detto che la nomina del terzo arbitro spetta alla Camera Arbitrale per i lavori pubblici, istituita presso l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici.

La creazione di questo organo è fuor di dubbio l'aspetto più innovativo della riforma introdotta dalla legge 415/98, c.d. Merloni ter, nel sistema di definizione delle controversie derivanti dalla esecuzione del contratto. L'art. 816 del codice di procedura civile, pur non disciplinando specificamente l'ipotesi in cui le parti intendano rifarsi a un'istituzione

arbitrale, prevede che esse possano stabilire le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento. Sulla base di tale possibilità, si è soliti distinguere tra arbitrato ad hoc e arbitrato amministrato: nel secondo caso la disciplina del procedimento non è fissata direttamente dalle parti o dagli arbitri ma è rimessa al regolamento predisposto dall'istituzione arbitrale.

Nel settore delle opere pubbliche il legislatore da una parte ha riconosciuto il carattere volontario dell'arbitrato, confermato anche dal riferimento al rinvio agli atti contrattuali e all'eventuale compromesso previsto dall'art. 150 comma 1 del Regolamento e dall'altra non si è sottratto all'influsso della tradizione nazionale, intervenendo sulla facoltà di scelta degli arbitri delle parti e prescrivendo le modalità di svolgimento del giudizio arbitrale, optando, così, per l'alternativa dell'arbitrato amministrato.

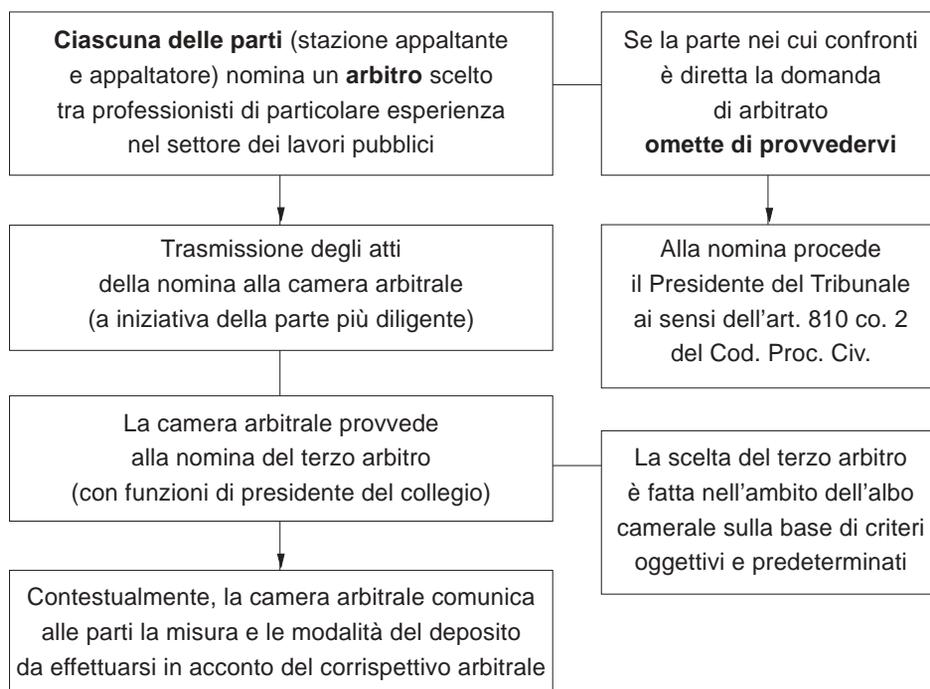
Si sono configurati dubbi di legittimità costituzionale di questa scelta, in quanto implicante una limitazione della autonomia privata, alla luce della considerazione che l'imposizione del ricorso alla Camera Arbitrale istituita presso l'Autorità di vigilanza comporta una rilevante limitazione alla pienezza del diritto di ricorso all'arbitrato.

6.4. La Camera Arbitrale

La seconda delle norme regolamentari in tema di arbitrato enuncia gli organi e stabilisce il funzionamento della Camera Arbitrale, nonché i requisiti necessari per l'ammissione nell'Albo degli arbitri

Secondo l'art. 151 del regolamento, l'organizzazione della Camera Arbitrale è basata sulla previsione di un organo deliberante, il Consiglio Arbitrale, composto di cinque membri e a cui è preposto il Presidente. Il

Fig. 10 - La procedura di nomina degli arbitri



Fonte: Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2000

Consiglio è nominato dall’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, e ha il compito di gestire l’albo degli arbitri e l’elenco dei periti, di elaborare il necessario codice deontologico cui devono attenersi gli arbitri nello svolgimento dell’incarico, e in sostanza di adottare tutte quelle determinazioni necessarie al funzionamento del giudizio amministrato (nomina degli arbitri, determinazione e liquidazione dei compensi, monitoraggio del contenzioso). L’incarico dei consiglieri ha durata quinquennale. È prevista altresì una struttura di segreteria, il cui personale è fornito dal-

l'Autorità, con il compito di curare gli adempimenti necessari alle funzioni della Camera stessa e alla attività dei collegi arbitrali²⁶.

L'impostazione ha sollevato perplessità sia da parte del Consiglio di Stato, che si è espresso in favore dell'assorbimento della Camera Arbitrale all'interno dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici quale semplice articolazione della stessa, sia delle Commissioni Parlamentari che invece hanno chiesto l'espressa affermazione di dipendenza della prima dalla seconda. Né la prima né la seconda delle indicazioni hanno trovato accoglimento. L'esperienza anche internazionale dell'istituto camerale vede ovunque l'esistenza di istituti aventi autonoma e propria soggettività giuridica, e d'altra parte la legge 109/94 attribuisce all'Autorità il potere di vigilanza sul contenzioso arbitrale e non la gestione dello stesso. Nemmeno l'affermazione di una soggezione della Camera Arbitrale pare trovare rispondenza nella legge quadro, che esplicitamente colloca la Camera Arbitrale "presso" l'Autorità e non "sotto" o "alle dipendenze" di quest'ultima (a differenza, ad esempio, di quanto disposto dall'articolo 4, comma 10, della stessa legge 109/94 a proposito dell'Osservatorio, della Segreteria tecnica e del Servizio Ispettivo, costituiti e operanti alle dipendenze dell'Organo di vigilanza). È parso quindi corretto insistere nella scelta di collegare Camera Arbitrale e Autorità da un rapporto meramente funzionale, anche se a quest'ultima è stato attribuito il compito di definire le regole di funzionamento della Camera Arbitrale.

Possono essere arbitri iscritti all'albo presso la Camera Arbitrale i soggetti espressamente indicati nel comma 5 dell'art. 151 del regolamento: osservando la specifica elencazione, che risponde alla esigenza di as-

26. Per alcune riflessioni sulla Camera Arbitrale e la sua organizzazione si veda anche F. Petullà, *Con l'entrata in gioco della Camera l'arbitrato guadagna in trasparenza*, in *Il Sole 24 ore - Edilizia e Territorio*, 18/2000, p. 184.

sicurare le dovute specializzazioni e professionalità all'interno di categorie comunque tradizionalmente coinvolte nella materia dei lavori pubblici, va prestata attenzione al fatto che il regolamento opta per l'esclusione dei magistrati ordinari comprendendovi invece i magistrati amministrativi e contabili nonché gli avvocati dello Stato.

È stata quindi modificata la composizione prevista dall'art. 45 del capitolato generale d'appalto approvato con D.P.R. 1063/1062, che prevedeva l'inclusione nel collegio arbitrale di un magistrato giudicante della corte d'Appello di Roma.

La scelta compiuta risponde all'esigenza di assicurare la presenza - in arbitrati che riguardano commesse nelle quali sono impegnate risorse finanziarie pubbliche e per le quali più rilevanti sono le esigenze di trasparenza - di soggetti che istituzionalmente, professionalmente e culturalmente vantano, oltre al requisito della terzietà anche, probabilmente, una migliore competenza sulle questioni implicate.

Lo svolgimento di incarichi arbitrali da parte di magistrati viene percepito in alcuni casi come un rischio per la trasparenza della funzione giurisdizionale; ma deve qui obiettarsi - a parte il rifiuto di ogni generalizzazione - che il modello di arbitrato creato dalla legge 109/94 e dal presente Regolamento è sostanzialmente diverso da quello sin qui praticato, ed è tale da superare ogni dubbio.

La designazione dei magistrati in via generale da parte dei rispettivi organi istituzionali di appartenenza, il loro periodico avvicendamento, l'esistenza del diaframma camerale che impedisce ogni diretto contatto tra le parti e gli arbitri per quanto attiene sia la nomina che l'erogazione del compenso, infine l'entità stessa del compenso, sono tutti elementi in grado di contemperare l'esigenza di ottenere la migliore composizione possibile dei collegi arbitrali e di salvaguardare il prestigio e l'indipendenza della magistratura. Si tratta di garanzie che mutano significativa-

mente il modulo tradizionale degli arbitrati nei lavori pubblici e vi introducono evidenti miglioramenti rispetto alla situazione attuale²⁷.

Al fine di allontanare quanto più possibile il rischio di condizionamenti di tutti gli arbitri e i consulenti della Camera è stato poi necessario prevedere un rigido sistema di incompatibilità connesse all'incarico, ulteriore rispetto all'ordinario regime di incompatibilità già fissato dal codice di procedura civile. Non è ammessa una nuova iscrizione all'albo camerale se non decorsi due anni dalla scadenza del triennio di permanenza e vi è previsione di esclusività dell'incarico svolto presso la Camera rispetto ad altri incarichi arbitrali; è inoltre sancito il divieto di svolgere attività professionale in favore delle parti dei giudizi decisi.

Fondamentale poi è la previsione del monitoraggio e della pubblicità dei dati emergenti dal contenzioso arbitrale, al fine di conoscere e far conoscere le cause più ricorrenti della patologia del rapporto di appalto e di consentirne il controllo.

Le regole di svolgimento del procedimento arbitrale e i parametri generali di determinazione del compenso dovuto alla Camera dalle parti (agli arbitri il compenso è liquidato dalla Camera Arbitrale secondo criteri derivati) sono demandate, come prevede la Legge 109/94, a successivo decreto ministeriale.

27. Sull'attenzione regolamentare per i requisiti soggettivi di ammissione all'albo degli arbitri, cfr. A. Angeletti, nel commento all'articolo 32 l. 109/1994, in *La riforma dei lavori pubblici*, commentario diretto da A. Angeletti, pp. 658 ss.

Finito di stampare nel mese di settembre 2000
Stampa: tipografia Edigraf, via Ugo Fleres 24, 00137 Roma