Numero 00360/2018 e data 12/02/2018 Spedizione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 23 gennaio 2018

NUMERO AFFARE 02400/2017

OGGETTO:
Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ufficio legislativo.

Linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione;

LA COMMISSIONE SPECIALE del 23 gennaio 2018

- la nota prot. UFFLEGISL 0048561 – 27 dicembre 2017 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, acquisita al prot. 5601/17 del 28 dicembre 2017, con cui è stato trasmesso lo schema di decreto, adottato in attuazione dell'art. 111 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici;
- il decreto del Presidente del Consiglio di Stato 11 gennaio 2018, n. 2, con cui l'affare consultivo è stato deferito alla commissione speciale.

Esaminati gli atti e uditi i relatori consiglieri Umberto Realfonzo e Fabio Franconiero nell'adunanza del 23 gennaio 2018.

PREMESSO

Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto il parere sullo schema di decreto da emanarsi ai sensi dell'art. 111 (*Controllo tecnico, contabile e amministrativo*) del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal "correttivo" di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56;

Secondo quanto prevedono commi 1 e 2 dell'art. 111, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sono approvate le linee guida che, rispettivamente:

- individuano le modalità e, se del caso, la tipologia di atti, attraverso i quali il direttore dei lavori effettua l'attività descritta all'art. 101, comma 3, del medesimo Codice, in maniera da garantirne trasparenza, semplificazione, efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche anche per i controlli di contabilità (art. 111, comma 1);
- individuano compiutamente le modalità di effettuazione dell'attività di controllo da parte del direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi o di forniture, secondo criteri di trasparenza e semplificazione (art. 111, comma 2).

Nella relazione di accompagnamento del capo dell'Ufficio legislativo del Ministero richiedente si premette che dopo il parere reso da questo Consiglio di Stato su un precedente schema di decreto (parere della Commissione speciale reso nell'adunanza del 19 ottobre 2016, n. 2282 del 3 novembre 2016) il citato correttivo al Codice dei contratti pubblici ha apportato alcune modifiche all'111, cui hanno fatto seguito «*proposte emendative*» delle Regioni e dell'ANCI ai fini del previsto parere della Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (parere poi reso in data 6 dicembre 2017). Per queste ragioni – precisa il Ministero richiedente – il nuovo schema è stato nuovamente sottoposto al parere del Consiglio di Stato.

CONSIDERATO

1. Considerazioni generali sulla Parte relativa al direttore dei lavori

In generale la Commissione intende innanzitutto esprimere apprezzamento per il nuovo schema di decreto. In esso sono recepiti molti dei rilievi formulati nel parere del 3 novembre 2016, n. 2282, di questo Consiglio di Stato.

In particolare il nuovo schema aderisce alla tesi della natura regolamentare delle linee guida, che l'art. 111 del Codice prevede siano approvate con decreto del Ministero richiedente. Il nuovo testo si contraddistingue dunque per il fatto che la proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione si "fonde" in un unico testo normativo, adottato dal Ministero, anziché rimanere separato dall'atto di approvazione di quest'ultimo, come nella precedente versione.

Inoltre, in coerenza con la sua natura di regolamento lo schema di decreto si sostanzia in un articolato in cui i precetti sono chiaramente espressi secondo lo stile tipico degli atti normativi, in luogo dello stile discorsivo che caratterizza le linee guida non vincolanti ex art. 213, comma 2, del Codice, adottato nello schema originario, con positive ricadute anche sul piano dell'organicità e sinteticità del testo.

Nel prendere atto che molte delle osservazioni formulate nel più volte citato parere 3 novembre 2016, n. 2282, sono state recepite nel nuovo testo, e che è intendimento del Ministero richiedente disciplinare con proprio successivo decreto il collaudo dei servizi e forniture, si formulano di seguito le osservazioni sui singoli articoli dello schema in esame.

2. Analisi del testo sul Direttore Lavori

Art. 1 (Definizioni)

Innanzitutto il riferimento iniziale alle «*presenti linee guida*» andrebbe sostituito con quello al «*presente regolamento*», in coerenza con le considerazioni sulla natura dell'atto normativo in esame, poc'anzi svolte.

Alla lett. d) andrebbe meglio definito il contenuto degli «*ordini di servizio*», attraverso un uso appropriato e uniforme dei termini «*prescrizioni*», «*indicazioni*», «*istruzioni*» e «*disposizioni*», cui si fa riferimento anche nell'art. 4, comma 1. Al riguardo si evidenzia

ai sensi dell'art. 152, comma 2, del regolamento di esecuzione del previgente codice dei contratti pubblici (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) l'ordine di servizio era l'atto con il quale erano impartite all'esecutore «*tutte le disposizioni e istruzioni*».

Occorre innanzitutto chiarire se ai diversi termini impiegati corrisponde un diverso significato sostanziale, soprattutto in relazione al grado di vincolatività nei confronti dell'esecutore. Del pari sarebbe opportuno qualificare le istruzioni con l'aggettivo «*operative*», dal momento che queste ultime dovrebbero attenere alle modalità tecniche di esecuzione dei lavori.

Con riguardo alla definizione del «*programma di esecuzione dei lavori*», contenuta nella lett. f), si segnala l'esigenza che sia reso meno stringente il rapporto di tale documento con le obbligazioni contrattuali, ad esempio attraverso l'impiego dell'espressione «*in coerenza*» in luogo di «*nel rispetto*»,al fine di assicurare una maggiore flessibilità dell'organizzazione dei lavori alla luce dell'evoluzione della situazione di fatto nel cantiere. Inoltre, nell'ambito dei documenti rispetto ai quali il programma di esecuzione dei lavori deve essere coerente andrebbero aggiunti il cronoprogramma predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicazione in sede di gara.

Art. 2 (Incompatibilità)

La Commissione ribadisce quanto già osservato nel parere 3 novembre 2016, e cioè che la sede appropriata per la disciplina delle incompatibilità, per le limitazioni soggettive che ne discendono, è la legge; e inoltre che è dubbia la riconducibilità di tale profilo di disciplina alla delega di cui all'art. 111 del Codice.

Fatta questa premessa, laddove si optasse per il mantenimento dell'articolo, occorrerebbe espungere dalla lett. a) l'aggettivo «*nuovi*» riferito agli incarichi professionali ricevuti dall'esecutore, che determinano l'incompatibilità del direttore dei lavori. L'incompatibilità è infatti ravvisabile anche se il direttore non ha mai ricevuto incarichi dall'esecutore.

Art. 3 (Rapporti con altre figure)

La disposizione contenuta nel comma 3 è riferita al responsabile unico del procedimento, per il quale - come noto - sono state emanate linee guida apposite (linee guida n. 3, da ultimo modificate con delibera dell'ANAC n. 1007 dell'11 ottobre 2017).

Va poi valutata l'utilità della stessa, alla luce della norma primaria di carattere generale di cui all'art. 101, comma 1, del Codice, che assegna al r.u.p. la funzione di direzione dell'esecuzione del contratto, nell'ambito della quale egli «*si avvale*» del direttore dei lavori. Laddove si optasse per il mantenimento, la stessa andrebbe comunque riformulata ponendo come destinatario del precetto il direttore dei lavori.

La Commissione intende inoltre porre in evidenza l'opportunità di riformulare il comma 4, relativo ai rapporti tra il direttore dei lavori e il coordinatore per l'esecuzione del lavori previsto dal testo unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. Non è in particolare chiara la funzione e la portata dell'inciso finale del primo periodo «*ancorché rapportandosi con il direttore dei lavori*», dopo l'enunciazione del principio secondo cui il coordinatore per la sicurezza nella fase dell'esecuzione opera «*in piena autonomia*». Del pari non è chiaro il ruolo di coordinamento tra queste due figure svolto dal RUP.

Al riguardo va ricordato che in base al citato testo unico di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 il coordinatore è colui che assume tutti i compiti connessi alla sicurezza nella fase di esecuzione dei lavori e le relative responsabilità (in particolare ai sensi dell'art. 92) e che vanno pertanto evitate previsioni normative che possano avallare interpretazioni derogatorie rispetto alle regole di carattere generale contenute nel testo unico di settore.

Art. 4 (Gli strumenti per l'esercizio dell'attività di direzione e controllo)

Si rinvia al riguardo a quanto osservato a proposito degli ordini di servizio in relazione all'art. 1.

Art. 5 (Il coordinamento e la supervisione dell'ufficio di direzione lavori)

La disposizione appare sostanzialmente ripetitiva delle norme contenute nei vari commi dell'art. 101 del Codice, per cui sarebbe preferibile espungerla.

Art. 6 (Attestazione dello stato dei luoghi)

Si evidenzia innanzitutto la non chiara formulazione del comma 1, in cui è previsto che il direttore dei lavori fornisca al RUP l'attestazione dello stato dei luoghi prima dell'avvio della procedura di gara «*ed eventualmente*», su richiesta dello stesso responsabile, «*anche prima della sottoscrizione del contratto*». Posto infatti che i due momenti sono cronologicamente successivi l'uno rispetto all'altro, non si comprende se la norma intenda richiedere l'attestazione in via cumulativa, come parrebbe doversi evincere dalla congiunzione «*ed*», o in via alternativa, come invece sembra doversi desumere dall'impiego dell'avverbio modale «*eventualmente*». A quest'ultimo riguardo, non è chiaro nemmeno quale sia il presupposto al ricorrere del quale il direttore dei lavori deve procedere ad una nuova attestazione dello stato dei luoghi. Si suggerisce pertanto di circoscrivere la discrezionalità del RUP nel richiedere questa nuova attestazione, facendo riferimento ai casi di modifica dello stato dei luoghi e di specificare inoltre che in questo caso si tratta di un aggiornamento dell'attestazione originaria.

Sul piano formale la Commissione segnala inoltre l'opportunità di impiegare i verbi all'indicativo, in coerenza con il carattere precettivo delle norme, e per contro di utilizzare i verbi servili sono quando si intenda prevedere delle facoltà. Pertanto, al comma 1 anziché «*deve fornire*» dovrebbe prevedersi «*fornisce*».

Si suggerisce inoltre l'espunzione dal comma 2 dell'inciso «*ancorché abbia avuto inizio*», riferito al procedimento di nomina del direttore dei lavori, essendo tale circostanza implicita nella mancata conclusione del procedimento medesimo. Si raccomanda inoltre di evitare formule ridondanti quali «*non sia potuto addivenire a conclusione*» rispetto a «*non si sia concluso*».

Art. 7 (La consegna dei lavori)

Innanzitutto, sul piano sostanziale, la Commissione evidenzia che la disposizione in esame è nel suo complesso disorganica.

Ad esempio: la disciplina relativa alla consegna parziale è contenuta nei commi 9 e 13, per cui occorrerebbe valutare l'opportunità che la stessa sia accorpata o quanto meno

Il comma 12 reca una compiuta disciplina di carattere generale della liquidazione forfettaria del rimborso spettante all'esecutore in caso di recesso dal contratto per ritardata consegna imputabile alla stazione appaltante, ed una speciale per l'appalto di progettazione ed esecuzione, la quale avrebbe forse richiesto un articolo apposito, suddiviso in commi, se del caso con gli opportuni richiami alla norma generale.

Su un piano più generale la Commissione ritiene peraltro opportuno segnalare al Ministero se in considerazione della portata e dei limiti della norma primaria fondante il regolamento in esame - in specie nel confronto con l'art. 5, comma 5, del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 –non sia preferibile che le conseguenze risarcitorie o indennitarie spettanti all'esecutore in caso di ritardata consegna imputabile alla stazione appaltante siano regolamentate non già in via diretta, come nello schema in esame, ma che sia invece enunciato in questa sede l'obbligo per la stazione appaltante di riprodurre tale disciplina nei capitolati d'appalto. Ciò tanto più se si considera che l'art. 107, comma 6, del Codice di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, demanda al regolamento ministeriale il cui schema è in

esame, con riguardo peraltro alla sola ipotesi della sospensione dei lavori, di definire i criteri di quantificazione del risarcimento dovuto all'esecutore «*sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 del codice civile*». In particolare, va sottolineato che la norma del Codice civile richiamata è relativa alla clausola penale, recante, come noto, la liquidazione pattizia e forfetaria delle conseguenze dell'inadempimento contrattuale. A conferma di quanto ora rilevato si evidenzia che l'art. 12 dello schema in esame, relativo alla sospensione dei lavori, prevede che il contratto «*deve contenere una clausola penale*» recante la disciplina pattizia del risarcimento dovuto all'esecutore in caso di sospensioni dei lavori di cui la stazione appaltante debba rispondere.

Considerazioni analoghe vanno svolte con riguardo a quelle previsioni che limitano le facoltà dei contraenti, ed in particolare quella contenuta nel comma 5, in cui l'accettazione del recesso dell'esecutore da parte della stazione appaltante è esclusa in caso di rilevante ritardo della consegna dei lavori.

Sul piano della formulazione delle norme si segnala l'esigenza di utilizzare una terminologia appropriata con riguardo all'ipotesi di ritardata consegna di cui sia responsabile la stazione appaltante. Al riguardo, sarebbe opportuno sostituire l'espressione «*per fatto o colpa*» (commi 4, 11, e 12) - pur riproduttiva di quella impiegata nel regolamento di cui al d.P.R. n. 207 del 2010: art. 157) – con quella «*per causa imputabile*». Quella tradizionale pone infatti dubbi se l'amministrazione debba rispondere anche oggettivamente, per il solo «*fatto*» del ritardo, o se anche tale ritardo sia ad essa ascrivibile a titolo di colpa. L'espressione «*per causa imputabile*» - o altra riproduttiva di quella contenuta nell'art. 1218 del Codice civile - consente invece di collocare la disciplina in esame nel quadro dei principi generali della responsabilità per inadempimento dei contratti.

Deve poi essere evidenziata l'ambiguità della formulazione del 4 comma, primo periodo, laddove è definito il diritto dell'esecutore al rimborso delle spese sostenute in caso di accoglimento della sua istanza di recesso dal contratto per ritardata

consegna dei lavori: «*tutte le spese contrattuali nonché di quelle effettivamente sostenute e documentate*». Pur riproduttiva di quella già contenuta nell'art. 153, comma 8, d.P.R. n. 207 del 2010, la Commissione reputa di segnalare i rischi connessi ad una formulazione ambigua della norma, nella quale non è chiara la distinzione tra la prima e la seconda categoria di spese e sotto quale profilo le stesse si distinguano le une dalle altre.

Sempre sul piano formale andrebbe invece evitato l'impiego dell'aggettivo «*tutte*».

Si segnala inoltre che nel secondo periodo del medesimo comma 4 figura l'espressione «*compenso*», riferita al ristoro pecuniario dovuto all'esecutore, la cui istanza di recesso sia stata respinta, per gli oneri sostenuti in conseguenza della ritardata consegna dei lavori. Poiché non si tratta di un corrispettivo ulteriore rispetto a quello contrattualmente previsto il termine andrebbe sostituito con «*indennizzo*».

Infine, al comma 9 l'espressione «*pena l'impossibilità di iscrivere riserve per ritardi*» andrebbe sostituita con quella «*a pena di decadenza dalla possibilità di iscrivere riserve per ritardi*».

Art. 8 (Accettazione dei materiali)

Si rileva innanzitutto che i commi 1 e 6 hanno carattere sostanzialmente riproduttivo di norme già contenute nel Codice dei contratti pubblici – rispettivamente gli artt. 101, comma 3, terzo periodo, e comma 5, lett. a) e b) – per cui se ne suggerisce l'espunzione.

Dal punto di vista formale l'espressione presente al comma 1: «*attestandone altresì la conformità, ove applicabile, a quanto disposto dalle pertinenti norme nazionali ed europee*», andrebbe sostituita con la seguente «*attestandone altresì la conformità a quanto disposto dalle pertinenti norme nazionali ed europee, ove applicabili*».

Sempre dal medesimo punto di vista, nel comma 3, al terzo periodo, e ai commi 4 e 5, il verbo andrebbe più correttamente declinato all'indicativo «*sono messi in opera*», «*sono rifiutati*» e «*dispongono*», con espunzione in tutti e tre i casi del verbo servile «*possono*».

Non deve essere trascurato al riguardo che l'impiego del servile determini conseguenze non condivisibili sul piano sostanziale, nelle parti in cui si attribuisce al direttore dei lavori una mera facoltà e non già un obbligo di rifiutare il materiale e i componenti deperiti o non conformi alle norme tecniche, o alle caratteristiche previste nel contratto (commi 3 e 4).

Al fine di non aggravare l'attività di controllo sulla qualità dei materiali si suggerisce inoltre di espungere l'inciso «*sulla base di adeguata motivazione*» presente nel comma 5.

Art. 9 (Verifica del rispetto degli obblighi dell'esecutore e del subappaltatore)

La Commissione segnala l'opportunità di chiarire al comma 2 che le verifiche in caso di avvalimento riguardano, in conformità all'art. 89, comma 9, del Codice, i soli requisiti di capacità tecnica.

Il comma 4 appare sostanzialmente riproduttivo dell'art. 101, comma 6, del Codice, per cui se ne suggerisce l'espunzione.

Art. 11 (Contestazioni e riserve)

Si ribadisce anche con riguardo a questa disposizione quanto osservato a proposito dell'art. 7, circa l'opportunità di prevedere che siano le stazioni appaltanti ad inserire nei capitolati speciali le norme contenute nel presente schema di regolamento, piuttosto che dettare direttamente la disciplina.

Art. 12 (Sospensione dei lavori)

Si segnala, al comma 2, lett. a), l'opportunità di precisare se la percentuale del 6,5% prevista a titolo di risarcimento a favore dell'esecutore, dedotto dall'importo contrattuale l'utile e le spese generali (nelle rispettive misure del 10 e del 15 per cento), costituisce un limite massimo, che nel contratto può essere derogato *in peius* per l'esecutore. Per come formulata la norma in esame sembra prevedere una risarcimento forfetizzato in misura fissa.
Sul piano formale si evidenzia la mancanza della parola «*del*» prima del «*15%*».

Art. 13 (Gestione dei sinistri)

Pur nella consapevolezza che la disciplina relativa alla gestione dei sinistri riproduce quella già contenuta nel regolamento di esecuzione del previgente Codice dei contratti pubblici (art. 166 d.P.R. n. 207 del 2010), la Commissione evidenzia l'opportunità di dare in questa sede una migliore definizione delle conseguenze sull'equilibrio contrattuale derivanti da eventi incolpevoli. In particolare, si potrebbe specificare che l'«*indennizzo*» - espressione preferibile rispetto a «*compenso*» impiegata nel comma 2, per le ragioni già esplicitate a proposito dell'art. 7 del presente schema, o a «*risarcimento*», invece presente nel comma 2 - è dovuto in «*caso fortuito*» e non solo per «*forza maggiore*», e cioè in tutti i casi quelle ipotesi di eventi non prevedibili con l'ordinaria diligenza (in linea con la giurisprudenza di legittimità in materia: cfr. *ex multis* Cass. civ., III, 27 giugno 2016 n. 13222; 24 settembre 2015 n. 18877).
Al comma 1, secondo periodo andrebbe espunto l'inciso «*indipendentemente dall'esistenza di adeguata copertura assicurativa*», attesane la superfluità.

Art. 14 (Funzioni e compiti al termine dei lavori)

I commi 1 e 5 sono sostanzialmente riproduttivi delle disposizioni del Codice dagli stessi richiamate, per cui se ne suggerisce l'espunzione.

3. Profili generali relativi al direttore dell'esecuzione dei contratti relativi a servizi e forniture

In linea generale si deve rilevare come, anche per la parte relativa al Direttore dell'esecuzione (D.E.), il nuovo testo non presenta particolari profili di perplessità, per cui le osservazione si sono per la maggior parte limitate a profili di carattere testuale e lessicale.

Al riguardo si deve anzi annotare positivamente che il decreto fa tesoro sia di alcuni utili contributi e proposte di modifica dei diversi stakeholder e sia di molti suggerimenti e condizioni di cui al precedente parere n. 2282 del 3 novembre 2016 di questo Consiglio di Stato.

Le disposizioni in esame appaiono avere una flessibilità intrinseca per cui possono comunque esser giudicate adeguate ad assicurare una disciplina idonea all'intera gamma delle diverse tipologie di contratti di servizi e forniture che erano state ricordate al Paragrafo *4.2. L'AIR: la peculiarità dei contratti di forniture e servizi e le relative implicazioni in ordine alla fase di esecuzione"* del citato parere n. 2282 del 2016.

Tuttavia, sul piano sistematico, il mancato recepimento del precedente suggerimento di unificare«*la disciplina dei due organi in unico contesto regolatorio*» (così il parere reso in occasione del nuovo Codice dei contratti pubblici: 1° aprile 2016 n. 855) appare contraddire le finalità di semplificazione.

Per questo deve valutarsi negativamente la persistente separatezza delle relative fonti in materia di RUP e di D.E.

Nondimeno, sul piano sostanziale, i rispettivi ambiti di competenza e di operatività appaiono qui meglio coordinati e definiti per cui si pongono comunque le basi per una futura *reductio ad unitatem* della relativa disciplina.

4. Analisi del Testo

Art. 18 (Rapporti tra direttore dell'esecuzione e RUP)

Comma 1

Sul piano testuale, è corretto il rinvio alle «*linee guida adottate dall'A.N.AC. ai sensi dell'articolo 31, comma 5, del codice*" per i casi nei quali l'incarico di direttore dell'esecuzione non è ricoperto dal RUP.

La disposizione, che concernente esclusivamente i casi nei quali l'incarico di direttore dell'esecuzione non è ricoperto dal RUP, tocca un profilo che, in passato, aveva suscitato moltissime perplessità per l'indeterminatezza dei confini discriminanti le diverse funzioni e gli specifici compiti delle due figure.

Comma 2-4

I rapporti tra RUP e direttore dell'esecuzione restano delimitati, in via ordinaria, dalle "disposizioni di servizio" del RUP cioè dalle «*istruzioni occorrenti a garantire la regolarità dell'esecuzione del servizio o della fornitura*». In tali esclusivi ambiti si esplica l'autonomia tecnico-gestionale del Direttore in ordine al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto.

Sotto l'aspetto sostanziale, del resto, si rileva che si tratta della ripresa di antichi e consolidati precetti, che risalgono all'art. 6 del R.D. 25 maggio 1895, n. 350 che regolava analogamente l'assetto dei rapporti tra ingegnere capo, direttore lavori ed esecutore.

Comma 4

Con una norma diretta a risolvere i (sempre possibili) possibili contrasti o conflitti si afferma correttamente la primazia del RUP che costituisce l'unica controparte negoziale dell'amministrazione nei riguardi dell'esecutore.

Comma 5

Conformemente alla valutazione rimessa dal Ministero al Consiglio di Stato, nella relazione illustrativa, si condivide la formulazione proposta, secondo cui va «*sentito il RUP*», per la nomina di uno o più assistenti con funzioni di direttore operativo, su richiesta del direttore dell'esecuzione.

Art. 19 (Incompatibilità)

Comma 1

Si richiamano le osservazioni svolte con riguardo all'art. 2.

Art. 20 (Gli strumenti per l'esercizio dell'attività di direzione e controllo)

Comma 1

La formula finale, adottata dal testo in esito all'interlocuzione con i soggetti istituzionali, se convince nella sostanza, merita tuttavia una ulteriore annotazione.

Non appare condivisibile infatti l'utilizzo del termine «*sintetiche motivazioni*» che devono essere poste a base dell'ordine che il direttore dell'esecuzione impartisce all'esecutore.

L'espressione utilizzata infatti ha una valenza semantica di carattere prettamente giuridico-amministrativo, mentre qui si tratta di imporre «*prescrizioni*» di natura esclusivamente negoziale e comunque «*istruzioni necessarie*»per l'esecuzione di obbligazioni.

La fattispecie concerne dunque l'esplicazione dei normali poteri di indirizzo, controllo e verifica delle prestazioni (di cui agli artt. 1662 cod. civ. e art. 1559 cod. civ.), ordinariamente spettanti al committente il cui esercizio, per diritto comune, deve tuttavia essere sempre giustificato contrattualmente.

Per tale ragione sarebbe opportuno che la forma scritta degli ordini di servizio del D.E. all'esecutore riportino, «*sinteticamente le ragioni tecniche e le finalità perseguite*», ovvero in alternativa «*i motivi di natura tecnica e funzionale*» che hanno reso necessario l'intervento del direttore dell'esecuzione.

Art 21 (L'attività di controllo)

Al riguardo se si tratta di un impianto largamente consolidato nella prassi, si sottolinea positivamente l'inserimento della "*customers satisfaction*" tra i parametri di valutazione della buona esecuzione del contratto.

Art. 22 (Avvio dell'esecuzione del contratto)

Comma 1

Si sottolinea positivamente la prescrizione del carattere solo eventuale dell'apposito verbale la cui redazione è necessaria solo «*laddove sia indispensabile in relazione alla natura e al luogo di esecuzione delle prestazioni*».In molti casi di servizi o di forniture non vi è infatti alcuna esigenza di un tale adempimento.

Comma 2

Molto utilmente si è mantenuto il comma 2 relativo ai casi di esecuzione anticipata del per ragioni di urgenza, la cui abrogazione era invece stata proposta dalle Regioni. Indicare «*nel verbale di avvio quanto predisposto o somministrato dall'esecutore per il rimborso delle relative spese*» è infatti un adempimento indispensabile per evitare l'effettuazione di prestazioni inutili ed ultronee e per prevenire i contenziosi tipici della casistica dell'anticipata esecuzione.

Art. 23 (Verifica del rispetto degli obblighi dell'esecutore e del subappaltatore)

Comma 1

Le eventuali violazioni in materia di subappalto costituiscono un *vulnus* non solo alla esecuzione dei contratti di appalto (dalla violazione delle disposizioni in materia di assunzioni, fino ai casi di possibili condizionamenti da parte della delinquenza organizzata), per cui la disposizione di cui alla lett. "d)" in base al quale il D.E. «*provvede alla segnalazione al* RUP *dell'inosservanza, da parte dell'esecutore, delle disposizioni di cui all'articolo 105 del codice.*»deve essere presidiata con l'espressione «*senza indugio e comunque entro le 24 ore*».

Art. 24 (Contestazioni e riserve)

Al riguardo si richiamano le medesime considerazioni di cui all'art. 9.

Art. 25 (Modifiche, variazioni e varianti contrattuali)

Anche a tale riguardo si richiamano le medesime considerazioni svolte all'art. 12.

Comma 1

Sostituire «*contemplate all'articolo*» con «*previste dall'articolo*».

Comma 5

Anche a tale proposito si deve ricordare solo che si tratta dell'opportuna riproposizione di antiche regole in materia di nuovi prezzi (cfr. art. 21 R.D, n. 350 del 1895 poi ripresa integralmente dalla normativa successiva) tutt'ora valide.

Art 26 (Sospensione dell'esecuzione)

Comma 3

Sostituire «*ripresa delle prestazioni*», che compare due volte, con «*ripresa dell'esecuzione*», in entrambi i casi.

Art. 27 (Gestione dei sinistri)

Si richiamano le osservazioni formulate in relazione all'art. 13.

Art. 29 (Il controllo amministrativo-contabile)

Comma 1

Va soppresso l'ultimo periodo del comma 1, secondo cui «*in caso di ritardato pagamento, si applica quanto previsto dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*».

Si tratta di previsione in parte ripetitiva, in parte innovativa, rispetto all'art. 113-*bis* codice. Quest'ultimo disciplina i termini di pagamento e rinvia all'art. 4, commi 2 e ss., d.lgs. n. 231 del 2002.

Non richiama, invece, il comma 1 dell'art. 4, d.lgs. n. 231 del 2002, a tenore del quale «*Gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento*».

Invece, con il richiamo integrale del d.lgs. n. 231 del 2002, operato dall'art. 29 delle linee guida, si rende applicabile pure l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 231/2002, che invece il codice non richiama.

Si tratta di una previsione la cui applicazione al settore dei contratti pubblici comporta qualche criticità, e spetta alla fonte primaria scegliere se estendere o meno l'applicazione dell'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2002. Scelta finora non effettuata dal codice, e che pertanto va espunta dalle linee guida. Si suggerisce pertanto di espungere l'ultimo periodo dell'art. 29, comma 1, dello schema.

Articolo 30 (Clausola di invarianza finanziaria)

La parola «*linee guida*» va sostituita con «*regolamento*», conformemente alla sua natura giuridica, come rilevato in relazione all'art. 1.

5. Rilievi di drafting

Sul piano del *drafting* si raccomanda un uso più appropriato dei segni di interpunzione.

Ad esempio: agli artt. 11, commi 4, primo e secondo periodo, e 5, primo periodo, vanno rispettivamente: eliminate le virgole tra le parole «*l'esecutore*» e «*non firmi il registro*» e «*l'esecutore*» e «*ha firmato con riserva*»; inserite le virgole all'inizio e alla fine delle parole «*a pena di decadenza*»; del pari, all'art. 25, comma 5, va inserita la virgola dopo le parole «*prezzo contrattuale*» e prima delle parole «*si provvede*».

Deve inoltre essere mantenuta la coerenza interna al testo ed in particolare tra le definizioni poste nell'art. 1 e i successivi riferimenti ad essi contenuti nelle singole disposizioni, come nel caso dell'art. 18, in cui si richiamo le linee guida adottate

«*dall'A.N.AC.*», che tuttavia ai fini del presente regolamento è definita come «*Autorità*» (lett. a, dell'art. 1).

P.Q.M.

Nelle precedenti considerazioni è il parere, favorevole con osservazioni, della Commissione speciale.

GLI ESTENSORI
Umberto Realfonzo, Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO
Giuseppe Carmine Rainone