

AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

Determinazione n. 5/2007 del 30 maggio 2007

Oggetto: Contenzioso in fase di esecuzione: Accordo Bonario

IL CONSIGLIO

Premesse

Un'indagine dell'Autorità, relativa all'applicazione della procedura del componimento accelerato delle controversie in fase di esecuzione, ha evidenziato una serie di problematiche che richiedono particolare attenzione da parte delle Stazioni Appaltanti.

La procedura accelerata di componimento bonario del contenzioso, prevista dall'art. 31 bis della legge 109/94 e ora contemplata all'art. 240 del nuovo codice degli appalti, denominata "accordo bonario", può essere attivata quando l'ammontare delle riserve superi in percentuale il 10% dell'importo contrattuale; la ragione di tale limite è facilmente individuabile nel fatto che il valore economico della controversia deve essere significativo in rapporto all'entità dell'appalto, cioè tale da costituire un serio impedimento al regolare prosieguo dei lavori.

L'istituto dell'accordo bonario si pone, quindi, quale procedura di carattere eccezionale rispetto alla ordinaria trattazione delle riserve, che ne rinvia la definizione al collaudo finale.

Negli ultimi quattro anni, all'istituto in questione sono state apportate sostanziali modifiche con l'introduzione di alcune disposizioni correttive.

Rispetto alla originaria previsione, la legge 166/2002 ha introdotto:

- una limitazione nel numero di accordi bonari da poter sottoscrivere nel corso dell'appalto (la procedura può essere reiterata una sola volta);
- la costituzione di una apposita commissione per l'analisi delle riserve e la formulazione di una proposta di accordo bonario. Negli appalti di importo inferiore a € 10.000.000 la costituzione della commissione non è obbligatoria e può far parte della stessa anche il responsabile del procedimento (i componenti della commissione percepiscono il compenso di cui al D.M. 2 dicembre 2000 n. 398 ridotto del 50%).

Il D.Lgs. 163/2006 ha recepito la disposizione del Regolamento 554/99 richiedendo espressamente al Responsabile del procedimento di valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite del valore

Ha, inoltre, esteso la procedura ai "settori esclusi" e ai contratti di servizi e forniture fatti salvi alcuni adattamenti resi necessari dalla peculiarità del procedimento finalizzato alla realizzazione di opere pubbliche.

Sulla questione delle procedure da porre in essere per la definizione delle controversie l'Autorità si è già pronunciata con appositi atti di determinazione e di deliberazione; in particolare, ha dato indicazioni sulle modalità operative e sulle richieste che possono essere oggetto di accordo (Determinazioni n. 22/2001 e n. 26/2002).

Fenomeni riscontrati

L'analisi degli accordi bonari pervenuti in adempimento allo specifico comunicato del Presidente dell'Autorità in data 04/06/2001, ha evidenziato alcune questioni di carattere generale riguardanti l'applicazione del procedimento in questione. In particolare le circostanze ricorrenti sono le seguenti:

- l'ammontare di quanto riconosciuto in sede di accordo bonario è notevolmente inferiore alle pretese iscritte a riserva (ed inferiore, altresì, alla soglia de 10% dell'importo contrattuale);
- il ricorrere, da parte di alcune imprese, sistematicamente a tale procedura avanzando sempre le medesime riserve (essenzialmente carenza progettuale, sorpresa geologica, andamento anomalo del cantiere);
- l'elevata percentuale del ribasso generalmente offerto in sede di gara.

La circostanza di cui al punto 1 appare significativa della pretestuosità delle richieste iniziali, rivelatesi poi esorbitanti in sede di definizione dell'accordo; la sopravvalutazione economica delle riserve, stimando artificiosamente il valore della controversia quale maggiore del 10% di quello contrattuale, ha consentito di attivare la procedura di accordo bonario.

L'importo degli accordi, acquisiti dall'Autorità nel periodo 1999-2004, varia, infatti, da un decimo ad un terzo dell'iniziale richiesta formulata dall'impresa nella quasi totalità dei casi; solo una esigua percentuale di accordi bonari (16 su 649) si è conclusa con il riconoscimento all'impresa di una somma prossima a quella inizialmente richiesta (80%-100% dell'importo richiesto).

Tali risultati evidenziano una contraddittorietà con le disposizioni del DPR 554/99, ora richiamate anche nel D.Lgs. 163/2006, circa la necessità di valutare - ai fini del raggiungimento del limite del 10% dell'importo contrattuale e, quindi, dell'attivazione del procedimento - la non manifesta infondatezza delle riserve.

In sostanza, si registra un'applicazione distorta dell'accordo bonario, che, pur essendo, nelle previsioni del legislatore, istituto di carattere eccezionale destinato a risolvere situazioni di particolare criticità, viene spesso strumentalmente utilizzato dalle imprese per pervenire, in tempi brevi, al riconoscimento di determinate richieste economiche.

La circostanza di cui sopra appare confermata anche dalle affermazioni frequenti delle S.A., negli stessi accordi, di procedere soltanto per evitare che il contenzioso si prolunghi ulteriormente a danno dell'amm.ne, che sembrano prescindere da una approfondita valutazione del merito delle riserve.

E' evidente, pertanto, come una procedura finalizzata ad assicurare il regolare proseguo dell'appalto, evitando che questo debba interrompersi, o comunque risentirne negativamente, per effetto di una insostenibile maggiore onerosità della prestazione richiesta all'impresa, spesso diventa strumento di quest'ultima per esercitare una forte pressione sulla stazione appaltante, finalizzata ad ottenere riconoscimenti economici che sarebbero difficilmente presi in considerazione al termine dell'appalto.

Sul secondo punto sembra, invece, emergere una specializzazione di alcune imprese nel contestare sistematicamente le scelte progettuali e/o le attività poste in essere dalla Direzione Lavori, al fine di ottenere un riconoscimento economico.

Al riguardo si osserva come il riconoscimento, da parte del Responsabile del Procedimento, della fondatezza di richieste legate a presunte carenze del progetto, sia per effetto di circostanze imprevedibili che per errori o omissioni nella redazione dello stesso, comporti la necessità di richiedere alle competenti figure istituzionali (progettista e direttore dei lavori) la redazione di una perizia di variante, essendo questa - e non l'accordo bonario - lo strumento normativo previsto in tale eventualità (art. 132 del D.lgs. 163/2006).

Nel caso, poi, in cui le esigenze di apportare modifiche ed integrazioni al progetto siano riconducibili ad errore progettuale ed eccedano il quinto dell'importo contrattuale, la stazione appaltante, secondo quanto disposto dal comma 4 del citato art. 132, è legittimata a risolvere il contratto.

In relazione al terzo punto emerge, poi, una stretta relazione tra il ricorso all'accordo bonario ed il forte ribasso (in genere superiore al 20%) offerto in sede di gara. L'accordo bonario appare, pertanto, strumentalmente utilizzato dall'impresa per correggere la formulazione di offerte non pienamente ponderate in sede di appalto o, comunque, recuperare parte del ribasso offerto.

E' evidente, circa tale aspetto, che l'accordo bonario può riconoscere solo i maggiori oneri dell'impresa per effetto di circostanze sopravvenute, non rilevabili in sede di partecipazione all'appalto, in quanto, altrimenti, verrebbe ad alterare le condizioni economiche definite dalla gara (ad esempio: maggiori compensi per situazioni di disagio, riferite all'area di cantiere in cui si opera, già note in sede di offerta; maggiori oneri per consegne parziali già contemplate nei documenti di gara).

In definitiva dalle informazioni acquisite emerge chiaramente un uso improprio del procedimento, che dovrebbe essere finalizzato a risolvere eccezionali situazioni di criticità, per le quali il rinvio della trattazione delle riserve potrebbe determinare seri problemi per il prosieguo dei lavori, stante la rilevante incidenza economica dei maggiori oneri per l'impresa.

Invece, il procedimento:

- appare spesso attivato sulla base di richieste pretestuose;
- viene spesso utilizzato per il riconoscimento di ulteriori e maggiori lavori, che dovrebbero essere contemplati in una variante in corso d'opera;
- sembra a volte prestarsi strumentalmente al perseguimento, da parte dell'impresa, di maggiori compensi per oneri già presenti in sede di formulazione dell'offerta.

Alla luce delle precedenti considerazioni, l'Autorità richiama l'attenzione dei responsabili dei procedimenti di:

- valutare con attenzione, prima di attivare il procedimento dell'accordo bonario, la fondatezza delle riserve ai fini del raggiungimento del limite del 10% dell'importo contrattuale, avvalendosi anche di supporti professionali appropriati quando la specificità tecnica o giuridica delle riserve lo richieda;
- procedere, quando le riserve attengano a circostanze imprevedibili o ad errori o omissioni nella redazione del progetto, che impongono la modifica o integrazione dello stesso, a richiedere alle competenti figure istituzionali (progettista e direttore dei lavori) la redazione di una perizia di variante, essendo questa – e non l'accordo bonario - lo strumento normativo previsto in tali circostanze (art. 132 del D.lgs. 163/2006);
- impedire che l'accordo bonario possa essere strumentalmente utilizzato dall'appaltatore per ottenere maggiori compensi per oneri già contemplati in sede di gara, alterando di fatto le condizioni economiche definite dalla gara stessa.

Resta inteso che, ove vengano accertati profili di danno per il pubblico erario in relazione ad una distorta applicazione dell'istituto dell'accordo bonario, l'Autorità procederà a segnalare lo specifico caso alla competente Procura della Corte dei Conti per i provvedimenti di competenza.

Il Consigliere Relatore: Alessandro Botto Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 6 giugno 2007