

## **Dopo 12 anni di vita brillante, è mancato all'affetto dei suoi cari il “contratto aperto”**

C'era una volta l'articolo 154 del d.P.R. n. 554 del 1999.

Era rubricato “Lavori di manutenzione” e recitava:

*1. Qualora, nel caso di contratti aperti relativi a lavori di manutenzione, l'importo dei lavori da eseguire ecceda l'importo contrattuale il direttore dei lavori dà comunicazione al responsabile del procedimento per le opportune determinazioni. Il responsabile del procedimento può autorizzare l'ulteriore spesa, fino ad un totale complessivo pari all'originario importo posto a base di gara e comunque non superiore a 200.000 Euro.*

*2. Sono contratti aperti gli appalti in cui la prestazione è pattuita con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nel numero, ma resi necessari secondo le necessità della stazione appaltante.*

Sin dall'origine era apparsa una norma ambigua in quanto non trovava riscontro nella norma delega (l'articolo 3 della legge n. 109 del 1994), tuttavia dettava una disciplina che non sembrava né vietata dalla norma né molto diversa (a parte le espressioni utilizzate) dalla disciplina contrattuale ordinaria.

Si trattava comunque di difetti genetici che sono stati ampiamente perdonati nella pratica, visto l'uso (e l'abuso, ma questo non rileva ai nostri fini) di tali istituti apparentemente atipici.

Esso risultava utilissimo nei contratti di manutenzione ordinaria periodica dove la previsione progettuale delle prestazioni da fornire non è basata sull'obiettivo perseguito bensì sull'esperienza storica. In altri termini, normalmente negli appalti l'obiettivo è la realizzazione di un “prodotto” che il progetto definisce più o meno compiutamente; al contrario nelle manutenzioni ordinarie “il prodotto” in quanto tale non esiste, in quanto l'obiettivo perseguito è il mantenimento in vita di beni esistenti senza alcuna loro trasformazione, prevedendo che gli interventi da eseguire saranno (approssimativamente) analoghi per tipologie e per numero quelli che sono stati necessari negli anni precedenti sullo stesso bene. Spesso nemmeno si può nemmeno prevedere dove saranno eseguiti i singoli lavori di manutenzione, come nel caso di contratti di manutenzione per una pluralità di edifici <sup>(1)</sup> o contratti di allacciamento ai pubblici servizi. <sup>(2)</sup>

Da qui, essendo irragionevole se non impensabile ricorrere ad una procedura apposita ogni volta che si rompe una maniglia o si cambia una lampadina (con conseguenti CUP, CIG, MUP, DURC e ... per il RUP alla fine un TSO), il ricorso al “contratto aperto” permetteva di contrattualizzare un “elenco prezzi” (relativo alle voci più usuali o ricorrenti, sempre secondo l'esperienza storica e l'apprezzamento predittivo), un importo con funzione di plafond massimo e una scadenza del contratto incardinata non sull'ultimazione delle prestazioni (singolarmente incerte per natura, quantità e momento di esecuzione).

---

<sup>1</sup> *Malgrado una previsione accurata, è naturale che sia prevista la riparazione delle caldaie negli edifici A e B e invece, per ragioni sopravvenute, si renda necessaria la riparazione degli ascensori negli edifici C e D.*

<sup>2</sup> *Fattispecie frequente per stazioni appaltanti che sono gestori di servizi a rete: si prevede che nell'anno saranno necessari X allacciamenti all'acquedotto nel quartiere A e invece non si verifica nessun allacciamento simile ma si devono eseguire Y allacciamenti alla fognatura nel quartiere B.*

La durata era normalmente annuale o biennale e il contratto si concludeva al verificarsi di una delle seguenti due condizioni:

- a) la scadenza dell'anno o del biennio (di altro termine temporale previsto dal contratto);
- b) il raggiungimento dell'importo contrattuale se questa condizione era accertata prima della scadenza di cui alla lettera a).

Mentre la condizione sub. a) non pare presentare aspetti particolarmente critici, al verificarsi della condizione b) la norma permetteva al Responsabile del procedimento di ampliare l'importo del contratto autorizzando «*l'ulteriore spesa, fino ad un totale complessivo pari all'originario importo posto a base di gara e comunque non superiore a 200.000 Euro*».

Nell'occasione si coglie l'ambiguità lessicale: non si comprendeva se i 200.000 euro fossero riferiti alla «*ulteriore spesa*» oppure allo «*originario importo posto a base di gara*»; con due possibili interpretazioni:

- se il riferimento era alla ulteriore spesa si poteva concludere per l'irragionevolezza di un contratto di 10.000 euro dove, esaurito tale importo, il Responsabile del procedimento poteva ampliare il contratto fino a 210.000 euro (alla sola condizione che non fosse scaduto il termine temporale);
- poco meno irragionevole, almeno in astratto, la seconda interpretazione: la norma sarebbe stata *inutiliter data* per contratti di importo superiore ai 200.000 euro (che, per loro natura, sarebbero stati quelli maggiormente suscettibili di incertezza).

A nostro sommo avviso la soluzione è a prima, sia in quanto la meno irragionevole sia in quanto riferita a lavori di manutenzione e pertanto collegata all'articolo 148 del d.P.R. n. 554 del 1999 (importo massimo dei lavori in economia comprensivo di perizie suppletive stabilito in 200.000 euro) <sup>(3)</sup>

Tornando alla disciplina regolamentare del 1999, l'Autorità per la vigilanza non ha mai dubitato della sua applicabilità, limitatamente alle opere di pronto intervento (sul punto non si può concordare su una così ampia quanto immotivata restrizione), suggerendo invece correttamente alcune cautele. <sup>(4)</sup>

In particolare rammentando come l'incertezza della prestazione al momento della predisposizione dell'offerta, non pone in grado il concorrente di valutarne la portata contrariamente a quanto prescritto dall'articolo 71, comma 2, del d.P.R. n. 554 del 1999 e come l'assenza della determinazione dell'oggetto della prestazione o l'assenza dei criteri per la sua determinazione, è causa di nullità del contratto secondo l'ordinamento civilistico (articoli 1325, 1346, 1418 del codice civile). <sup>(5)</sup>

Il d.P.R. n. 207 del 2010, in vigore dall'8 giugno, non contiene una norma analoga all'articolo 154 del vecchio regolamento, decretando la morte del contratto aperto. In realtà la prima versione transitata in Consiglio dei ministri prevedeva ancora il "contratto aperto" (all'allora articolo 112) ma nel travagliato percorso di approvazione, seguendo l'indicazione il Consiglio di

<sup>3</sup> Ora articolo 125, commi 5 e 8, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

<sup>4</sup> Deliberazione n. 22 del 20 febbraio 2006.

<sup>5</sup> Deliberazione n. 86 del 14 novembre 2006.

Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, espressa con il parere n. 3262 del 17 settembre 2007, la norma che riproduceva l'articolo 154 del d.P.R. n. 554 del 1999 è stata espunta dal testo, così come poi definitivamente approvato.

Per ragioni di completezza si riporta il predetto parere:

*«Viene riprodotto l'art. 154, d.P.R. n. 554/1999, relativo al contratto aperto di manutenzione, norma che trovava la sua legittimazione nella duplice circostanza che:*

- la l. n. 109/1994 non contemplava l'accordo quadro, che, prima del codice, era stato in Italia introdotto solo per i settori speciali;*
- il regolamento n. 554/1999 era un regolamento anche di delegificazione, ai sensi dell'art. 17, co. 2, l. n. 400/1988.*

*Nel sistema del codice, da un lato non vi è alcuna norma che preveda il contratto aperto di manutenzione e per converso è stato previsto l'accordo quadro per lavori di manutenzione (art. 59 del codice), e dall'altro lato il regolamento non può né delegificare, né andare praeter legem, essendo un regolamento di sola esecuzione e attuazione. Pertanto, si deve escludere che il nuovo regolamento possa prevedere l'istituto del contratto aperto di manutenzione. Piuttosto, potrebbe essere opportuno dettare norme di esecuzione e attuazione dell'art. 59 del codice, in tema di accordo quadro per lavori di manutenzione. Tanto più che lo schema di regolamento detta disposizioni attuative per l'accordo quadro solo nel settore di servizi e forniture (art. 296) e non anche per i lavori. Pertanto l'articolo 112 va espunto.».*

Nello stesso parere l'organo consultivo suggeriva, in via subordinata, come modificare l'articolo qualora il Governo ritenesse di mantenere in vita l'istituto del contratto aperto, ma non pare necessario approfondire ulteriormente.

Come se non bastasse, la Corte costituzionale, con sentenza 11 febbraio 2011, n. 43, nel giudizio di legittimità costituzionale della legge della Regione Umbria 21 gennaio 2010, n. 3, sollevato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, ha aggiunto un carico da briscola.

La predetta legge regionale, vista l'assenza della figura del contratto aperto nel nuovo regolamento, nelle more dell'entrata in vigore di questo, all'articolo 22, commi 3 e 4, ne ha dettato una disciplina specifica:

*«3. Le amministrazioni aggiudicatrici possono provvedere all'espletamento dell'attività di manutenzione tramite la stipula di contratti aperti della durata massima di 4 anni. Per contratto aperto si intende il contratto in cui la prestazione è pattuita con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nel numero, ma resi necessari secondo le necessità delle amministrazioni aggiudicatrici.*

*4. Qualora, nel caso di contratti aperti, l'importo dei lavori da eseguire ecceda l'importo contrattuale, il direttore dei lavori dà comunicazione al responsabile del procedimento per le opportune determinazioni. Il responsabile del procedimento può autorizzare l'ulteriore spesa fino ad un totale complessivo pari all'importo originario posto a base di gara, e comunque non superiore a 200.000 euro. In caso di contratto pluriennale la ulteriore spesa riferita alla singola*

*annualità può essere autorizzata fino ad un totale complessivo pari all'importo originario posto a base di gara previsto per il singolo anno, e comunque non può essere superiore a 200.000 euro.»*

La Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione argomentando sull'assenza, tra le definizioni dell'articolo 3, commi 3 e 10, del Codice dei contratti, della fattispecie in parola, come segue:

*«Le norme regionali censurate disciplinano, con riferimento agli appalti relativi all'espletamento dell'attività di manutenzione, un particolare tipo di contratto che viene qualificato come "aperto", il quale si caratterizza per il suo contenuto "variabile", ossia determinabile in ragione delle necessità manifestate dall'amministrazione nel periodo temporale (4 anni) di efficacia dello stesso.*

*Il d.lgs. n. 163 del 2006 non contempla tale figura contrattuale, che era invece disciplinata – peraltro, con una disposizione non del tutto coincidente con quella regionale – dall'art. 154 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 ... La norma da ultimo citata è stata, però, abrogata dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ... Né può ritenersi, come anche è stato prospettato nel corso dell'udienza pubblica, che i contratti aperti siano assimilabili agli "accordi quadro". Questi ultimi, infatti, in ragione del contenuto specifico della norma che li disciplina (art. 59 del d.lgs. n. 163 del 2006), integrano gli estremi di una tipologia contrattuale diversa da quella che rileva in questa sede.*

*Ciò posto, deve ribadirsi che questa Corte ha già avuto modo di chiarire, con la sentenza n. 401 del 2007, che spetta al legislatore statale – ferma restando l'autonomia negoziale delle singole amministrazioni aggiudicatrici – individuare, per garantire uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, il tipo contrattuale da utilizzare per la regolamentazione dei rapporti di lavori, servizi e forniture. Ne consegue che il prevalente ambito materiale che, nella specie, viene in rilievo, è rappresentato dall'ordinamento civile. Nella citata sentenza si è, inoltre, precisato che tale uniformità, nella previsione della tipologia e dell'oggetto dei contratti, è funzionale ad assicurare il rispetto dei principi sottesi alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza. Alla luce di quanto esposto, deve, pertanto, essere dichiarata la illegittimità costituzionale dei commi impugnati per violazione dei parametri costituzionali di cui all'art. 117, secondo comma, lettere e) ed l), Cost.».*

Decretata la morte del contratto aperto, accantonata la possibilità di sostituirlo con l'accordo quadro di cui all'articolo 59 del Codice di contratti (né si scorgono analogie tra i due istituti, malgrado autorevoli opinioni diverse), si pone il problema di quale soluzione operativa può essere individuata per le opere di manutenzione ordinaria periodica e predittiva, all'interno del perimetro delle possibilità contrattuali compatibili con l'ordinamento.

Ebbene, abbandonato il *nomen juris* di "contratto aperto" (ormai impronunciabile), non si può che ricorrere al contratto di lavori in economia mediante cottimo fiduciario, ai sensi dell'articolo 125, commi 2 e 6, lettera b), del decreto legislativo n. 163 del 2006, secondo il modello di cui agli articoli 173, comma 1, 203, comma 2, 207 e 208, del d.P.R. n. 207 del 2010, in combinato con la disciplina della "consegna parziale". Certamente non può esserci l'elasticità che conoscevamo, ma non sembra esserci alternativa.