



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp



ANCE

Prot. AG31/2010

22/7/1010

Oggetto: *Istanza di parere ai sensi del “Regolamento sulla istruttoria dei quesiti giuridici”- Corretta applicazione dell’art. 89, comma 1, lettera i) del D.Lgs. n. 81/2008 - ANCE*

In esito a quanto richiesto con nota n. 91- C2V/2010 si comunica che il Consiglio dell’Autorità nell’adunanza del 21-22 luglio 2010 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno delineare brevemente il quadro normativo di riferimento.

Ai sensi dell’art. 89, comma 1, lett. i), del D.Lgs. n. 81/2008 (come modificato dal D.Lgs. n. 106/2009), l’impresa affidataria è l’*“impresa titolare del contratto di appalto con il committente che, nell’esecuzione dell’opera appaltata, può avvalersi di imprese subappaltatrici o di lavoratori autonomi. Nel caso in cui titolare del contratto di appalto sia un **consorzio tra imprese** che svolga la funzione di promuovere la partecipazione delle imprese aderenti agli appalti pubblici o privati, anche privo di personale deputato alla esecuzione dei lavori, l’impresa affidataria è l’impresa consorziata **assegnataria** dei lavori oggetto del contratto di appalto individuata dal consorzio nell’atto di assegnazione dei lavori comunicato al committente o, in caso di pluralità di imprese consorziate **assegnatarie** di lavori, quella indicata nell’atto di assegnazione dei lavori come affidataria, sempre che abbia espressamente accettato tale individuazione”*; ai sensi della successiva lettera i-bis) l’impresa esecutrice è l’*“impresa che esegue un’opera o parte di essa impegnando proprie risorse umane e materiali”* (l’impresa esecutrice svolge i compiti indicati nell’art. 95).

Gli articoli 96 e 97 del D.Lgs. n. 81/2008, individuano i compiti assegnati all’impresa affidataria. In particolare, ai sensi dell’art. 96, *“i datori di lavoro delle imprese affidatarie e delle imprese esecutrici, anche nel caso in cui nel cantiere operi una unica impresa, anche familiare o con meno di dieci addetti: a) adottano le misure conformi alle prescrizioni di cui all’allegato XIII [prescrizioni di sicurezza e di salute per la logistica di cantiere]; b) predispongono l’accesso e la recinzione del cantiere con modalità chiaramente visibili e individuabili; c) curano la disposizione o l’accatastamento di materiali o attrezzature in modo da evitarne il crollo o il ribaltamento; d) curano la protezione dei lavoratori contro le influenze atmosferiche che possono compromettere la loro sicurezza e la loro salute; e) curano le condizioni di rimozione dei materiali pericolosi, previo, se del caso, coordinamento con il committente o il responsabile dei lavori; f) curano che lo stoccaggio e l’evacuazione dei detriti e delle macerie avvengano correttamente; g) redigono il piano operativo di sicurezza di cui all’articolo 89, comma 1, lettera h) (...)”*. A norma dell’art. 97, inoltre, *“Il datore di lavoro dell’impresa affidataria **verifica le condizioni di sicurezza dei lavori affidati e l’applicazione delle disposizioni e delle prescrizioni del piano di sicurezza e coordinamento (...)**”* e deve altresì (comma 3) *“a) coordinare gli interventi di cui agli articoli 95 e 96; b) verificare la congruenza dei piani operativi di sicurezza (POS) delle imprese esecutrici rispetto al proprio, prima della trasmissione dei suddetti piani operativi di sicurezza al*

coordinatore per l'esecuzione (...)". Sembra utile sottolineare, altresì, che ai sensi dell'art. 101 del D.Lgs. 81/2008, prima dell'inizio dei lavori, ciascuna impresa esecutrice trasmette il proprio piano operativo di sicurezza all'impresa affidataria, la quale, previa verifica della congruenza rispetto al proprio, lo trasmette al coordinatore per l'esecuzione. L'inizio dei lavori è, dunque, consentito solo all'esito (ovviamente positivo) delle suddette verifiche; ciò al fine di evitare l'avvio dei lavori in cantieri per i quali le imprese esecutrici non abbiano adeguatamente pianificato la sicurezza. L'art. 159 prevede, infine, specifiche sanzioni in caso di violazione delle suindicate norme.

Dalle disposizioni sopra riportate emerge, dunque, che il legislatore ha assegnato all'impresa affidataria l'importante ruolo di verificare concretamente in cantiere il rispetto delle prescrizioni poste a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori. Si tratta di compiti di coordinamento e di gestione operativa del cantiere, con controllo del livello di sicurezza in tutte le lavorazioni svolte sia dai propri lavoratori, sia dai subappaltatori.

Con riferimento all'individuazione del soggetto preposto a tali compiti, l'art. 89 del D.Lgs. n. 81/2008, specifica che l'impresa affidataria è l'impresa *titolare del contratto di appalto* con il committente. Dunque, nel caso in cui l'aggiudicatario di un appalto è un soggetto singolo, quest'ultimo assumerà anche il ruolo di "impresa affidataria" per l'espletamento dei compiti in materia di sicurezza nel cantiere.

Nel caso in cui l'aggiudicatario dei lavori è un "*soggetto plurimo*", tale ultima disposizione ai fini dell'individuazione della figura in argomento, non distingue - come rilevato dall'ANCE - tra ATI, consorzi stabili e consorzi ordinari, ma utilizzata un'espressione generica - *consorzio tra imprese che svolga la funzione di promuovere la partecipazione delle imprese aderenti agli appalti pubblici o privati*.

Tale indicazione sembra invero riferita a *tutti i casi* di partecipazione in gara e successiva aggiudicazione di *soggetti plurimi*. Del resto sembrerebbe contrario alle finalità della norma - tesa evidentemente a garantire la sicurezza dei lavoratori in cantiere - limitarne l'applicazione ai soli consorzi e non anche alle ATI che, svolgono - è evidente - il medesimo ruolo (l'esecuzione di lavori).

Si ritiene, dunque, che il riferimento ai "consorzi di imprese", vada interpretato come estensione della disciplina di cui agli articoli 89-96-97 del D.Lgs. n. 81/2008 ai consorzi - stabili ed ordinari - nonché alle ATI.

In tali casi, inoltre, la lettera della norma mostra l'intento del legislatore di individuare un *unico soggetto* (l'impresa affidataria) deputato all'espletamento dei compiti in materia di sicurezza in cantiere: ex art. 89, infatti, se il titolare del contratto è un consorzio, l'impresa affidataria è la consorziata assegnataria dei lavori, individuata dal consorzio nell'atto di assegnazione dei lavori comunicato al committente; in caso di pluralità di imprese consorziate assegnatarie di lavori, quella indicata nell'atto di assegnazione dei lavori come affidataria, previa accettazione.

Sembra, dunque, che la norma richieda lo svolgimento di tale delicato ruolo da parte di un unico soggetto, l'individuazione del quale è peraltro rimessa alla *libera determinazione delle parti*.

L'ANCE sostiene, al riguardo, che non appare chiaro se ciò valga anche per il consorzio ordinario e per l'ATI o se invece, in tale ultimo caso, il ruolo *de quo* spetti all'impresa mandataria.

Invero, ai sensi dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, come noto, la mandataria agisce in nome e per conto delle mandanti nei rapporti con la PA [*"al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti"*].

Pertanto, un'interpretazione sistematica delle disposizione del D.Lgs. n. 163/2006 con quelle del D.Lgs. n. 81/2008, conduce a ritenere che nel caso di ATI, il ruolo di "affidataria" dovrebbe essere assunto dall'impresa mandataria.

Sembra deporre in tal senso anche l'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006 che al comma 7 dispone che "*(...)L'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere,*

al fine di rendere gli specifici piani [di sicurezza] redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, detto obbligo incombe al mandatario (...)". I compiti di coordinamento assegnati all'aggiudicatario da tale disposizione, che ricalcano (in parte) quelli contemplati nell'art. 97 del D.Lgs. 81/2008 per l'impresa affidataria, sembra confermare che in caso di ATI detto ruolo spetti alla mandataria.

Diverso sembra il caso dei consorzi ordinari per i quali, ancorché disciplinati dalla stessa norma - l'articolo 37 del Codice dei contratti - "*non sussiste un rapporto di mandato tra le consorziate per la partecipazione alle gare, poiché è il contratto costitutivo del consorzio che costituisce il vincolo (Cons. Stato sent. n. 5679/2000), né il consorzio partecipa per una o più consorziate ma per tutte le imprese che lo costituiscono, infine il regime della responsabilità solidale è sancito dalla relativa disciplina codicistica*" (deliberazione Autorità n. 114/2006). Inoltre "*(...) il consorzio possiede una propria struttura attraverso la quale opera ed interagisce con i terzi: spetta quindi all'atto costitutivo stabilire i poteri degli organi del consorzio e determinare a quali soggetti sia attribuita la rappresentanza, ex artt. 2603 e 2612 c.c. .; inoltre non è necessario il duplice requisito del conferimento del mandato di rappresentanza e dell'assunzione di responsabilità solidale da parte di tutte le imprese consorziate (previsto per i raggruppamenti), giacché il requisito della rappresentanza è soddisfatto da una specifica clausola statutaria e quello della responsabilità solidale dall'art. 2615 c.c. (...)*" (deliberazione cit.).

Dalle caratteristiche sopra enucleate, sembra dunque derivare che in caso di consorzio ordinario, per il quale non trova applicazione la disciplina del "mandato", l'individuazione, a norma dell'art. 89 del D.Lgs. n. 81/2008, è rimessa alla determinazione del consorzio stesso.

Nel caso di consorzio stabile, infine [come anche rilevato dall'ANCE], ove quest'ultimo abbia partecipato in gara *uti singuli* e divenuto aggiudicatario, assumerà contestualmente anche il ruolo di impresa affidataria ai fini della sicurezza (in quanto titolare del contratto ex art. 89 D.Lgs. 81/2008), mentre nel caso in cui abbia partecipato in gara per alcune delle imprese consorziate, sarà una di queste ultime - individuata dal consorzio - ad assumere tale ruolo.

Riguardo, infine, al momento dell'individuazione dell'impresa affidataria, posto che l'art. 89 del D.Lgs. 81/2008, si riferisce - a tali fini - all'impresa *titolare del contratto* o, in caso di consorzi, a quella *assegnataria dei lavori oggetto del contratto di appalto o indicata nell'atto di assegnazione dei lavori come affidataria*, tali espressioni sembrano escludere il momento di presentazione delle offerte - in sede di gara - per essere più propriamente riferite al momento successivo all'aggiudicazione dei lavori, dunque al momento della stipula del contratto d'appalto, con apposita comunicazione alla stazione appaltante.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, si ritiene conclusivamente che l'espressione "consorzi di imprese" contenuta nell'art. 89 del D.Lgs. n. 81/2008, deve essere intesa come riferita a tutti i soggetti con natura plurima, abilitati ai sensi del D.Lgs. 163/2006, alla partecipazione a gare pubbliche ed all'assunzione dei relativi lavori, dunque comprensiva anche delle ATI e delle diverse tipologie di consorzio ivi previste. In tutti tali casi, il legislatore richiede l'individuazione di una *unica* impresa affidataria ai fini dell'espletamento dei compiti in materia di sicurezza sanciti negli articoli 96 e 97 del D.Lgs. n. 81/2008. Tale individuazione è rimessa alla libera determinazione delle parti - ancorché per le ATI tale ruolo dovrebbe essere svolto dalla mandataria - e deve essere comunicata alla stazione appaltante in sede di stipula del contratto d'appalto.

Firmato

Avv. Giuseppe Busia