

*Dal decreto legislativo 81/2008 al codice dei contratti*

# Se il contraente generale diventa pure committente

di **Matteo Pio Tomaiuolo**, ingegnere, amministratore unico di "Mito Ingegneria" e **Carmelo G. Catanoso**, ingegnere, consulente di direzione

**Un'analisi svolta fra appalti e sicurezza con un'attenzione particolare anche al direttore dei lavori, a partire dalle norme vigenti in materia. Queste le conclusioni**

L'obiettivo è di analizzare una particolare situazione che si può venire a creare quando il contraente generale, dopo aver realizzato una parte dell'opera oggetto del contratto, assume per le restanti parti anche le funzioni di committente, come previsto dall'art. 194 comma 7 del D.Lgs. n. 50/2016.

Con la direttiva 92/57/Cee (ex 494/1996 e attuale Titolo IV del D.Lgs 81/2008), furono introdotte e definite, oltre al già esistente committente, tre nuove figure cardine della sicurezza all'interno dei cantieri: il responsabile dei lavori (rl), il coordinatore della sicurezza in fase di progettazione (csp), il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione (cse). Soffermandoci su quest'ultima norma, è utile vedere come il legislatore nazionale ha recepito e adottato questi concetti e, nel contempo, cercare di verificare se la *ratio* è rimasta inalterata. Attenzione puntata, quindi, sul Titolo IV del D.Lgs 81/2008 e sulla figura del responsabile dei lavori. Ma per fare questo è necessario partire dalla figura del committente.

## Il soggetto principale

L'art. 89 del D.Lgs. 81/2008 definisce il committente come *"il soggetto per conto del quale l'intera opera viene realizzata, indipendentemente da eventuali frazionamenti della sua realizzazione"*.

*Nel caso di appalto di opera pubblica, il committente è il soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativa alla gestione dell'appalto".*

È interessante osservare come la direttiva originaria individuasse, nel ruolo del responsabile dei lavori, obblighi molto più chiari e delineati rispetto a quelli determinati dal D.Lgs. 81/2008. Nel primo caso, infatti, si coglie una visione del responsabile dei lavori quale *dominus* dell'intero processo (sia esso progettuale, esecutivo o di controllo in esecuzione), una figura che sta all'apice del processo stesso attraverso un incarico ricevuto dal committente. Nel secondo caso, invece, pur mantenendo una posizione di vertice nella "catena di comando" anche ai fini della tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si avverte anche lessicalmente un "distacco" tra il responsabile dei lavori e i processi di progettazione ed esecuzione, tant'è che l'art. 90 recita nel suo capoverso iniziale: *"Il committente o il Responsabile dei lavori, nelle fasi di progettazione dell'opera, si attiene ai principi ed alle misure di tutela di cui all'art. 15 [...]"*.

In questo quadro si è inserito anche il "non contribuito" del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) creando ulteriore confusione. Infatti, nonostante la nomina del responsabile dei lavori fosse una facoltà del committente e non certo

un obbligo, in caso di appalto pubblico (quindi nel campo del D.Lgs. 163/2006) era chiaramente espressa la necessaria coincidenza di questa “facoltativa” figura con il responsabile unico del procedimento (rup). Ora, va ricordato che mentre il committente è figura necessariamente presente nel settore degli appalti, la presenza del responsabile dei lavori era concepita, sia nella direttiva 92/57/Cee e sia nel D.Lgs. 494/1996 come facoltativa e comunque derivante da uno specifico atto di nomina/designazione da parte del committente. Pertanto, non si può pensare che giuridicamente possa sussistere una forma di “automatismo funzionale” con la conseguenza che il responsabile dei lavori sia sempre presente, visto che lo è il rup, e a prescindere, come detto prima, da uno specifico atto di nomina/designazione. Del resto, andando a leggere l’art. 93 comma 1 del D.Lgs. 81/2008, si trova scritto che “*il Committente è esonerato dalle responsabilità connesse all’adempimento degli obblighi limitatamente all’incarico conferito al responsabile dei lavori*” (vedere tabella 2). Allora, se dessimo credito all’esistenza di un automatismo funzionale, questo *esonero* dalle responsabilità non sussisterebbe più. Pertanto, il secondo periodo nella definizione del responsabile dei lavori non può assolutamente essere considerato come indipendente dal primo e, dun-

### TABELLA 1

#### Una figura da inquadrare

Direttiva 92/57/Cee art. 2 - Definizioni	Responsabile dei lavori: qualsiasi persona fisica o giuridica incaricata della progettazione e/o dell’esecuzione e/o del controllo dell’esecuzione dell’opera <b>per conto del committente.</b>
D.Lgs. 81/2008 art. 89 - Definizioni	Responsabile dei lavori: soggetto <b>che può essere incaricato dal committente</b> di svolgere i compiti a esso attribuiti dal presente decreto; nel campo di applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il responsabile dei lavori è il responsabile del procedimento.

que, anche negli appalti pubblici, la designazione del responsabile dei lavori è da intendersi come facoltativa e non automatica e sempre dipendente da uno specifico atto di nomina/designazione da parte del committente.

Per completezza di informazione, è opportuno ricordare che prima delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 106/2009, il D.Lgs. 81/2008, all’art. 89, riportava: “... *tale soggetto coincide con il progettista per la fase di progettazione dell’opera e con il direttore dei lavori per la fase di esecuzione dell’opera* ...”. Appare evidente che, allora, la *ratio* della direttiva europea era stata recepita e adottata dal legislatore italiano mentre nelle successive modifiche e integrazioni questo riferimento è stato eliminato.

In termini di responsabilità penali del

responsabile dei lavori, l’articolo 90 del D.Lgs. 81/2008 e “*Obblighi del committente o del responsabile dei lavori*”, recita:

1. *Il committente o il responsabile dei lavori, nelle fasi di progettazione dell’opera, si attiene ai principi e alle misure generali di tutela di cui all’articolo 15, in particolare:*

- a. *al momento delle scelte architettoniche, tecniche ed organizzative, onde pianificare i vari lavori o fasi di lavoro che si svolgeranno simultaneamente o successivamente;*
- b. *all’atto della previsione della durata di realizzazione di questi vari lavori o fasi di lavoro.*

1-bis. *Per i lavori pubblici l’attuazione di quanto previsto al comma 1 avviene nel rispetto dei compiti at-*



**TABELLA 2****Obblighi e responsabilità del committente e del responsabile dei lavori***(confronto tra la direttiva 92/57/Cee e il D.Lgs. 81/2008)*

Direttiva 92/57/Cee art. 7 - Responsabilità dei committenti e dei responsabili dei lavori e dei datori di lavoro	Qualora un committente o un responsabile dei lavori abbia designato uno o più coordinatori per l'esecuzione dei compiti di cui agli articoli 5 e 6, ciò non lo esonera dalle proprie responsabilità in materia. L'applicazione degli articoli 5 e 6 e del paragrafo 1 del presente articolo lascia impregiudicato il principio della responsabilità dei datori di lavoro prevista dalla direttiva 89/391/Cee.
D.Lgs. 81/2008 art. 93 - Responsabilità dei committenti e dei responsabili dei lavori	Il committente è esonerato dalle responsabilità connesse all'adempimento degli obblighi limitatamente all'incarico conferito al responsabile dei lavori. La designazione del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per l'esecuzione dei lavori non esonera il committente o il responsabile dei lavori dalle responsabilità connesse alla verifica dell'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 91, comma 1, e 92, comma 1, lettere a), b), c) d) ed e).

*tribuiti al responsabile del procedimento e al progettista.*

2. *Il committente o il responsabile dei lavori, nella fase della progettazione dell'opera, prende in considerazione i documenti di cui all'articolo 91, comma 1, lettere a) e b).*
3. *Nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese esecutrici, anche non contemporanea, il committente, anche nei casi di coincidenza con l'impresa esecutrice, o il responsabile dei lavori, contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione, designa il coordinatore per la progettazione.*
4. *Nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese esecutrici, anche non contemporanea, il committente o il responsabile dei lavori, prima dell'affidamento dei lavori, designa il coordinatore per l'esecuzione*

*dei lavori, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 98.*

5. *La disposizione di cui al comma 4 si applica anche nel caso in cui, dopo l'affidamento dei lavori a un'unica impresa, l'esecuzione dei lavori o di parte di essi sia affidata a una o più imprese.*
6. *Il committente o il responsabile dei lavori, qualora in possesso dei requisiti di cui all'articolo 98, ha facoltà di svolgere le funzioni sia di coordinatore per la progettazione sia di coordinatore per l'esecuzione dei lavori.*
7. *Il committente o il responsabile dei lavori comunica alle imprese affidatarie, alle imprese esecutrici e ai lavoratori autonomi il nominativo del coordinatore per la progettazione e quello del coordinatore per l'esecuzione dei lavori. Tali nominativi so-*

*no indicati nel cartello di cantiere.*

8. *Il committente o il responsabile dei lavori ha facoltà di sostituire in qualsiasi momento, anche personalmente, se in possesso dei requisiti di cui all'articolo 98, i soggetti designati in attuazione dei commi 3 e 4.*
9. *Il committente o il responsabile dei lavori, anche nel caso di affidamento dei lavori ad un'unica impresa o ad un lavoratore autonomo:*
  - a. *verifica l'idoneità tecnico-professionale delle imprese affidatarie, delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi in relazione alle funzioni o ai lavori da affidare, con le modalità di cui all'Allegato XVII. [...];*
  - b. *chiede alle imprese esecutrici una dichiarazione dell'organico medio annuo, distinto per qualifica, corredata dagli estremi delle denunce dei lavoratori effettuate all'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), all'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro (INAIL) e alle casse edili, nonché una dichiarazione relativa al contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, applicato ai lavoratori dipendenti. [...];*
  - c. *trasmette all'amministrazione concedente, prima dell'inizio dei lavori oggetto del permesso di costrui-*

[1] D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

*re o della denuncia di inizio attività, copia della notifica preliminare di cui all'articolo 99, il documento unico di regolarità contributiva delle imprese e dei lavoratori autonomi, [...].*

10. [...].

11. [...].

Proviamo ora a vedere come il nuovo "codice dei contratti" e cioè il D.Lgs. 50/2016<sup>[1]</sup> si è inserito nell'ambito di questa fattispecie.

Il tema è trattato in maniera "asettica" dall'art. 31, comma 13 del decreto, il quale recita: *"È vietata, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, l'attribuzione dei compiti di responsabile unico del procedimento, responsabile dei lavori, direttore dei lavori, di collaudatore allo stesso contraente generale o soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato o soggetti ad essi collegati."*

Ora la domanda da porsi è: alla luce del nuovo D.Lgs. 50/2016, con particolare riferimento all'art. 31, comma 13, che pare "esternalizzare" la nomina del responsabile dei lavori al di fuori dell'organizzazione del contraente generale, nel caso di appalti pubblici affidati in questo regime (diversamente da quanto fatto fino a ora), come si concilia que-

sto principio se quest'ultimo (il contraente generale) oltre a realizzare le opere in diretta per una determinata percentuale (per cui *nulla questio*), può per la restante parte, secondo il contratto con il committente principale delle opere (in virtù di una procedura di infrazione della commissione europea), indire gara pubblica (ai sensi dell'ex D.Lgs. 163/2006, D.P.R. 207/2010 e D.Lgs. 50/2016) affidando pertanto quota delle attività a soggetti terzi che diventano pertanto impresa affidataria ai sensi dell'art. 89 del D.Lgs. 81/2008?

È pertanto lapalissiano il fatto che il contraente generale in questione assume di fatto il ruolo di "committente" ai

D.Lgs. 50/2016, **in particolare rileggendo i commi 6 e 7 si evidenzia come la natura giuridica di committente si genera** in automatico nel momento in cui "affido dei lavori che a loro volta possono essere sub-appaltati" e/o ancora in cui si dice: "sia esso stesso amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore" [...]. Vedere **box 1**.

Circa l'individuazione, ai fini della sicurezza, per definire il "committente" negli appalti pubblici, occorre fare riferimento senz'altro al quadro normativo europeo e italiano. La direttiva comunitaria n. 92/57/Cee, da cui è derivata quella italiana, ha definito come committente **"qualsiasi persona fisica o**

*Un punto va tenuto sempre presente:  
la sicurezza deve essere considerata  
un processo integrato nell'intero sistema  
produttivo aziendale e non scorporabile*

sensi dell'art. 89 del D.Lgs. 81/2008 e pertanto può il contraente generale, nel caso diventi stazione appaltante, esprimere autonomamente il proprio responsabile dei lavori.

È proprio in questo contesto che acquisisce concretezza oggettiva l'art. 194 del

**giuridica per conto della quale l'opera viene realizzata"**. Inoltre l'art. 89, comma 1, lett. *b*), del D.Lgs. n. 81/2008 ha definito committente: **"il soggetto per conto del quale l'intera opera viene realizzata, indipendentemente da eventuali frazionamenti della sua**



## BOX 1

### La natura giuridica del committente secondo l'articolo 196 del D.Lgs. 50/2016

**Comma 6.** Il contraente generale provvede alla esecuzione unitaria delle attività di cui al comma 2 direttamente ovvero, se costituito da più soggetti, a mezzo della società di progetto di cui al comma 10; i rapporti del contraente generale con i terzi sono rapporti di diritto privato, a cui non si applica il presente codice, salvo quanto previsto nel presente capo. Al contraente generale che sia esso stesso amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore si applicano le sole disposizioni di cui alla parte I e alla parte II, titolo I che costituiscono attuazione della direttiva 2014/24, ovvero di cui alla parte III.

**Comma 7.** Il contraente generale può eseguire i lavori affidati direttamente, nei limiti della qualificazione posseduta, ovvero mediante affidamento a soggetti terzi. I terzi affidatari di lavori del contraente generale devono a loro volta possedere i requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 84, e possono sub affidare i lavori nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici; ai predetti sub-affidamenti si applica l'articolo 105.

**realizzazione. Nel caso di appalto di opera pubblica, il committente è il soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dell'appalto**". Questa definizione in primo luogo farebbe escludere che possano essere considerati "committenti" altri soggetti estranei all'organizzazione di quest'ultimo come, per esempio, gli eventuali appaltatori di tutta l'opera e che, pertanto, il committente possa identificarsi con il contraente generale, figura peraltro priva di un *corpus giuridico*, se non meglio definito nell'ambito del negozio giuridico stesso tra committente e contraente generale.

Ma è proprio in questo *vulnus* giuridico, colmato da obbligazioni contrattuali, che prende forma e sostanza il ruolo del contraente generale come "secondo committente" dell'opera.

Infatti, nel momento in cui il contraente generale non è più il semplice "concessionario" che esegue o fa eseguire attività in nome e per conto del committente

principale, ma esercita in concreto i poteri tipici del committente, come soggetto definito all'art. 89, comma 2 lett. b) del D.Lgs. 81/2008, acquisendone anche le conseguenti responsabilità, appare evidente che quest'ultimo possa poter organizzare il proprio sistema preventivo di gestione della sicurezza in cantiere affidandosi a soggetti, in possesso dei requisiti professionali, che godono della sua completa fiducia.

Pertanto, non sembra, ai fini della nomina del responsabile dei lavori, ci siano preclusioni affinché questa figura possa essere in organico al contraente generale, qualora quest'ultimo rivesta anche la funzione di stazione appaltante. Infatti, alla luce dell'ex art. 176 del D.Lgs. 163/2006 e nuovamente dell'art. 194 del D.Lgs. 50/2016 è da ritenersi che la figura del contraente generale si caratterizza per l'assunzione, a proprio rischio, di un obbligo di risultato che presuppone una assoluta autonomia organizzativa e gestionale. In

materia di sicurezza, in particolare, si è ritenuto che la norma di settore consente al soggetto aggiudicatore di affidare al contraente generale le funzioni proprie del responsabile dei lavori. Questa previsione, secondo il parere espresso dall'autorità nazionale anticorruzione del 20 maggio 2009, trova la sua *ratio* nella necessità di tenere conto delle peculiarità tipiche del contraente generale che, ove intenda realizzare le opere avvalendosi di terzi, assume le funzioni tipiche di committente dei lavori appaltati.

Infine, convinti dell'assunto che la "sicurezza" debba necessariamente essere un processo integrato nell'intero ciclo produttivo è non avulso e/o esterno all'organizzazione che lo genera, si ritiene che pensare di "scorporare" dal contesto aziendale (come nel caso di lavori gestiti in regime di contraente generale), i processi sottesi dalla funzione del responsabile dei lavori possa generare dicotomie funzionali che potrebbero impattare anche sullo sviluppo e sull'implementazione di un eventuale sistema di gestione sicurezza che sovente viene richiesto al contraente generale come obbligazione contrattuale aggiuntiva e per altro "passante" all'intera filiera, depauperando nel caso di "esternalizzazione" la naturale responsabilità complessiva dello stesso *general contractor*.