



.....OMISSIS.....

Oggetto

Lavori di costruzione del 3° Megalotto dellaOMISSIS..... - Applicazione d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e del D.p.R. n. 207/2020 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 19/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 2 marzo 2023, acquisita al prot. Aut. n. 17051, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 3 maggio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto riguarda l'appalto in oggetto, disciplinato *ratione temporis* dal d.lgs. 163/2006 e dal d.p.r. 207/2010 e affidato con la formula del contraente generale. In relazione a tale contratto l'istante chiede se il ruolo di responsabile dei lavori previsto dall'art. 89 del d.lgs. n. 81/2008 possa essere rivestito da un soggetto diverso dal Responsabile unico del procedimento nominato dalla stazione appaltante e, in particolare, se possa coincidere con la figura del Contraente generale. Ove ritenuta ammissibile tale ipotesi, chiede altresì se il contraente generale possa a sua volta trasferire i compiti del Responsabile dei lavori a terzi mediante apposito affidamento.

In relazione ai quesiti sopra indicati, limitatamente ai profili di competenza di questa Autorità, sembra opportuno richiamare in via preliminare le disposizioni dell'art. 89, comma 1, lett. c) del d.lgs. 81/2008, a tenore delle quali il responsabile dei lavori è un «*soggetto che può essere incaricato dal committente per svolgere i compiti ad esso attribuiti dal presente decreto*». Tali compiti sono definiti, in particolare, dagli artt. 90 e 100 del d.lgs. 81/2008, contemplanti, tra l'altro, il dovere di garantire le misure generali di tutela previste dall'art. 15 del predetto decreto legislativo.

Con riguardo ai contratti pubblici, lo stesso art. 89, comma 1, lett. c), stabilisce che «*nel campo di applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, il responsabile dei lavori è il responsabile del procedimento*».

A sua volta l'art. 10, comma 2, del d.p.r. 207/2010, dispone che «*il responsabile del procedimento assume il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro*»; infine, ai sensi del comma 3, art. 10 «*il responsabile del procedimento, nello svolgimento dell'incarico di responsabile dei lavori, salvo*

diversa indicazione e fermi restando i compiti e le responsabilità di cui agli articoli 90, 93, comma 2, 99, comma 1, e 101, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81: a) richiede la nomina del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per l'esecuzione dei lavori e vigila sulla loro attività; b) provvede, sentito il direttore dei lavori e il coordinatore per l'esecuzione, a verificare che l'esecutore corrisponda gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso».

Dalle disposizioni normative e regolamentari sopra richiamate, deriva quindi che nel settore dei contratti pubblici, la disciplina di riferimento è chiara nel disporre che il responsabile del procedimento deve assumere il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme in materia di sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro.

Come osservato dall'Autorità, «nella realizzazione di lavori pubblici, a carico del responsabile unico del procedimento e responsabile dei lavori "grava una posizione di garanzia connessa ai compiti di sicurezza non solo nella fase genetica dei lavori, laddove vengono redatti i piani di sicurezza, ma anche durante il loro svolgimento, ove è previsto che debba svolgere un'attività di sorveglianza del loro rispetto" (cfr. Corte di Cassazione, sez. IV penale, sentenza 15 novembre 2011, n. 41993); dunque, *tale ruolo di garanzia non può essere assunto dall'appaltatore*» (parere n. 228 del 16 dicembre 2015 -PREC 175/15/L).

Per quanto sopra, in linea generale, tenuto conto del disposto dell'art. 10, comma 2, del d.p.r. 207/2010, nel settore dei contratti pubblici è il responsabile del procedimento che assume il ruolo di responsabile dei lavori ex art. 89 del d.lgs. 81/2008 ai fini del rispetto delle norme in materia di sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro (parere n. 228/2015 cit. e delibera n. 107/2018).

Quanto alla figura del contraente generale, come disciplinata dal d.lgs. 163/2006, la stessa Autorità, sulla base delle previsioni dell'art. 176 del predetto Codice ha osservato che «al contraente generale è demandata la definizione della progettazione definitiva (soggetta ad approvazione del CIPE) e/o esecutiva, l'acquisizione anche coattiva delle aree di sedime, il prefinanziamento in tutto o in parte dell'opera, la direzione dei lavori, l'esecuzione con ogni mezzo dell'opera. Al soggetto aggiudicatore spetta invece di provvedere alle attività necessarie all'approvazione del progetto definitivo da parte del CIPE (ove non sia stato posto a base di gara), all'approvazione del progetto esecutivo e delle varianti, all'alta sorveglianza sulla realizzazione delle opere, al collaudo delle stesse, alla stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità» (parere sulla normativa AG 17/2009).

Il contraente generale assume quindi le funzioni di progettista, esecutore ed in parte di finanziatore dell'opera da realizzare e ne assume di conseguenza integralmente la responsabilità. Tale figura è stata, quindi, concepita quale "dominus" dell'intera opera - e delle singole fasi del suo concreto venire in essere - ferma restando la vigilanza sull'intero sistema di realizzazione dell'opera stessa in capo all'aggiudicatore (parere AG17/2009 cit.).

Il sistema così delineato dal Codice in relazione alle prestazioni richieste al contraente generale, incide sugli obblighi e sugli adempimenti in materia di sicurezza delineati dal d.lgs. n. 81/2008 in relazione alle attività da svolgere in cantiere, ove il committente si avvalga della facoltà di cui all'art. 164, comma 4, del d.lgs. 163/2006, a tenore del quale «*Il soggetto aggiudicatore può affidare al contraente generale, con previsione del bando di gara o del contratto, i compiti del responsabile dei lavori*» (mentre nell'affidamento mediante appalto di progettazione ed esecuzione (art. 53 del Codice), «la nomina del responsabile dei lavori spetta alla stazione appaltante»).

A tal riguardo, infatti, l'Autorità – all'esito della disamina delle disposizioni del d.lgs. 81/2008 ed in particolare degli articoli 88 e seguenti che identificano i principali attori del sistema "sicurezza" – ha osservato che il d.lgs. 81/2008 assegna al committente un ruolo centrale in relazione alla

vigilanza sul generale rispetto delle prescrizioni in materia di sicurezza e riconosce in capo ad esso la responsabilità dell'osservanza degli obblighi in materia di sicurezza, essendo tuttavia questo esonerato dalla relativa responsabilità limitatamente all'incarico eventualmente conferito al responsabile dei lavori, secondo quanto chiarito dall'art. 93 del d.lgs. citato. Con riferimento, invece, all'impresa affidataria, l'art. 97 del d.lgs. 81/2008 ne definisce, gli obblighi e le responsabilità.

Con particolare riguardo alla figura del contraente generale, è stato quindi aggiunto a quanto sopra, che lo stesso «si caratterizza per l'assunzione – a proprio rischio – di un obbligo di risultato che presuppone un'autonomia organizzativa e gestionale ben più ampia di quella riconosciuta in capo all'Appaltatore. Tale autonomia può tradursi anche nella scelta di non realizzare direttamente le opere ma di affidare a terzi – con moduli di tipo privatistico, vale a dire senza la necessità di esperire procedure di evidenza pubblica – l'esecuzione – anche totale – delle stesse. Il contraente generale assume, pertanto, nei confronti della Stazione Appaltante un obbligo di risultato, facendosi garante del corretto adempimento dell'obbligazione contrattuale. In materia di sicurezza, quanto sopra è stato tradotto nella previsione del citato d.lgs. 190/2002 come modificato dal d.lgs. 189/2005 *il quale consente al soggetto aggiudicatore di affidare al contraente generale le funzioni proprie del responsabile dei lavori*. Tale disposizione trova la sua *ratio* proprio nella necessità di tener 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*. In tal senso, è possibile affermare che la figura di committente accede a quella di responsabile dei lavori, principio che il Legislatore ha voluto esplicitare e tradurre in disposizione normativa proprio con la previsione del d.lgs. 189/2005 più volte citata» (parere AG17/2009 cit.).

Per quanto sopra, sulla base del disposto dell'art. 164, comma 4, del d.lgs. 163/2006 e già della previsione dell'art. 2-bis, comma 4, d.lgs. 190/2002, per i contratti affidati a contraente generale e disciplinati dal citato d.lgs. 163/2006, nei limiti sopra indicati, è prevista la possibilità per il soggetto aggiudicatore di affidare, al contraente generale, con previsione del bando o del contratto, le funzioni proprie del responsabile dei lavori.

Tenuto conto dell'eccezionalità della previsione sopra richiamata, contemplante una deroga all'obbligo dello svolgimento dell'incarico di responsabile dei lavori da parte del Rup, laddove la stazione appaltante abbia optato per la facoltà prevista dall'art. 164, comma 4, del d.lgs. 163/2006, nei termini sopra indicati, non appare consentito, da parte del contraente generale, delegare a sua volta lo svolgimento dell'incarico responsabile dei lavori a soggetti terzi.

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra che nell'assetto normativo di settore recato da d.lgs. 50/2016, per i contratti di appalto ricadenti *ratione temporis* nel suo campo di applicazione, secondo le chiare disposizioni dell'art. 31, comma 13, «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».

La *ratio* della disposizione sopra richiamata «parrebbe tesa a chiarire il divieto di attribuzione del ruolo di responsabile dei lavori allo stesso contraente generale o al soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato o soggetti ad essi collegati anche nelle formule di partenariato pubblico-privato e del contraente generale, ove il soggetto aggiudicatario potrebbe assumere la funzione di "committenza", rafforzando il ruolo di garanzia connesso alla funzione di responsabile dei lavori; a maggior ragione tale divieto dovrebbe ritenersi esistente nella formula dell'appalto di opere pubbliche ove il ruolo di aggiudicatario è limitato all'esecuzione» (delibera n. 107/2018 cit.).

Pertanto, come indicato dall'Autorità, con linee guida n. 3 («Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni») è il responsabile del procedimento che «*assume il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro*. Il RUP, nello svolgimento dell'incarico di responsabile dei lavori, salvo diversa indicazione e fermi restando i compiti e le responsabilità di cui agli articoli 90, 93, comma 2, 99, comma 1, e 101, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 richiede la nomina del coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione e del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione dei lavori e vigila sulla loro attività» (par. 6).

È appena il caso di evidenziare che anche il d.lgs. 36/2023 recante "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici", conferma la previsione sopra citata dell'art. 31, comma 13, disponendo che «Negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, è vietata l'attribuzione dei compiti di RUP, responsabile dei lavori, direttore dei lavori o collaudatore allo stesso contraente generale, al soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato e ai soggetti a essi collegati» (art. 15, comma 8).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente