

L'Avcp risponde all'Ance in merito alla corretta applicazione dell'art. 89 del Dlgs n. 81/2008

4 Agosto 2010

Con parere del 27 luglio scorso, reso a seguito di istanza formulata dall'Ance, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha fornito la propria interpretazione in merito alla disposizione di cui all'art. 89, comma 1, lettera i) del decreto legislativo n. 81 del 2008, così come modificata con decreto legislativo n. 106 del 2009, chiarendo agli operatori del settore alcuni dubbi interpretativi nascenti dall'imprecisione del dettato normativo.

La disposizione, infatti, contiene la definizione di "impresa affidataria" come *"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"*. A tale definizione generale il decreto legislativo n. 106 del 2009 ha aggiunto un ulteriore paragrafo relativo ai consorzi del seguente tenore: *"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"*.

Dall'impostazione dei compiti relativi alla sicurezza nel cantiere, può desumersi che il ruolo spettante all'impresa affidataria abbia un carattere di generale coordinamento e supervisione rispetto agli adempimenti sulla sicurezza che competono agli altri soggetti operanti in cantiere, in modo da garantirne il rispetto, l'uniformità e la complessiva coerenza.

Ciò premesso, la questione oggetto della richiesta all'Autorità riguardava la necessità di individuare quale fosse l'impresa affidataria ai fini degli obblighi sulla sicurezza, a seconda delle varie tipologie di soggetti che, nell'ambito dei lavori pubblici, possono rendersi affidatarie del contratto di appalto.

Infatti, dall'esame dell'art. 89, comma 1, lettera i), possono desumersi tre criteri direttivi:

- a) in linea generale, l'impresa affidataria coincide con il soggetto titolare del contratto di appalto;
- b) nel caso di "consorzio tra imprese", anche privo di personale deputato all'esecuzione dei lavori, il ruolo di impresa affidataria è separato dalla titolarità del contratto ed è attribuito all'impresa assegnataria dei lavori, qualora ve ne sia una soltanto;
- c) nel caso di cui alla lettera b), qualora vi siano più imprese assegnatarie dei lavori, deve essere individuata un'unica impresa affidataria, indicata come tale nell'atto di assegnazione dei lavori, previa accettazione da parte della stessa.

Con riferimento a tale disposizione, si è posto il dubbio se la stessa riguardasse esclusivamente i consorzi stabili ovvero anche i consorzi ordinari di imprese, e se i criteri sopra evidenziati potessero o meno trovare applicazione nei riguardi delle associazioni tra imprese.

Al riguardo, l'Autorità ha chiarito che, laddove la disposizione utilizza il termine "consorzio tra imprese", tale espressione debba essere intesa come generica e quindi riferibile a tutti i casi di partecipazione in gara e aggiudicazione dell'appalto nei confronti di soggetti plurimi. Pertanto, il riferimento ai consorzi di imprese deve interpretarsi come estensione della relativa disciplina ai consorzi stabili ed ordinari, nonché alle associazioni temporanee di imprese.

Alla luce dei criteri sopra visti, deve dunque ritenersi che, per il consorzio stabile, il ruolo di impresa affidataria ai fini della sicurezza spetti all'impresa consorziata indicata in sede di gara come esecutrice e, qualora ne siano indicate più d'una, il ruolo spetta a quella liberamente individuata dal

consorzio e che accetti detto incarico.

Laddove il consorzio stabile esegua i lavori in proprio, si applica la regola generale secondo la quale è impresa affidataria il soggetto titolare del contratto e dunque il consorzio stabile stesso.

Quanto all'associazione temporanea di imprese, secondo l'Autorità, l'applicazione dei medesimi criteri deve condurre a ritenere che il ruolo di impresa affidataria "dovrebbe essere assunto dall'impresa mandataria". Tuttavia, l'Autorità non sembra escludere l'eventualità che le imprese associate, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, possano attribuire il ruolo ad altra impresa componente l'associazione.

Per quanto concerne i consorzi ordinari, il parere evidenzia che in tale caso non sussiste un vero e proprio rapporto di mandato tra le consorziate e pertanto l'individuazione dell'impresa affidataria deve essere rimessa essenzialmente alla determinazione del consorzio stesso.

In realtà, tale argomentazione non appare pienamente convincente, in quanto anche nel caso di consorzio ordinario sembra rinvenibile il ruolo dell'impresa mandataria, quantomeno ai fini della disciplina della qualificazione e del regime di responsabilità solidale.

Infine, l'Autorità chiarisce che il momento in cui individuare l'impresa affidataria deve essere collocato in un momento successivo all'aggiudicazione dei lavori e dunque alla stipula del contratto di appalto, mediante apposita comunicazione alla stazione appaltante. Ad avviso dell'Ance, il riferimento al momento della stipula del contratto va inteso nel senso che detta comunicazione debba essere effettuata comunque in tempo utile per consentire alla stazione appaltante di verificare l'idoneità tecnico-professionale richiesta all'impresa affidataria per l'espletamento delle relative funzioni.

Pertanto, in estrema sintesi, possono riassumersi le seguenti conclusioni:

- 1) l'espressione "consorzi di imprese" di cui all'art. 89 ricomprende consorzi stabili, consorzi ordinari e associazioni temporanee;
- 2) l'impresa affidataria ai fini della sicurezza deve essere sempre un'unica impresa, anche in presenza di più imprese esecutrici;
- 3) l'individuazione di tale impresa è sostanzialmente rimessa alla libera determinazione delle parti, salvo l'ipotesi dell'associazione temporanea in cui dovrebbe coincidere con la mandataria;
- 4) tale individuazione deve essere effettuata prima della stipula del contratto mediante apposita comunicazione alla stazione appaltante.

In conclusione, si ritiene che l'interpretazione fornita dall'Autorità, basata sulla lettera del dettato normativo, costituisca senz'altro un opportuno chiarimento per gli operatori del settore in una materia estremamente delicata e fonte di responsabilità, quale quella della sicurezza nei cantieri.

In **allegato** il parere reso dall'Autorità di vigilanza sulla questione esaminata.