PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 26 - numero 5619 di Mercoledì 15 maggio 2024

# L'individuazione dell'impresa affidataria nei "soggetti plurimi"

***Le definizioni, gli obblighi dell'impresa affidataria e il problema dell'individuazione nei soggetti plurimi. Il parere espresso dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici. Un contributo a cura dell'avv. Carolina Valentino.***

## Premessa

Nella materia antinfortunistica, riveste particolare importanza il ruolo dell'impresa cd. **"affidataria"**, in capo alla quale il Legislatore prevede, appunto, specifici obblighi e responsabilità al fine di garantire la massima tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

La *ratio* è facile da intuire: ormai sono innumerevoli le tipologie di "aggregazione" cui le imprese ricorrono al fine di partecipare alle gare di appalto e ancor più numerose sono le tipologie di organizzazione che tali aggregazioni, una volta aggiudicata la gara, possono assumere per lo svolgimento dei lavori.

In tale contesto, con la previsione del ruolo dell' impresa affidataria, evidentemente il Legislatore si è voluto premurare un sicuro presidio degli aspetti antinfortunistici, andando a far convergere, come ci si appresta ad evidenziare, particolari compiti e responsabilità in capo ad un unico soggetto.

La tematica, come si vedrà nel prosieguo, non è scevra da criticità, soprattutto alla luce ? si permetta di dirlo ? di una pressoché fuorviante formulazione della relativa normativa all'interno del Testo Unico Sicurezza, che potrebbe portare a conclusioni ? dicasi sin da subito ? errate e finanche pericolose.

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-SCORM1-[EL0268] ?#>

## Definizione di "impresa affidataria" nel Testo Unico Sicurezza

L'art. 89, c. 1, lett. i), D. Lgs. n. 81/2008 prevede che per "impresa affidataria" debba intendersi "*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 fini di cui al presente elaborato, è utile altresì richiamare la definizione di " impresa esecutrice", tale da doversi intendere, ai sensi del medesimo art. 89, c. 1, lett. i-*bis*), D. Lgs. n. 81/2008, "*impresa esecutrice: impresa che esegue un'opera o parte di essa impegnando proprie risorse umane e materiali*".

# Obblighi dell'impresa affidataria

Al fine di comprendere l'importanza del ruolo che il Legislatore riconosce all'impresa affidataria, si richiama l'art. 97, D. Lgs. n. 81/2008, rubricata "Obblighi del datore di lavoro dell'impresa affidataria":

"*1. 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.*

*2. Gli obblighi derivanti dall' articolo 26, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 96, comma 2, sono riferiti anche al datore di lavoro dell'impresa affidataria. Per la verifica dell'idoneità tecnico professionale si fa riferimento alle modalità di cui all' allegato XVII.*

*3. Il datore di lavoro dell'impresa affidataria deve, inoltre:*

*a) coordinare gli interventi di cui agli articoli 95 e 96;*

["Misure generali di tutela" e "Obblighi dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti"]

*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.*

*3-bis. In relazione ai lavori affidati in subappalto, ove gli apprestamenti, gli impianti e le altre attività di cui al punto 4 dell'allegato XV siano effettuati dalle imprese esecutrici, l'impresa affidataria corrisponde ad esse senza alcun ribasso i relativi oneri della sicurezza.*

*3-ter. Per lo svolgimento delle attività di cui al presente articolo, il datore di lavoro dell'impresa affidataria, i dirigenti e i preposti devono essere in possesso di adeguata formazione*".

Appare evidente il ruolo dell'impresa affidataria in cantiere, quale coordinatrice degli apprestamenti di sicurezza di tutte le imprese che operano nel medesimo e accentratrice del controllo circa gli adempimenti antinfortunistici.

# Un caso di facile risoluzione: una singola impresa

Nel caso in cui un'impresa si aggiudichi, per così dire, "singolarmente" l'appalto, la norma sopra richiamata chiaramente stabilisce che essa stessa rivestirà il ruolo di impresa affidataria, assumendosi tutti gli obblighi e le responsabilità che la normativa le attribuisce.

# Un caso di altrettanta semplice risoluzione: i consorzi

Nel *mare magnum* delle tipologie di aggregazione cui le imprese possono ricorrere al fine di partecipare ad una gara, un caso di altrettanto semplice risoluzione, rispetto alla partecipazione di un'impresa singola, riguarda i consorzi.

E, difatti, la stessa lettera della norma richiama proprio i consorzi, nella parte in cui afferma che "***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****"*.

Dunque, due sono le ipotesi:

1. l'impresa assegnataria dei lavori individuata dal consorzio medesimo;
2. nel caso di più imprese assegnatarie dei lavori, quella comunque indicata dal consorzio nell'atto di assegnazione, sempreché sia avvenuta l'accettazione per iscritto.

Quindi, a ben vedere, la lettera della norma ? diciamolo pure, per fortuna! ? non lascia alcun margine di discrezionalità nel caso in cui i lavori siano affidati ad un consorzio.

# Un caso complicato: e se le imprese si aggregano non costituendo un consorzio?

Immaginiamo che le imprese che intendano partecipare congiuntamente ad una gara decidano di aggregarsi, non dando vita, però, ad un consorzio, bensì ad un'altra forma giuridica, come, ad esempio, un raggruppamento temporaneo di imprese ("RTI", ma dicasi lo stesso per le Associazioni Temporanee di Imprese, "ATI").

Riferendosi, la lettera della norma sopra richiamata, ai "consorzi", chi sarà, in questo caso, l'impresa affidataria?

# Un esempio pratico...

La società Alfa indice una gara per l'affidamento di determinati lavori.

Il RTI Beta, costituito dalle società X, Y e Z, si aggiudica l'appalto.

All'atto di comunicare l'impresa affidataria, Beta comunica che:

1. X e Y svolgeranno congiuntamente determinati lavori;
2. Z svolgerà in autonomia altro tipo di lavori.

Stante quanto sopra, Beta ha ritenuto di comunicare due nominativi di impresa affidataria:

1. X per l'aggregazione X e Y;
2. Z per i lavori di sua competenza.

È corretta una simile condotta o avrebbe dovuto individuare un'unica impresa affidataria, stante il fatto che i lavori sono stati affidati al RTI Beta, a prescindere da un'organizzazione interna del medesimo?

## La necessità di individuare un'unica impresa affidataria

Da una prima lettura dell'art. 89 sopra richiamato, come già accennato, sembrerebbe doversi dedurre che siano solo i consorzi obbligati all'individuazione di un'unica impresa affidataria.

In realtà, ponendo l'attenzione su uno specifico passaggio della disposizione, appare chiaro che ben diverso è stato l'intento del Legislatore con la formulazione di tale norma.

Si riporta, di seguito, per pronto riscontro, il testo dell'art. 89, ponendo in rilievo i passaggi necessari alla risoluzione del quesito.

*"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".*

Dunque, a leggere diversamente il testo della disposizione, emerge come questa includa, non solo i consorzi (e, peraltro, come ci si appresta a rilevare, non avrebbe alcun fondamento normativo una lettura così restrittiva), ma tutte le aggregazioni mediante le quali si promuove la partecipazione delle imprese agli appalti pubblici e privati.

## Il parere dell'AVCP

Sul punto, non può non richiamarsi quanto espresso dall'AVCP ("Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture") con Parere n. 48963 del 27 luglio 2010, **"Corretta applicazione dell'art. 89, comma 1, lettera i) del D. Lgs. n. 81/2008"** (di seguito, il "Parere"), pronunciandosi come segue.

Dopo aver richiamato le norme concernenti i compiti e le responsabilità dell'impresa affidataria, l'AVCP ha affermato che "*Dalle disposizioni* [di cui al D. Lgs. n. 81/2008] *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 sa dai propri lavoratori, sia dai subappaltatori*".

Ma ancora.

"*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 in cantiere.* ***Nel caso in cui l'aggiudicatario è un 'soggetto plurimo', tale ultima disposizione ai fini dell'individuazione della figura in argomento non distingue*** [...] ***tra ATI, consorzi stabili e consorzi ordinari, ma utilizza un'espressione generica quale ''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 artt. 89, 96, 97 del D. Lgs. n. 81/2008 ai consorzi ? stabili e ordinari ? nonché alle ATI***".

**Quale soggetto individuare quale ''impresa affidataria''?**

In merito al soggetto da individuare quale impresa affidataria, il Parere, lungi dal lasciare discrezionalità in merito alla necessità che debba essere unico ? in conformità con quanto affermato nei passaggi da ultimo richiamati ? si sofferma sulla possibilità che l'individuazione sia rimessa alla libera determinazione delle parti.

La risposta non sarebbe univoca, a seconda della fattispecie.

E, difatti, per quanto concerne l'**ATI**, si ritiene che **tale ruolo** "***spetti all'impresa mandataria****. Invero, ai sensi dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163/2006* [1] [...] *la mandataria agisce in nome e per conto delle mandanti nei rapporti con la PA* [...]. *Pertanto, un'interpretazione sistematica della 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*" [2].

Soluzione opposta occorre adottare, si legge dal Parere, nel caso dei **consorzi**, i quali, mancando un rapporto di mandato tra le consorziate, possono individuare a propria discrezione l'impresa affidataria.

Di seguito, le conclusioni del Parere.

"*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 di natura plurima, abilitati ai sensi del D. Lgs. n. 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 un'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 di appalto*".

## Il nostro esempio...

Tornando al nostro esempio, alla luce di quanto tutto sin qui evidenziato, il RTI Beta sarà tenuto ad individuare, e comunicare, un'unica impresa affidataria.

Non solo!

Stando a quanto espresso nel richiamato Parere, tale impresa dovrebbe coincidere con la mandataria.

N.B. Si dice "dovrebbe" in quanto questo sarebbe l'orientamento espresso dall'AVCP. Tuttavia, a parere di chi scrive potrebbero ricorrere determinate circostanze a giustificare l'individuazione di un'impresa diversa (ovviamente, sempre parte del RTI).

***Avv. Carolina Valentino***

---

[1] Nel D. Lgs. n. 36/2023 ("Nuovo Codice Appalti"), vedasi art. 68.

[2] A sostegno della ritenuta doverosa individuazione dell'impresa affidataria in capo alla mandataria, si legge dal Parere che "*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. n. 81/2008 per l'impresa affidataria, sembra confermare che in caso di ATI detto ruolo spetti alla mandataria*".

Licenza Creative Commons