

Dottrina

I soggetti del contratto d'appalto

di Elena Brandolini (*)

Sommario: 1. Il contratto d'appalto. 1.1. L'appalto pubblico. 2. Il committente. 2.1. ... nell'appaltistica pubblica. 3. L'Appaltatore. 3.1. Obbligazione dell'appaltatore: natura giuridica e implicazioni sulla responsabilità. 4. Il Direttore dei lavori. 5. Il Responsabile dei lavori. 6. Il Coordinatore per l'esecuzione dei lavori. 7. Il Coordinatore della progettazione. 8. Il Progettista. 9. Il Responsabile Unico del procedimento. 10. Il Collaudatore/Verificatore.

1. Il contratto d'appalto

Il contratto di appalto si colloca nell'ambito delle "obbligazioni", quale autonoma categoria contrattuale tipizzata di contratto consensuale ad effetti obbligatori, e viene disciplinata dagli articoli da 1655 a 1677 del Codice civile.

In quanto contratto tipico, è ulteriormente classificabile in base alla finalità economica che persegue, collocandosi nella categoria dei contratti di scambio che realizzano un *do ut facias* in cui un parte si obbliga a dare qualcosa in cambio di una prestazione di *facere*.

Caratteristica del contratto in esame è data dalla circostanza che esso si fonda sul cd. *intuitus personae* ossia su un rapporto di fiducia del committente verso l'appaltatore, inteso nel senso di serietà ed affidabilità dell'organizzazione imprenditoriale che fa capo a quest'ultimo.

Trattandosi di un contratto di durata la disciplina di riferimento contempla anche le ipotesi delle varianti in corso d'opera distinguendo tra quelle necessarie per l'esecuzione dell'opera a regola

(*) Magistrato della Corte dei conti.

d'arte di cui all'art. 1660 cod. civ., quelle ordinate dal committente, previste e disciplinate dall'art. 1661 cod. civ., e quelle concordate tra le parti cui all'art. 1659 cod. civ.

1.1. L'appalto pubblico

Gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

Poiché detti contratti si caratterizzano per il fatto che una delle Parti contrattuali è pubblica, l'affidamento e l'esecuzione dell'appalto pubblico deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, di pubblicità nonché le modalità indicate nel Codice dei contratti pubblici.

Per quanto, poi, non espressamente previsto nel Codice, l'attività contrattuale delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori deve svolgersi nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile.

Infatti l'appalto pubblico conserva i caratteri fondamentali del contratto d'appalto di diritto privato, ma si arricchisce della disciplina sua propria.

Anche per l'appalto pubblico l'oggetto del contratto è il risultato di un *facere* che può concretarsi nel compimento di un'opera o di un servizio che l'appaltatore assume verso il committente, dietro corrispettivo. Pertanto anche qui la contropartita della prestazione è il corrispettivo, la prestazione è data dall'assunzione dell'obbligazione di garantire un determinato risultato e il rischio economico è esclusivamente a carico della parte titolare di un'impresa, che si è obbligata a fornirlo.

2. Il Committente

I soggetti del contratto sono: l'**appaltatore**, e cioè colui che si obbliga a eseguire l'opera o il servizio dietro pagamento di una somma di danaro, e il **committente**, o appaltante, cioè colui che riceve il beneficio dell'opera o del servizio, oggetto della prestazione cui si è obbligato l'appaltatore, assumendo l'obbligo del pagamento.

Altri soggetti che possono intervenire nel rapporto contrattuale sono, poi: il **Direttore dei lavori** che, nei confronti del committente assume la responsabilità del risultato mentre nei confronti dell'appaltatore è responsabile dello svolgimento dei lavori che l'impresa

deve svolgere, il **Progettista** ossia colui che viene incaricato di redigere il progetto per conto del committente o dell'appaltatore, **gli ausiliari dell'appaltatore, il verificatore e/o collaudatore**: figura eventuale nell'appalto privato poiché alla verifica dell'opera compiuta può provvedere il committente, sia direttamente che, tramite persona all'uopo incaricata, ed, invece, necessaria nell'appalto pubblico, nell'ambito del quale troveremo anche ulteriori figure tra le quali le più significative sono il **Responsabile unico del procedimento, il Coordinatore per l'esecuzione, il Coordinatore per la progettazione, il Responsabile dei lavori.**

Il committente (detto anche datore o concedente dell'opera) è colui che commette ad altri un *facere* obbligandosi a corrispondere a questi il prezzo pattuito a conclusione del contratto e previa verifica della bontà della prestazione resa e della sua esecuzione a regola d'arte, secondo le modalità pattuite. In altri termini, è il soggetto attivo del vincolo contrattuale, rappresenta il creditore, cioè colui nei confronti del quale l'appaltatore si obbliga alla prestazione dedotta in contratto, ossia al compimento di un'opera o di un servizio, dietro pagamento di un corrispettivo in danaro.

Principale obbligazione del committente è quella del pagamento del prezzo pattuito.

Ferma restando l'autonomia gestionale dell'appaltatore in relazione al risultato che si è obbligato a raggiungere e di cui si assume il rischio, si riconosce al committente una certa ingerenza nell'esecuzione del contratto potendo egli non solo controllare l'andamento dei lavori in corso d'opera, ma anche di dare istruzioni in proposito, pur restando per queste ultime il diritto-dovere dell'appaltatore di esaminarne quanto meno la rispondenza alle esigenze più imprescindibili della tecnica e della sicurezza. È altresì consentito al committente di affiancare all'appaltatore una persona di propria fiducia (di solito il direttore dei lavori) con funzioni di controllo dell'attività esecutiva, munita del potere di impartire istruzioni di natura tecnica.

In relazione al riparto di responsabilità, il Committente può essere responsabile, in via concorrente con l'Appaltatore e/o con gli altri professionisti intervenuti nel corso dell'opera, dei danni a terzi, quando siano configurabili a suo carico le specifiche violazioni del principio generale del *neminem laedere* o quando l'evento dannoso sia addebitabile al fatto che l'esecuzione dell'opera è stata affidata ad un'impresa che palesemente difettava delle necessarie capacità tecniche ed organizzative per la corretta esecuzione.

Si osserva anche che, secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, le disposizioni in tema di inadempimento contrattuale contenute negli artt. 1667, 1668 e 1669 cod. civ., che disciplinano

l'appalto, integrano, senza escluderla l'applicazione dei principi generali in materia di inadempimento contrattuale di cui agli artt. 1453 e 1455 cod. civ., laddove non ricorrano i presupposti della disciplina speciale che presuppone l'avvenuta ultimazione dell'opera, a prescindere dal fatto che il mancato completamento sia dovuto all'uno o all'altro contraente. Pertanto, la disciplina generale sull'inadempimento dei contratti a prestazioni corrispettive, resta applicabile nei casi in cui l'opera non sia stata eseguita o non sia stata completata ovvero sia stata realizzata con ritardo oppure quando l'appaltatore, pur avendo terminato l'opera si rifiuti di consegnarla al committente. In sintesi, quindi, il committente può, a tutela delle sue ragioni, può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore oppure chiedere che il prezzo sia proporzionalmente ridotto (i due rimedi sono tra loro alternativi), può chiedere, altresì, la risoluzione del contratto qualora le difformità ed i vizi siano tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione. In ogni caso e in aggiunta all'esperimento dei rimedi di cui sopra, il committente può sempre chiedere il risarcimento del danno in caso di colpa dell'appaltatore.

2.1. ... nell'appaltistica pubblica

Nell'appaltistica pubblica, è lo stesso Codice dei contratti pubblici che, all'art. 3 stabilisce chi è il committente. In tale settore per committente si intende la stazione appaltante. A norma del richiamato art. 3, comma 25 del d.lgs. n. 163/2006, per Amministrazioni aggiudicatrici deve intendersi: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

A queste si affiancano i cd. "altri soggetti aggiudicatori" che sono i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 ovvero:

- i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici;

- le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

- i concessionari di servizi che affidano lavori pubblici strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice;

- i soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'art. 16, comma 2, decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'art. 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150.

Trattasi, in sintesi, di tutti quei soggetti contemplati nell'art. 32 del Codice dei contratti pubblici.

L'art. 3, pertanto fornisce la definizione sia delle amministrazioni aggiudicatrici (commi da 25 a 29) che degli altri soggetti aggiudicatori (commi da 29 a 32) e, nel successivo art. 32, fornisce l'elenco dei predetti soggetti.

Nello specifico, quindi, le "amministrazioni aggiudicatrici" sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti (comma 25).

L'organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Gli elenchi, non tassativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano detti requisiti figurano nell'allegato III, al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, II, IV e V. (commi 26 e 27). Non rientrano negli elenchi degli organismi di diritto pubblico, ai fini dell'applicazione della disciplina di cui al d.lgs. 163/2006, gli enti creditizi pubblici trasformati in società per azioni e quelli trasformati in associazioni o in fondazioni.

Le imprese pubbliche sono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;

c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa (comma 28).

Gli "enti aggiudicatori" al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti (comma 29). Gli elenchi, non limitativi, degli enti aggiudicatori ai fini dell'applicazione della parte III, figurano nell'allegato VI. (comma 30). Gli "altri soggetti aggiudicatori", ai fini della parte II, sono i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice (comma 31). I "soggetti aggiudicatori", ai soli fini della parte II, titolo III, capo IV (lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi), comprendono le amministrazioni aggiudicatrici di cui al comma 25, gli enti aggiudicatori di cui al comma 29 nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui al citato capo IV (Comma 32).

Da ultimo, con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 28 agosto 2011 è stata promossa l'istituzione in ambito regionale di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), in attuazione dall'art. 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136 concernente il Piano straordinario contro le mafie, al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose nell'economia legale, favorendo al contempo la celerità delle procedure, l'ottimizzazione delle risorse e il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro.

3. L'Appaltatore

L'appaltatore, secondo i dettami dell'art. 1655 cod. civ., è colui che si obbliga al compimento dell'opera o a rendere il servizio assumendosi l'onere di adempiere alla prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio. L'appaltatore non può che essere un imprenditore commerciale stante che egli organizza i propri mezzi ed impiega propri capitali nel compimento dell'opera o del servizio e assume presso di sé il rischio dell'operazione.

Il contratto di appalto, infatti, presuppone che l'appaltatore abbia la disponibilità dei mezzi produttivi necessari per l'esecuzione dell'opera o per la prestazione del servizio oggetto del contratto stesso.

L'assunzione del rischio di gestione, infatti, impone all'appaltatore di dirigere e coordinare i lavori, di procurarsi i mezzi necessari (capitali e materiale) per l'esecuzione della obbligazione assunta, di organizzare i fattori della produzione (capitale e lavoro), di

impiantare il cantiere, di sorvegliare l'andamento dei lavori, di curare i rapporti, oltre che con il committente, anche con i terzi e di assumersi le correlative responsabilità.

Quanto ai doveri, emerge chiaramente dall'art. 1655 c.c. che l'oggetto dell'obbligazione principale dell'appaltatore è un *facere*, cioè quella di realizzare l'opera o il servizio oggetto del contratto secondo le modalità pattuite e a regola d'arte.

3.1. Obbligazione dell'appaltatore: natura giuridica e implicazioni sulla responsabilità

Quanto alla natura, l'obbligazione assunta è qualificabile come "obbligazione di risultato", ossia di una obbligazione il cui oggetto è dato dal conseguimento del risultato concordato. Pertanto, l'appaltatore è tenuto a realizzare l'opera a regola d'arte, osservando nell'esecuzione della prestazione la diligenza qualificata ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, cod. civ., quale modello astratto di condotta che si estrinseca (sia esso professionista o imprenditore) nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili eventi dannosi. Anche nella ipotesi in cui il committente abbia predisposto il progetto e fornito indicazioni sulla relativa realizzazione e, pertanto l'appaltatore si conformi alle previsioni del progetto altrui, egli può comunque essere ritenuto responsabile per i vizi dell'opera qualora non abbia, nell'eseguire il progetto e le indicazioni ricevute in modo fedele, segnalato al committente eventuali carenze ed errori. Egli, invece, deve essere considerato esente da responsabilità nelle ipotesi in cui il committente, pur reso edotto delle carenze e degli errori, gli richieda di dare egualmente esecuzione al progetto o gli ribadisca le indicazioni relegando l'appaltatore a mero *nudus minister*, ossia a mero esecutore materiale. Con specifico riferimento, poi, all'attività di costruzione di opere edilizie, la giurisprudenza di legittimità ha espressamente affermato che, in mancanza di diversa previsione contrattuale, l'indagine sulla natura e consistenza del suolo edificatorio rientra propriamente tra i compiti dell'appaltatore trattandosi di indagine, implicante una attività conoscitiva da svolgersi con l'uso di particolari mezzi tecnici, che al medesimo appaltatore - quale soggetto obbligato a realizzare l'opera commessagli - spetta assolvere mettendo a disposizione la propria organizzazione (*ex multis*: Cassazione civile, 16 novembre 1993, n. 11290; Cassazione civile, 18 marzo 1987, n. 2725, Cassazione civile, 7 settembre 2000, n. 11783).

Pertanto, dalla natura del contratto discende che rientra tra gli

obblighi di diligenza dell'appaltatore esercitare il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente, anche in relazione alle caratteristiche del suolo su cui l'opera deve sorgere, posto che dalla corretta progettazione, oltre che dall'esecuzione dell'opera, dipende il risultato promesso. Tale responsabilità non può venire meno neanche per il fatto che un controllo del genere richiederebbe cognizioni particolari, esigibili da persona particolarmente qualificata. Ne consegue che l'appaltatore risponde per i difetti della costruzione derivanti da vizi ed inidoneità del suolo anche laddove gli stessi siano ascrivibili alla imperfetta od erronea progettazione fornitagli dal committente, in tal caso prospettandosi l'ipotesi della responsabilità solidale con il progettista, a sua volta responsabile nei confronti del committente per inadempimento del contratto d'opera professionale *ex art. 2235 cod. civ.*

In altri termini, quindi, secondo le norme dettate per l'appalto privato (artt. 1667, 1668, 1669 cod. civ.) – applicabili anche in caso di appalto di opere pubbliche – ai fini della costruzione di opere edilizie, il controllo sulla natura e consistenza del suolo edificatorio rientra, in mancanza di diversa previsione contrattuale, tra i compiti dell'appaltatore e ciò anche in relazione alla *cd. sorpresa geologica*".

Quanto al regime delle responsabilità si osserva che in tema di appalto, è di regola l'appaltatore che risponde dei danni provocati a terzi ed eventualmente anche dell'inosservanza della legge penale durante l'esecuzione del contratto, attesa l'autonomia con cui egli svolge la sua attività nell'esecuzione dell'opera o del servizio appaltato, organizzandone i mezzi necessari curandone le modalità ed obbligandosi a fornire alla controparte l'opera o il servizio cui si era obbligato, mentre il controllo e la sorveglianza del committente si limitano all'accertamento e alla verifica della corrispondenza dell'opera o del servizio affidato all'appaltatore con quanto costituisce l'oggetto del contratto. Ne consegue che una responsabilità del committente nei riguardi dei terzi risulta configurabile solo quando possa essere dimostrato che l'evento lesivo è stato commesso dall'appaltatore in esecuzione di un ordine impartitogli dal direttore dei lavori o da altro rappresentante del committente stesso che, esorbitando dalla mera sorveglianza sull'opera oggetto del contratto, abbia esercitato (attraverso il direttore dei lavori o altra figura affine) una concreta ingerenza sull'attività dell'appaltatore al punto da ridurlo al ruolo di mero esecutore ⁽¹⁾. In tal caso si tratterebbe

(1) In tal caso si tratterebbe del c.d. "appalto a regia" che si configura nell'ipotesi in cui la vigilanza e l'ingerenza esercitate dal committente sull'esecuzione dei lavori da parte dell'appaltatore esulano dai normali poteri di verifica e sono così penetranti da privare l'appaltatore di ogni autonomia riducendolo a strumento passivo dell'iniziativa del committente.