

L'uso della procedura semplificata non cancella l'obbligo di vigilanza

 il commento di Cristina Mantelli

La sentenza del tribunale di Sciacca del 15 gennaio 2007 dopo aver affrontato l'istituto del cottimo fiduciario e gli effetti che da tale configurazione ne derivano nell'ambito della responsabilità civile dell'ente committente (viene esaminato il caso di un infortunio da cui ne è derivata la morte di un lavoratore durante l'esecuzione dei lavori di impermeabilizzazione della copertura di un edificio ove era ubicato il Poliambulatorio cittadino), esamina altresì la responsabilità che discende in capo all'ente pubblico per la mancata nomina del direttore dei lavori, organo preposto alla vigilanza delle prescrizioni antinfortunistiche.

Il cottimo fiduciario - La decisione si segnala per la chiara disamina con cui analizza il cottimo fiduciario poiché, pur ribadendo principi consolidati in dottrina e giurisprudenza, offre un quadro completo dell'istituto fornendo altresì spunti per alcune considerazioni. Considerando poi la ricorrenza con cui viene utilizzato tale strumento, il rapporto diretto intercorrente tra il competente funzionario dell'amministrazione e il privato contraente, (derogatorio rispetto alle normali procedure dell'evidenza pubblica), la mancanza di un preventivo controllo di legittimità, nonché gli effetti che possono discendere a seconda della configurazione giuridica che ne viene data, appare più che mai opportuno comprendere appieno lo sviluppo che la dottrina e la giurisprudenza hanno avuto al riguardo.

Per poter far ricorso al cottimo fiduciario occorre non soltanto che si tratti di interventi di semplice realizzazione, resi necessari da una situazione di urgenza in senso tecnico, ma occorre altresì che l'urgenza stessa si ponga con carattere di immediatezza, poiché tale istituto è incompatibile con la realizzazione di interventi che richiedano una progettazione complessa e tempi di esecuzione non brevi, cui meglio si adattano fattispecie legali diverse (Corte dei conti, sezione controllo, 10 giugno 1992 n. 39).

La tesi maggioritaria sostenuta da parte della dottrina (Cianflone, «L'appalto di opere pubbliche», IX ed., Milano, 1993, 478; Roherssen, «I contratti della pubblica amministrazione», Bologna, 1961, 276; Rosso, «Contributo allo studio dei servizi in economia», in «Funz. Amm.», 1993, 7; Santoro, «I contratti pubblici», II ed., Rimini, 1997, 193) e dalla giurisprudenza più recente (Corte conti, sezione controllo, 10 giugno 1992 n. 39, «Il Foro italiano», 1993, III, 447; tribunale di Roma 13

maggio 1997, su «Il Foro italiano», 1998, I, 3397) ritiene che il cottimo (previsto già dall'articolo 67 del regolamento di cui al regio decreto 395/1895) costituisca un vero e proprio contratto di appalto.

Oltretutto, come correttamente ritiene il tribunale di Sciacca, l'accordo con l'impresa di fiducia, richiesto per l'esecuzione di lavori, presenta tutte le caratteristiche dell'appalto, come definito dall'articolo 1655 del Cc, poiché anche quando i servizi o i beni sono acquisiti tramite cottimo fiduciario, il rischio dell'esecuzione nei confronti dell'amministrazione è sempre dell'imprenditore che stipula il contratto, in quanto il cottimista provvede all'organizzazione dei mezzi necessari e si assume il relativo rischio d'impresa (Corte dei conti regione Abruzzo, sezione giurisdizionale 20 luglio 1999 n. 572, in «Giur. bollettino legisl.» Tecnica, 2000, 31).

Orientamento questo non in contrasto con la previsione e l'interpretazione letterale del comma 1 dell'articolo 19 della legge-quadro 109/1994 dove si legge che «i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, fatti salvi i soli lavori in economia di cui al successivo art. 24 comma 6». Ora se mai si volesse ritenere l'avvenuta abrogazione del sistema del cottimo, grazie al regolamento generale 554/1999 ogni dubbio viene sfatato poiché

all'articolo 144 viene data una definizione dell'istituto del cottimo precisando, fra l'altro, come si possa ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento di lavori di particolari tipologie individuate ai sensi del precedente articolo 88 e se di importo non superiore a 200.000,00 euro.

In aderenza al suddetto indirizzo giurisprudenziale d'altro canto, continua la sentenza, è andata affermandosi l'opinione secondo la quale quelli affidati mediante cottimo sono veri e propri appalti per l'esecuzione di lavori, sicché l'espressione «cottimo fiduciario» vale semplicemente a identificare una particolare procedura semplificata e snella per la scelta del contraente privato, caratterizzata dal fatto che l'ufficio competente stabilisce, sotto la propria responsabilità, accordi con le ditte di fiducia, senza l'astratta necessità di una gara per la scelta del cottimista e senza che occorra, per il perfezionamento del contratto, la sua approvazione, tanto che dal punto di vista formale gli atti di cottimo rientrano nei contratti affidati mediante trattativa privata anche ove siano stati preceduti da

L'ente pubblico appaltante rimane comunque responsabile per gli infortuni conseguenti all'inosservanza delle prescrizioni in materia di sicurezza dei lavoratori nel cantiere

LAVORO & RESPONSABILITÀ

LA DECISIONE DI SCIACCA

LA POSIZIONE NELLA PROFESSIONE

INDUSTRIA E SERVIZI			
Infortuni	2005	2006	Var. %
Apprendisti	22.599	23.266	3,0
<i>di cui extracomunitari</i>	3.070	3.429	11,7
Autonomi	80.387	63.656	-20,8
<i>di cui extracomunitari</i>	5.005	5.076	1,4
Dipendenti	770.533	778.057	1,0
<i>di cui extracomunitari</i>	99.449	103.328	3,9
Totale	873.519	864.979	-1,0
<i>di cui extracomunitari</i>	107.524	111.833	4,0
di cui COSTRUZIONI			
Apprendisti	6.129	6.292	2,7
<i>di cui extracomunitari</i>	904	1.102	21,9
Autonomi	28.940	22.313	-22,9
<i>di cui extracomunitari</i>	2.379	2.378	0,0
Dipendenti	71.061	74.945	5,5
<i>di cui extracomunitari</i>	15.170	15.463	1,9
Totale	106.130	103.550	-2,4
<i>di cui extracomunitari</i>	18.453	18.943	2,7
Fonte: Inail			

gare ufficiose (in questo senso Corte dei conti regione Sicilia, sezione giurisdizionale, 5 giugno 1996 n. 173; Tar Sicilia, Catania, sezione II, 3 ottobre 1997 n. 1956) come previsto dalla legge regionale 21/1985 che impone, quale cautela, la celebrazione di una gara informale con la partecipazione di almeno 5 ditte.

Precisa, infine, il giudicante come tale opinione sia confortata dal dato normativo contenuto nell'articolo 144 del regolamento generale dei lavori pubblici (Dpr 554/199) che, nel fare riferimento al cottimo fiduciario, lo definisce una procedura negoziata, ossia un metodo di scelta del contraente alternativo alla procedura di evidenza pubblica, mediante pubblicazione dell'avviso di gara cui può farsi ricorso per l'affidamento di particolari categorie di lavori individuate ai sensi del precedente articolo 88.

È interessante evidenziare come la regione siciliana abbia disciplinato, da tempo, il procedimento per l'affidamento dei cottimi fiduciari, estendendone via via l'applicazione a tipologie di lavori diverse da quelle tradizionali dei lavori in economia: mentre infatti l'articolo 38 della legge regionale 21/1985 prevedeva il ricorso al cottimo fiduciario esclusivamente per lavori urgenti o per lavori di manutenzione e, comunque, fino all'importo di 150 milioni di lire, l'articolo 20 della legge regionale 7/2002 (introducendo l'articolo 24-bis alla legge 109/1994) consente l'utilizzazione del cottimo-appalto per l'esecuzione di opere o lavori di importo non superiore a

150.000,00 euro, così ampliando la discrezionalità dell'amministrazione e svincolando la scelta da una particolare tipologia di lavori od opere.

Al presente, tuttavia, l'entrata in vigore del Dlgs 12 aprile 2006 n. 163 - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive comunitarie 2004/17/Ce e 2004/18/Ce - ha sollevato il problema dell'immediata efficacia del decreto nell'ordinamento della regione siciliana, dotata - per l'appunto - di competenza legislativa esclusiva in materia di lavori pubblici.

Il Codice, avendo come *ratio* l'unificazione delle discipline in materia di appalti oggetto di recepimento delle relative direttive comunitarie, ha *de facto* colto l'opportunità per riordinare in maniera organica l'intera normativa italiana in materia, abrogandone contestualmente tutta la vigente legislazione interna.

Alla luce, pertanto, della recente riorganizzazione normativa, ci si auspica comunque che il cottimo possa essere invocato solo nei limiti degli oggetti previamente individuati attraverso atti normativi interni dalle amministrazioni e nei limiti di importo di singole voci di spesa, ma sempre nei confini tracciati dal citato articolo 125; ciò permetterebbe, *inter alia*, di contrastare quel sistema patologico di aggiramento della normativa atto a svolgere trattative private mascherate da cottimi fiduciari e altresì quei fenomeni di corruzione nell'affidamento delle commesse pubbliche, sfortunatamente così noti nel nostro Paese.

LAVORO & RESPONSABILITÀ

LA DECISIONE DI SCIACCA

PRIMO PIANO

IN AUMENTO I DECESSI DEI DIPENDENTI

INDUSTRIA E SERVIZI			
Infortunati	2005	2006	Var. %
Apprendisti	24	31	29,2
<i>di cui extracomunitari</i>	3	7	133,3
Autonomi	158	122	-22,8
<i>di cui extracomunitari</i>	13	9	-30,8
Dipendenti	955	1028	7,6
<i>di cui extracomunitari</i>	126	112	-11,1
TOTALE	1.137	1.181	3,9
<i>di cui extracomunitari</i>	142	128	-9,9
di cui COSTRUZIONI			
Apprendisti	11	13	18,2
<i>di cui extracomunitari</i>	2	4	100,0
Autonomi	67	58	-13,4
<i>di cui extracomunitari</i>	6	8	33,3
Dipendenti	206	247	19,9
<i>di cui extracomunitari</i>	35	35	0,0
TOTALE	284	318	12,0
<i>di cui extracomunitari</i>	43	47	9,3

Fonte: Inail

Le prescrizioni per la sicurezza nel cantiere - Il piano per la sicurezza nel cantiere è certamente il punto focale della vicenda, non solo per le tragiche conseguenze che dalla sua mancanza ne sono derivate ma anche ai fini di determinare a chi imputare la responsabilità dell'evento dannoso.

La legge regionale (legge n. 10 del 1993, articolo 63), la normativa statale (articolo 18, comma VIII, legge 55/1990) e quella comunitaria (direttiva Ce 24 giugno 1992 n. 57), vigenti all'epoca dei fatti, obbligavano l'ente pubblico, anche nella fase di realizzazione dell'opera, a svolgere un'azione di controllo sull'applicazione delle disposizioni contenute nei piani di sicurezza al fine di consentire che tutte le fasi dell'esecuzione dei lavori appaltati si svolgessero in condizioni di sicurezza per i lavoratori.

Strumento atto all'espletamento di tale potere-dovere di vigilanza è il direttore dei lavori. L'ente pubblico appaltante è quindi responsabile per gli infortuni conseguenti all'inservanza delle prescrizioni in materia di sicurezza dei lavoratori, ove sia ravvisabile, a suo carico, l'omesso controllo sull'effettiva adozione e sulla successiva osservanza del piano per la sicurezza nel cantiere, sempre che sussista un nesso causale tra detta condotta omissiva e l'evento lesivo o mortale verificatosi.

In difetto del piano, il decidente ha, pertanto, ritenuto sussistere (l'ente appaltante avrebbe dovuto addirittura inibire l'inizio dei lavori), in capo al direttore dei lavori (che avrebbe

dovuto informare l'amministrazione per l'adozione dei provvedimenti conseguenti), una responsabilità per colpa in vigilando poiché ove l'Ausl avesse correttamente vigilato, l'infortunio non si sarebbe verificato e, per l'effetto, ha condannato la Pa al pagamento, in favore degli eredi, di un risarcimento dei danni dagli stessi subiti.

Certamente, il dare risalto all'aspetto preventivo è di grande attualità, tenuto anche conto, che nell'ambito delle prescrizioni antinfortunistiche l'articolo 2087 del codice civile - pur se norma residuale e di chiusura del sistema degli obblighi gravanti sul datore di lavoro in tema di sicurezza - non ha mai svolto un vero ruolo di prevenzione, producendo effetti sempre e solo sul piano repressivo-riparativo.

Purtroppo, la cronaca ci insegna che la concorrenza imprenditoriale e il conseguente abbassamento dei corrispettivi viene spesso compensato con la riduzione dei costi della sicurezza. Molte volte, infatti, il datore di lavoro preferisce correre il rischio che si possa verificare un infortunio a causa della mancata predisposizione delle cautele antinfortunistiche: l'infortunio costituisce, per così dire, un rischio che l'imprenditore ha già messo in conto.

La sentenza commentata ha il pregio, quindi, di dare risalto al valore della sicurezza, della prevenzione e della progettualità della tutela, di tutte quelle attività che sono in grado di impedire il realizzarsi del rischio, inteso come possibilità di evento dannoso. ■