

La responsabilità dell'appaltatore nel caso di errore progettuale¹

Dell'avv. Arrigo Varlaro Sinisi²

E' questione assai dibattuta comprendere se, ed eventualmente in che misura, un'impresa appaltatrice possa essere ritenuta responsabile dei vizi e/o difetti dei lavori eseguiti, derivanti da errori della progettazione fornita dal committente.

In assenza di norme che disciplinino tale materia, è alla giurisprudenza che occorre fare riferimento per conoscere quali siano i confini – in vero, assai mobili - di una tale responsabilità dell'appaltatore.

Prima di soffermarci sulle indicazioni fornite in proposito dalla giurisprudenza, è opportuno analizzare il contenuto delle norme del codice dei contratti pubblici in tema di “errore progettuale”.

1. L'errore progettuale

La prima norma che viene in evidenza a tal proposito è l'art. 106 del D.Lgs n. 50/2016, recante il codice dei contratti pubblici.

Tal norma, a seguito della novella del 2017³, prevede (comma 2) che qualora si renda necessario modificare il contratto a causa di “*errori od omissioni del progetto esecutivo, che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione*”, essa è consentita se il suo valore è al di sotto delle soglie comunitarie (articolo 35 del predetto codice) nonché, per i contratti di servizi e forniture, sia nei settori ordinari sia in quelli speciali, al di sotto del 10 per cento del valore iniziale del contratto, ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari sia in quelli speciali. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base di quello complessivo netto delle successive modifiche.

¹ In corso di pubblicazione sulla Rivista: Appalti&Contratti, Maggioli editore.

² Studio legale Associato Gentile – Varlaro Sinisi, www.studiogvs.it.

³ Art. 70 del D.Lgs 19 aprile 2017, n. 56.

E' previsto, inoltre, un limite oggettivo: la modifica non deve alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. Per quanto concerne poi il profilo delle responsabilità, la norma si limita a prevedere che resta ferma quella **dei progettisti esterni**. Il successivo comma 10 chiarisce, ai fini della norma in commento, il concetto di "**errore o omissione di progettazione**:"

- a) l'inadeguata valutazione dello stato di fatto;
- b) la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione;
- c) il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta;
- d) la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

2. La responsabilità dell'appaltatore per errori o vizi del progetto.

Come evidenziato in precedenza, il tema della responsabilità dell'appaltatore per aver eseguito lavori o realizzato opere in conformità ad un progetto carente o viziato - che comprendere anche situazioni diverse rispetto a quelle menzionate nel sopra richiamato art. 106 - non ha una disciplina normativa *ad hoc*. Per conoscere in quali casi l'appaltatore incorra in una tale responsabilità, è necessario fare riferimento ai principi generali del diritto in tema di corretto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Al riguardo giova sottolineare che, nella fase di esecuzione di un contratto pubblico, oltre alle norme interne della contrattualistica pubblica - che troviamo *in primis* nel codice dei contratti pubblici, che costituisce una sintesi legislativa delle regole comunitarie e di quelle dell'ordinamento nazionale - trovano applicazione anche i principi di diritto comune, di natura privatistico-civilistica.

Questi ultimi hanno certamente il loro principale riferimento normativo nel codice civile.

I principi e le regole contenute nel codice civile, infatti, si applicano anche ai contratti pubblici. Tuttavia, in base al principio cosiddetto "di specialità", ben sintetizzato nel brocardo *lex specialis derogat legi generali*, nel caso di contrasto tra le norme del codice civile e quelle del codice dei contratti pubblici, l'ordinamento giuridico attribuisce prevalenza a quest'ultimo, proprio perché di natura "speciale" rispetto al Codice civile.

Tutto ciò è ben sintetizzato all'art. **30, comma 8 del codice dei contratti pubblici**, secondo cui "*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di*

*affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del **codice civile***".

E' possibile dunque affermare che in tema di contratti pubblici, se nella fase del procedimento ad evidenza pubblica, ossia in quella sottesa alla individuazione del contraente, si applicano, oltre alle norme del D.Lgs n. 50/2016, anche quelle generali sul procedimento amministrativo; **nella fase esecutiva del contratto**, oltre alle norme del codice dei contratti pubblici, si applicano anche quelle del codice civile. Anzi, per la precisione, ai sensi del richiamato art. 30, comma 8, queste ultime si applicano fin dalla stipula del contratto "pubblico".

Ebbene, poiché sia il D.Lgs n. 50/2016, sia i relativi atti attuativi, nulla di specifico prevedono in ordine alla responsabilità dell'appaltatore nella fase di realizzazione di un contratto pubblico, al fine di individuare quali siano le responsabilità dell'appaltatore che ha eseguito le prestazioni in conformità ad un progetto rivelatosi carente o viziato, occorre necessariamente fare riferimento ai principi stabiliti dal codice civile⁴.

Prima di soffermarci su alcune delle previsioni del codice civile che rilevano nel tema di interesse, è opportuno rammentare che ai sensi del D.Lgs n. 50/2016 (**comma 1 dell'art. 30**) "*L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza*".

Spetta senz'altro alla committente garantire, attraverso le diverse professionalità chiamate a vario titolo a vigilare sull'esecuzione di un contratto pubblico, il rispetto di tali principi.

In tale contesto, l'art. 101, comma 3 del codice appalti prevede che il direttore dei lavori, con l'ufficio di direzione dei lavori, ove costituito, è preposto al controllo tecnico, contabile ed

⁴ In tal senso, Corte Cost., 18 febbraio 2011, n. 53, la quale, a proposito dell'applicabilità del Codice civile ai contratti pubblici, ha affermato: "*La giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che, nel settore degli appalti pubblici, la fase che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale è disciplinata da norme che devono essere ascritte all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Ciò in quanto, in tale fase, l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale (ex multis, sentenza n. 401 del 2007). Con riferimento alla disciplina del collaudo, pertanto, le Regioni sono tenute ad applicare la normativa statale e ad adeguarsi alla disciplina dettata dallo Stato per tutto quanto attiene alla fase di esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture. Questo non significa, tuttavia, che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, in particolare, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva*".

amministrativo dell'esecuzione dell'intervento "***affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto ed al contratto***"⁵.

Principi ai quali comunque deve senz'altro conformarsi l'appaltatore. Egli, infatti, viene scelto anche per la sua specifica competenza e professionalità, che deve utilizzare nell'eseguire la prestazione che gli è stata affidata.

A tal riguardo, è appena il caso di segnalare che il D.M. n. 49/2018, recante il Regolamento sugli atti del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione, all'art. 7 (rubricato: "*Verifica del rispetto degli obblighi dell'esecutore e del subappaltatore*"), comma 3, lett. f), n. 4 prevede che il direttore dei lavori, nel caso del verificarsi di danni derivanti da cause di forza maggiore, deve redigere un verbale, alla presenza dell'esecutore, in cui darà evidenza, tra l'altro, dell'osservanza o meno, da parte dell'appaltatore, delle ***regole dell'arte*** e delle prescrizioni impartite dallo stesso del direttore dei lavori. Analoga previsione è contenuta anche all'art. 12, comma 2 lett. d) del medesimo decreto, dedicato alla "*gestione dei sinistri*".

Veniamo ora ai principi generali previsti dal codice civile in tema di esecuzione dei contratti.

Qui è previsto che il contraente (nel nostro caso l'appaltatore) deve eseguire la prestazione ad esso affidata, con **professionalità, competenza e capacità tecnica** che gli competono, nel rispetto del principio di buona fede nell'esecuzione contrattuale (**art. 1375 cod. civ.**).

Egli, in considerazione della sua competenza, deve inoltre svolgere il proprio compito con la **diligenza dal ruolo professionale** che gli compete. In altre parole, al predetto è richiesto di svolgere la sua prestazione con un livello di diligenza "qualificato" (**art. 1176 comma 2 cod. civ.**), che è ben più elevato rispetto a quello medio del buon padre di famiglia (art. 1176, comma 1, cod. civ.).

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, la diligenza richiesta all'appaltatore impone a quest'ultimo (sia egli professionista o imprenditore) di realizzare l'opera a regola d'arte, impiegando le energie ed i mezzi normalmente ed obiettivamente necessari per realizzare la prestazione ad esso affidata, onde

⁵ A proposito dell'obbligo del rispetto delle regole da parte dell'appaltatore, per gli appalti privati l'art. 1662, comma 2, del Codice civile prevede che "*Quando, nel corso dell'opera, si accerta che la sua esecuzione non procede secondo le condizioni stabilite nel contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve conformare a tali condizioni; trascorso inutilmente il termine stabilito, il contratto è risolto, salvo il diritto del committente al risarcimento del danno*".

soddisfare l'interesse creditorio ed evitare possibili eventi dannosi⁶.

Tale diligenza richiesta all'appaltatore sussiste anche per le ipotesi di prestazioni eseguite sulla base del progetto elaborato dal committente. Al riguardo la giurisprudenza ha affermato che "**in tema di contratto di appalto, la diligenza qualificata ex art. 1176 Cod. Civ., comma 2, che impone all'appaltatore di realizzare l'opera a regola d'arte, impiegando le energie ed i mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili in relazione alla natura dell'attività esercitata, onde soddisfare l'interesse creditorio ed evitare possibili eventi dannosi, rileva anche se egli si attenga alle previsioni di un progetto altrui**"⁷.

In particolare, la giurisprudenza ha affermato che nel caso in cui sia il committente a predisporre il progetto e a fornire indicazioni per la sua realizzazione, l'appaltatore risponde comunque dei vizi dell'opera se, fedelmente eseguendo il progetto e le indicazioni ricevute, non ne segnali eventuali carenze ed errori, il cui controllo e la cui correzione rientra nella sua prestazione⁸.

Analoga responsabilità - sempre secondo la giurisprudenza - incombe sull'appaltatore nel caso in cui egli non abbia rilevato i vizi pur potendo e dovendo riconoscerli in relazione alla perizia ed alla capacità tecnica da lui esigibili nel caso concreto ⁹.

3. Quando l'appaltatore non risponde delle carenze e dei vizi del progetto

I principi giurisprudenziali sopra richiamati, secondo i quali l'appaltatore è responsabile dei lavori eseguiti in conformità ad un progetto carente o viziato, sono mitigati da un altro principio giurisprudenziale, secondo il quale l'appaltatore è esente dalla predetta responsabilità solo qualora il committente, edotto dallo stesso appaltatore delle carenze od errori del progetto, chieda all'appaltatore di dare egualmente esecuzione al progetto o ribadisca le indicazioni, riducendo così l'appaltatore ad un "*nudus minister*", ossia un mero esecutore, direttamente e totalmente

⁶ Cass. Civ. Sez. II, Ord. 16 novembre 2017, n. 27247

⁷ *Ex multis*, Cass. Civ., Ord. 15 novembre 2017, n. 27143.

⁸ Oltre alla giurisprudenza menzionata nella nota precedente, v. anche Cass. 2 febbraio 2016, n. 1981; Cass. 31 maggio 2006, n. 12995.

⁹ In tal senso, di recente, v. Cass. Civ. Sez. II, Ord. 21 agosto 2017, n. 20214; in senso conforme. v. Cass., Sez. II, 30 maggio 2003, n. 8813; Sez. II, 21 maggio 2012, n. 8016; Sez. II, 21 novembre 2016, n. 23665; Sez. II, 2 febbraio 2016, n. 1981

condizionato dalle istruzioni ricevute senza possibilità di iniziativa o vaglio critico¹⁰.

Tali principi giurisprudenziali sono affermati per gli appalti sia pubblici che privati.

Ciò detto, per comprendere quali siano i confini della responsabilità dell'appaltatore per aver eseguito lavori o realizzato opere sulla base del progetto elaborato dalla committente, non può non tenersi conto della circostanza che il sistema di progettazione, direzione ed esecuzione di un "appalto" pubblico è ben più complesso ed articolato rispetto ad un appalto privato. Basti pensare che, in linea generale, la progettazione di un'opera pubblica è soggetta a "verifica" da parte di un soggetto diverso dal progettista, con analoghe competenze professionali.

In tal senso, la "verifica" della progettazione, ad oggi ancora disciplinata dagli artt. 44 e seguenti del d.P.R. n. 207/2010, ha scopo di accertare la conformità della soluzione progettuale prescelta alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali, normative e tecniche contenute nello studio di fattibilità, nel documento preliminare della progettazione, ovvero nei livelli progettuali già approvati (art. 45, comma 1 del d.P.R. n. 207/2010).

In altre parole, è ben possibile che l'appaltatore sia chiamato a eseguire lavori o realizzare opere il cui progetto è stato già "verificato", sotto il profilo della correttezza e completezza, da un professionista qualificato, diverso dal progettista.

Tutto ciò, se certamente non fa venir meno i principi giurisprudenziali sopra richiamati, indubbiamente ne mitiga la forza applicativa, nel senso che impone di individuare caso per caso, se ed in che misura l'appaltatore è responsabile per non aver rilevato la carenza e/o il vizio del progetto, tenuto conto della circostanza che tali vizi e difetti non sono stati rilevati anche dal verificatore.

In questo caso soccorrono anche i principi previsti nel codice civile in tema di "**concorso del fatto colposo del creditore**" (art. 1227). Tale norma prevede che, se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo

¹⁰ Cass. Civ. Ord. 15 novembre 2017, n. 27143; ma anche Cass. Civ. Sez. II 27 novembre 2017, n. 28233, secondo cui l'ambito di applicazione dell'art. 1669 cod. civ. si estende al costruttore che non abbia agito - nella realizzazione dell'edificio - come *nudus minister*, per non aver provato di aver segnalato al progettista e al direttore dei lavori gli eventuali vizi del progetto o la necessità di variazioni. In argomento, v. anche Cass. Civ. Sez. II, ord. 6 dicembre 2017, n. 29212

la gravità e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. La stessa norma, al comma 2, prevede inoltre che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Ebbene, nel caso in cui il progetto appaltato sia stato già oggetto di "verifica" da parte di un terzo e questi non abbia rilevato i vizi del progetto stesso, occorrerà comprendere perché ciò sia accaduto. In particolare, occorrerà accertare se il verificatore, scelto dal committente, avesse le giuste competenze per svolgere il proprio compito; e se, pur avendole, non ha svolto diligentemente la propria attività. Tutti elementi dei quali occorre tener conto per stabilire, di volta in volta, se ed in che misura l'appaltatore è responsabile per aver eseguito le prestazioni ad esso affidate, senza segnalare eventuali vizi e/o difetti della progettazione.

In tal senso, la Suprema Corte di Cassazione ha di recente affermato che *"l'appaltatore, dovendo assolvere al proprio dovere di osservare i criteri generali della tecnica relativi al particolare lavoro affidatogli (art. 1176 comma 2 cod. civ.), è obbligato a controllare, **nei limiti delle sue cognizioni**, la bontà del progetto o delle istruzioni impartite dal committente e, ove queste siano **palesamente errate**, può andare esente da responsabilità soltanto se dimostri di avere manifestato il proprio dissenso e di essere stato indotto ad eseguirle, quale nudus minister, per le insistenze del committente ed a rischio di quest'ultimo: in mancanza di tale prova, l'appaltatore è responsabile per i ritardi, le imperfezioni o i vizi dell'opera, senza poter invocare il concorso di colpa del progettista o del committente, nè l'efficacia esimente di eventuali errori nelle istruzioni impartite dal direttore dei lavori (cfr. Cass. n. 23594 del 2017; Cass. n. 8016 del 2012; Cass. n. 821 del 1983)¹¹.*

In conclusione, se è vero che l'appaltatore risponde per aver eseguito lavori e/o realizzato opere sulla base di un progetto viziato da errori e/o carenze, è altrettanto vero che la "verifica" che egli è chiamato a svolgere sulla correttezza del progetto non può che essere circoscritta a quelle che sono le sue specifiche competenze. Competenze che egli dovrà esercitare con la diligenza professionale che gli compete.

In tale contesto, laddove egli ravvisi vizi o carenze del progetto, dovrà segnalarlo tempestivamente alla committente. Ove quest'ultima gli imponga di proseguire comunque nell'esecuzione del contratto affidatogli, egli, secondo la giurisprudenza formatasi

¹¹ Cass. civ. Sez. I, Ord., 27 marzo 2018, n. 7553.

in materia, essendo ridotto al ruolo di *nudus minister*, non risponderà dei vizi e della carenze segnalate.

In sintesi, alla luce di quanto precede, risulta del tutto evidente che il grado di responsabilità dell'appaltatore per aver eseguito un progetto del committente rivelatosi carente e/o viziato, non può che essere valutato caso per caso.