

MAURIZIO FERLINI

LA RESPONSABILITÀ DEI PROGETTISTI DI OPERA PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Premessa: opere pubbliche e pubblica amministrazione. – 2. La progettazione nel contesto dei lavori pubblici. – 3. La responsabilità nella progettazione e il sistema di garanzie assicurative: in particolare, le varianti e la progettazione interna. Problematiche applicative.

1. Premessa: opere pubbliche e pubblica amministrazione. – Le realizzazioni delle opere pubbliche costituiscono interpolazione, manipolazione dello spazio circostante, modificazione della realtà fisica e del contesto e rappresentando un primario volano dell'economia rivestono da sempre un ruolo fondamentale nella storia generale dei popoli e, in quella particolare, delle singole comunità organizzate.

I lavori pubblici si pongono, peraltro, all'origine stessa del concetto di pubblica amministrazione nella misura in cui gli ordinamenti giuridici maggiori dell'antichità sarebbero sorti come risposta al bisogno di regolare, attraverso la costruzione di imponenti opere di strutturazione idrica a scopi agricoli, la distribuzione dell'acqua derivata dai grandi fiumi: lo Yangtze per l'impero cinese; il Tigri e l'Eufrate, per l'impero assiro-babilonense; il Nilo per l'Egitto.

Dal punto di vista dello sviluppo delle singole comunità, poi, è immediatamente percepibile l'importanza della programmazione e dell'esecuzione dei lavori pubblici per la crescita economica e sociale.

Tuttavia, proprio in ragione del ruolo fondamentale che il settore delle opere pubbliche svolge, la sua cattiva gestione può produrre gravi danni, talvolta irrimediabili, come lo spreco di risorse pubbliche e il degrado e la rovina dell'ambiente e del territorio: lo stesso ritardo nella realizzazione di un'opera pubblica dovuto a comportamenti negligenti o peggio dolosi, priva intere generazioni dei benefici che questa opera produrrebbe, determinando – almeno per essi – un pregiudizio non più recuperabile oltre a costituire un *handicap* di sviluppo nel rapporto concorrenziale tra i sistemi territorio o i sistemi Paese.

La storia delle opere pubbliche nel nostro Paese è storia di opere

pubbliche bloccate a causa di cattiva impostazione dei bandi, dei capitolati; opere bloccate per il ricorso strumentale e opportunistico all'organo giudiziario sfruttando difetti e ritardi del nostro sistema legislativo e giudiziario (si ricordi, per tutte, la vicenda del teatro La Fenice di Venezia); opere che rimangono incompiute perché non è sufficiente la copertura finanziaria o perché i progetti non sono sufficientemente dettagliati, richiedendo numerose varianti in corso d'opera; opere che si realizzano in modo non conforme alla legge e per questo motivo sono destinate a restare incompiute o a non entrare mai in funzione; opere che, ultimate, vengono a costare dieci, venti volte rispetto al quadro economico-finanziario di origine (si ricordino, ad esempio, alcuni lavori per l'ammodernamento di alcuni stadi per i mondiali di calcio "Italia '90").

Con il lungo e travagliato *iter* di approvazione della legge quadro sui lavori pubblici (nella sua veste attuale) si è cercato – con un intervento di riforma radicale – di mettere fine alla precarietà legislativa e di fornire uno strumento di semplificazione, di uniformità e di trasparenza alla azione amministrativa con l'obiettivo fondamentale di promuovere l'ammodernamento strutturale del Paese, con opere e servizi puntuali e a rete, necessari a farlo crescere – in una dinamica competitiva – in armonia con gli altri Paesi europei.

2. La progettazione nel contesto dei lavori pubblici. – Nell'ambito dei lavori pubblici la responsabilità dei progettisti ha assunto una importanza sempre crescente nella misura in cui è divenuto sempre più frequente il ricorso alla progettazione esterna in via diretta tramite gli incarichi professionali o indiretta mediante le concessioni di progettazione e costruzione.

In realtà la regola generale relativa alla elaborazione tecnico-progettuale dell'opera pubblica è sempre stata – storicamente – quella del ricorso alle risorse presenti all'interno della stessa amministrazione committente (sebbene da taluni sia stata presentata come innovazione introdotta dalla legge Merloni).

In questo senso il primo indice di diritto positivo risale addirittura al d.m. 29 maggio 1895 e trova riscontro – per le amministrazioni statali – nell'art. 1, r.d. 8 febbraio 1923, n. 422 e, per gli enti locali, nell'art. 285, l. n. 383 del 1934.

L'attuale disciplina è contenuta nell'art. 17, l. n. 109 del 1994 che, al comma 4, stabilisce i casi tassativi in cui la stazione appaltante può rivolgersi a "soggetti esterni". Nella pratica, tuttavia, come detto, l'affidamento degli incarichi a professionisti esterni è andato sempre aumentando ⁽¹⁾.

(1) La percentuale delle opere pubbliche progettate da professionisti privati è stata – secondo una stima della Corte dei conti – del 27,08% nel 1997, con un aumento tendenziale annuo del 100% negli ultimi tre anni di riferimento.

Sulla spinta dell'ordinamento comunitario e della normativa riguardante la tutela del libero mercato si è posto fine a quegli istituti quali concessioni miste di servizi e committenza che assecondavano e alimentavano il nascere di veri e propri centri di intermediazione delle varie contrattazioni e dei diversi interventi confluenti nella realizzazione di un'opera pubblica.

L'approdo di questo processo evolutivo ha portato alla affermazione del principio di netta separazione dell'esecuzione dalla progettazione: nel contempo, quale corollario in termini di garanzia, è stata prevista una rete di coperture assicurative a garanzia dei singoli rapporti obbligatori, ivi compresi quelli di progettazione.

Il legislatore della legge quadro, in pratica, vuole una progettazione sottoposta ad una reale dinamica concorrenziale in grado di determinare la realizzazione di un "prodotto" ben definito e garantito per una maggiore affidabilità e certezza degli appalti finalizzata all'ottenimento di una più elevata qualità nella esecuzione e realizzazione dell'opera.

3. La responsabilità nella progettazione e il sistema di garanzie assicurative: in particolare, le varianti e la progettazione interna. Problematiche applicative. – Il sistema delle garanzie poste dal legislatore a carico dell'offerente prima, e dell'aggiudicatario poi, ha conosciuto nel tempo svariate modifiche culminate con l'art. 30, l. n. 109 del 1994 così come modificato dalla l. n. 415 del 1998.

L'art. 30 nell'abrogare tutte le altre forme di garanzia e le cauzioni previste dalla normativa vigente (comma 7), disciplina innanzitutto la garanzia dell'offerta e la garanzia dell'adempimento; la garanzia per i rischi di esecuzione, la garanzia per la rovina dell'opera.

La disposizione in commento si occupa quindi delle garanzie del progettista.

Il quadro normativo relativo alle previsioni dell'art. 30 è completato dall'art. 3, comma 6, lett. t, l. n. 109 del 1994 che demanda al regolamento – artt. 100-108 – la definizione delle modalità di attuazione degli obblighi assicurativi di cui all'art. 30, delle condizioni generali e in particolare delle polizze e i massimali garantiti, delle modalità di costituzione delle garanzie fideiussorie nonché le modalità di prestazione della garanzia in caso di riunioni di concorrenti di cui all'art. 13.

L'art. 9, comma 59, l. n. 415 del 1998, prevede che gli schemi delle polizze tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie siano approvate con decreto del Ministro dell'industria del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici entro 30 giorni dall'entrata in vigore della stessa legge n. 415 del 1998.

In realtà, solo molti anni dopo, con il decreto n. 123 del 12 mar-

zo 2004, il Ministero delle attività produttive di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha pubblicato gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fidejussorie previste dalla l. n. 109 del 1994 e dal regolamento di attuazione.

Rispetto al quadro attuale la presenza degli schemi tipo ministeriali se, da un lato, pare semplificare amministrativamente l'attività delle stazioni appaltanti tenute all'applicazione della legge Merloni, dall'altro pone seri problemi in termini di tutela effettiva della pubblica amministrazione e dei professionisti interni ed esterni incaricati.

Il quadro complessivo delle garanzie indicato negli schemi tipo non pare affatto corrispondente rispetto alle tipologie di danno e di responsabilità riscontrabili in occasione della progettazione e realizzazione dell'opera pubblica, come si vedrà in seguito.

Il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 "Regolamento di attuazione della l. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni" nel titolo VII, Garanzie, artt. 100-108, disciplina le modalità di attuazione degli obblighi assicurativi.

La legge quadro prevedeva in origine la responsabilità dei soli progettisti esterni: il testo sostituito dalla l. n. 216 del 1995 prevede ora la responsabilità di qualsiasi titolare di progettazione e, corrispondentemente, l'obbligo di copertura assicurativa di cui all'art. 30, comma 6, è stato esteso ai progettisti dipendenti dell'ente con onere a carico dell'amministrazione nella misura definita, come vedremo, dall'art. 106 del regolamento.

L'art. 105 fa riferimento alla polizza assicurativa della responsabilità professionale del progettista esterno e il rinvio dinamico è all'art. 30, comma 5, della legge: "Il progettista o i progettisti incaricati della progettazione esecutiva devono essere muniti, a far data dall'approvazione del progetto, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio. La polizza del progettista o dei progettisti deve coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, anche i maggiori costi che l'amministrazione deve sopportare per le varianti di cui all'articolo 25, comma 1, lett. d, rese necessarie in corso di esecuzione. La garanzia è prestata per un massimale non inferiore al 10 per cento dell'importo dei lavori progettati, con il limite di 1 milione di ECU, per lavori di importo inferiore a 5 milioni di ECU, IVA esclusa, e per un massimale non inferiore al 20 per cento dell'importo dei lavori progettati, con il limite di 2 milioni e 500 mila ECU, per lavori di importo superiore a 5 milioni di ECU, IVA esclusa. La mancata presentazione da parte dei

progettisti della polizza di garanzia esonera le amministrazioni pubbliche dal pagamento della parcella professionale”.

Con l'art. 106, invece, l'ambito soggettivo di applicazione è riferito alla progettazione eseguita dai funzionari interni all'ente: “Qualora la progettazione sia affidata a proprio dipendente, la stazione appaltante assume (l'onere del rimborso al dipendente dei due terzi) del premio corrisposto da questi per contrarre garanzia assicurativa per la copertura dei rischi professionali. L'importo da garantire non può essere superiore al dieci per cento del costo di costruzione dell'opera progettata e la garanzia copre il solo rischio per il maggior costo per le varianti di cui all'art. 25, comma 1, lett. *d* della legge”⁽²⁾.

Il riferimento all'art. 25, comma 1, lett. *d* richiama il concetto delle varianti determinate da errori o di omissioni del progetto esecutivo e merita un approfondimento tenuto conto della prospettiva dell'analisi in questione.

In realtà, buona parte dell'art. 25 è dedicata agli errori od omissioni del progetto esecutivo quasi a dimostrare la rilevanza che il legislatore annette ad una corretta progettazione ed alla sua centralità nell'esecuzione dei lavori pubblici.

L'art. 25, alla lett. *d*, afferma che le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentiti il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente “per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione”.

Il comma 2 dello stesso articolo afferma che “i titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 1, lett. *d*.”

Il comma 4 disciplina gli effetti sul contratto in corso: “Ove le varianti di cui al comma 1, lett. *d*, eccedano il quinto dell'importo originario il soggetto aggiudicatore procederà alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale”⁽³⁾.

(2) L'articolo, come vedremo più oltre, va letto in combinato disposto con l'art. 17, comma 3, l. n. 109 del 1994, come modificato dall'art. 145, comma 89, l. 23 dicembre 2000, n. 388: “Il regolamento definisce i limiti e le modalità per la stipulazione per intero, a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, di polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione. Nel caso di affidamento della progettazione a soggetti esterni, la stipulazione è a carico dei soggetti stessi”.

(3) È questa una forma di risoluzione che si aggiunge all'ulteriore ipotesi di risoluzione dei contratti d'appalto di opere pubbliche già disciplinate dal codice civile (ossia a risoluzione per inadempimento artt. 1453-1462, per impossibilità sopravvenuta artt. 1463-1466, e per eccessiva onerosità artt. 1467-1469) e dalle leggi speciali (v. l. n. 2248 del 1865).

È una forma di risoluzione che si può qualificare “per mutamento dell’oggetto” ed è conseguente alla necessità di variazioni che superano appunto il quinto dell’importo a seguito di errori od omissioni del progetto esecutivo.

È necessario, in questo caso, indicare sia il superamento del quinto che l’origine delle variazioni ossia la colpa del progettista perché nelle altre ipotesi di varianti indicate nell’art. 25 non si può procedere alla risoluzione del contratto.

La *ratio* di questa previsione va individuata, in sostanza, in quel permanere del sospetto di fondo nei confronti del progettista e quindi come forma di cautela da eventuali intese dolose con l’appaltatore.

Il comma 5 *bis* dell’art. 25, contiene la definizione dell’errore o omissione di progettazione: “ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di progettazione l’inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali”.

In questa formula definitoria che appare essenzialmente esaustiva viene riportata – con elasticità di previsione – una norma di chiusura residuale ed onnicomprensiva – “la violazione delle norme di diligenza” – destinata ad essere suscettibile di adattarsi ai più diversi errori ed omissioni di progettazione che potranno verificarsi in concreto.

Dunque accanto alla statuizione positiva definitoria degli errori od omissioni del progetto la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati riguarda tutte quelle regole che il progettista deve comunque rispettare e che fanno parte del normale bagaglio tecnico professionale di conoscenza del professionista nel campo.

L’approvazione di una variante per errori od omissioni del progetto esecutivo fa nascere la responsabilità del professionista che ne risponde per intero per i danni subiti dalle stazioni appaltanti; danni che vanno dai costi per riprogettare l’opera a quelli necessari per eseguire le varianti, al maggior tempo occorrente per la realizzazione nonché a qualsiasi altro nocumento economico conseguente alla variante stessa.

L’art. 25, comma 2 deve essere, infatti, letto in combinato disposto con l’art. 105 del regolamento, commi 2 e 3.

Non è da escludere la responsabilità per mancato utile o la mancata utilizzazione dell’opera in base all’art. 25, comma 2 che fa espressamente salva l’esperibilità di ulteriori azioni risarcitorie.

Riepilogo dei principali danni derivanti da errata progettazione

- Nuove spese di progettazione
- Costi necessari per eseguire le varianti
- Qualsiasi altro nocumento economico conseguente alla variante
- Maggior tempo occorrente per la realizzazione dell'opera
- Mancato utile o mancata utilizzazione dell'opera
- Rovina di edificio o gravi difetti opera (art. 1669 in concorso con appaltatore)
- Danni subiti dall'appaltatore in seguito all'annullamento del contratto (variante oltre il quinto importo lavori. Art. 25, comma 4).

Invero, tuttavia, nella formulazione delle disposizioni di legge e di regolamento si riscontra una non piena e perfetta corrispondenza e coerenza delle disposizioni in materia di garanzie assicurative al sistema tripartito di progettazione - preliminare, definitiva ed esecutiva -.

L'art. 25, comma 1, lett. *d*, infatti, fa espresso riferimento al "progetto esecutivo" mentre l'art. 105, comma 1, del regolamento fa riferimento al "progetto esecutivo o definitivo" e l'art. 106 contiene un riferimento generico alla "progettazione".

La legge quadro, in origine, prevedeva all'art. 17, comma 14, la responsabilità solidale dei progettisti in caso di compartecipazione alla redazione dei progetti.

La disposizione non è stata confermata; tuttavia, il principio di solidarietà deve ritenersi tuttora applicabile, anche se normativamente esiste l'obbligo sempre limitato ai soli "progettisti definitivi e/o esecutivi".

In realtà anche gli eventuali altri incaricati di altri livelli di progettazione preliminare e/o definitiva devono ritenersi responsabili in proprio e solidalmente per i danni arrecati ⁽⁴⁾.

La copertura assicurativa della responsabilità professionale, ai sensi dell'art. 105, è riferita ai "rischi derivanti da errori od omissioni nella redazione progettuale che abbiano determinato a carico della stazione appaltante nuove spese di progettazione e/o maggiori costi".

La presentazione della polizza è condizione per ottenere il pagamento della parcella professionale ai sensi dell'art. 30, comma 5 della legge. L'art. 105 ultimo periodo del comma 4 afferma che la mancata presentazione della dichiarazione della compagnia di assicurazioni contenente l'impegno a rilasciare la polizza di responsabili-

(4) Sul punto la dottrina sostanzialmente concorda.

tà civile professionale determina la decadenza dall'incarico e autorizza la sostituzione del soggetto affidatario.

Alcune considerazioni particolari merita, infine, l'art. 106 del regolamento.

La disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 17, comma 3, l. n. 109 del 1994, come modificato dall'art. 145, comma 89, l. 23 dicembre 2000, n. 388: "Il regolamento definisce i limiti e le modalità per la stipulazione per intero, a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, di polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione. Nel caso di affidamento della progettazione a soggetti esterni, la stipulazione è a carico dei soggetti stessi".

Questa norma, oltre a rappresentare un ulteriore punto di affioramento legislativo del più generale principio di assicurabilità dei rischi professionali del pubblico funzionario costituisce manifestazione legislativa di diritto speciale e, dunque, eccezione espressa alla regola di interpretazione conforme seguita dalla Corte dei conti che esclude la possibilità di stipulare la polizza di copertura della responsabilità amministrativa con onere a carico del bilancio dell'ente ⁽⁵⁾.

Per quanto concerne l'estensione della garanzia va ricordato che essa risulta definita normativamente e limitata in modo tale da coprire solo il rischio per il maggior costo per le varianti di cui all'art. 25, comma 1, lett. d con l'ulteriore limitazione rispetto all'importo da garantire che non può essere superiore al 10% del costo di costruzione dell'opera progettata.

Va detto, comunque, che al di là di questa previsione obbligatoria regolamentare della garanzia assicurativa riguardante le varianti il progettista interno dovrà garantirsi alla stregua del progettista esterno per tutti i rischi conseguenti alla responsabilità di progettazione per errori, difetti o manchevolezze progettuali – anche in assenza di variante – in precedenza rappresentati e possibile fonte di responsabilità civile e amministrativa a carico del medesimo.

Una adeguata copertura assicurativa del progettista, in altre parole, deve essere ben diversa e con altri contenuti rispetto a quella proposta nello schema ministeriale citato.

(5) Cfr. *ex multis*, C. conti, Sez. giur. reg. Friuli-Venezia Giulia, 19 ottobre 2000, n. 489; C. conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 9 maggio 2002, n. 942; C. conti, Sez. giur. reg. Umbria, 10 dicembre 2002, n. 553; C. conti, Sez. giur. reg. Friuli-Venezia Giulia, 5 febbraio 2003, n. 60; C. conti, Sez. giur. reg. Puglia, 7 febbraio 2004, n. 95; C. conti, Sez. giur. centrale appello, n. 509 del 2004.

Per un approfondimento in merito alla problematica relativa alla copertura assicurativa della responsabilità amministrativa vedi, M. FERLINI, *Responsabilità amministrativa e copertura assicurativa*, in *Risarcimento del danno e responsabilità. Le assicurazioni nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2003, p. 659 ss.