

## Parere n.152 del 14/09/2011

### PREC 114/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla Società di Ingegneria Giamberardino S.r.l. – Gara per l'affidamento del "Servizio di progettazione preliminare, definitiva, esecutiva, coordinamento della sicurezza sia in fase di progettazione che di esecuzione, direzione lavori di consolidamento del dissesto franoso in Frazione Tosi – secondo stralcio funzionale" - Importo a base d'asta € 99.585,41 - S.A.: Comune di Reggello.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 4 maggio 2010 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Società di Ingegneria Giamberardino S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Reggello per omessa presentazione della cauzione provvisoria, espressamente richiesta dalla *lex specialis* (punto 13 del Bando di gara e punto 7.3. del Disciplinare).

Più specificamente, l'istante contesta la legittimità di tale provvedimento di esclusione in quanto per l'affidamento del servizio in questione la stazione appaltante avrebbe dovuto ritenere sufficiente la polizza di responsabilità civile professionale di cui all'art. 111 del D.Lgs. n. 163/2006 e non richiedere le cauzioni previste per gli esecutori di lavori pubblici, e non anche per i progettisti, dall'art. 75 del Codice.

A sostegno della propria posizione, l'esponente richiama la deliberazione n. 51 del 31 marzo 2004 di questa Autorità e la decisione n. 1231 del 13 marzo 2007 della Sez. V del Cons. Stato con cui si afferma che le cauzioni provvisorie e definitive non possono essere richieste nei bandi di gara per l'affidamento di incarichi di progettazione, essendo sufficiente la polizza del progettista prevista dall'art. 111 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 19 maggio 2010, la stazione appaltante ha ribadito la correttezza del proprio operato sottolineando che la richiesta di prestare una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo a base di gara trova fondamento nel disposto normativo di cui all'art.75, comma 1, che prevede espressamente che l'offerta sia corredata da una garanzia pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa prospettata attiene alla legittimità o meno del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante nei confronti della società istante, a fronte della omessa presentazione della cauzione provvisoria prevista dall'art.75, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, espressamente richiamato dall'art.13 del Bando e dall'art.7.3 del Disciplinare di gara.

Occorre pertanto stabilire se al caso di specie, affidamento di servizi di progettazione e coordinamento della sicurezza, sia possibile applicare la previsione di cui al citato art. 75 relativamente alla cauzione provvisoria, così come sostenuto dalla stazione appaltante, ovvero se la previsione di cui all'art.111 del D.Lgs. 163/2006, "*Garanzie che devono prestare i progettisti*", possa ritenersi esaustiva della disciplina in tema di garanzie dettata dal legislatore per gli affidamenti degli incarichi tecnici, escludendo così la possibilità di riferire anche a questo tipo di contratti le previsioni ex art.75.

Questa Autorità ha già avuto modo di ricostruire il quadro normativo della disciplina delle garanzie nella Determinazione n.6/2007 dell'11.07.2007, arrivando alla conclusione che la polizza per responsabilità civile disciplinata dall'art. 111 del D. Lgs. n. 163/2006 riveste carattere esclusivo nelle procedure per l'affidamento di incarichi di progettazione. Ne consegue che le stazioni appaltanti non possono richiedere ai progettisti garanzie aggiuntive o difformi da quelle previste e disciplinate dal predetto articolo 111 del medesimo decreto legislativo. Dall'esame del quadro normativo di settore (il Codice distingue l'art.111, dedicato esclusivamente alle garanzie dei progettisti, dagli artt.75 e 113 riferiti invece agli esecutori) appare infatti con chiarezza che il Legislatore ha voluto disciplinare in maniera separata le garanzie che devono essere presentate dall'esecutore rispetto a quelle dei progettisti, con ciò riproponendo (con adattamenti) l'originaria impostazione dell'art. 30 della previgente legge n. 109/1994 e s.m..

Una tale impostazione testimonia la volontà di dettare una disciplina speciale ed esaustiva per i professionisti, per i quali si ritiene operare la sola polizza di responsabilità civile dei progettisti.

A tale conclusione è possibile giungere, tra l'altro, considerando le differenti finalità perseguite con le diverse forme di garanzia previste dal legislatore. La cauzione provvisoria di cui all'art.75 comma 1, è richiesta come garanzia della serietà dell'offerta presentata dai partecipanti, ha lo scopo di garantire la sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e viene svincolata al momento della stipula del contratto; momento in cui opera invece la garanzia definitiva di cui all'art.113 posta a tutela di pregiudizi che potrebbero derivare all'amministrazione da eventuali violazioni degli obblighi contrattuali.

**La garanzia prevista dall'art. 111, invece, copre i rischi derivanti dall'attività tecnico professionale, ovvero le nuove spese di progettazione e i maggiori costi per varianti dovute a errori o omissioni progettuali.**

Tale ultima norma va poi coordinata anche con gli artt. 105 e 106 del DPR 554/99, applicabili *ratione temporis* al caso in esame, che prevedono una polizza che copra la responsabilità professionale del progettista per i rischi derivanti da errori od omissioni nella redazione del progetto esecutivo o definitivo, che abbiano determinato a carico della Stazione Appaltante nuove spese di progettazione e/o maggiori costi, e stabiliscono che il progettista incaricato, contestualmente alla sottoscrizione del contratto, produca una dichiarazione di una compagnia di assicurazioni contenente l'impegno a rilasciare la polizza di responsabilità civile professionale con specifico riferimento ai lavori progettati, da emettersi poi al momento dell'approvazione del progetto.

Le disposizioni richiamate, dettate con specifico riguardo all'attività dei progettisti, hanno la precipua funzione di tutelare la stazione appaltante, a far data dall'approvazione degli elaborati progettuali, e sino al collaudo provvisorio, dai rischi derivanti da eventuali ulteriori oneri di progettazione.

Appare evidente, dunque, che il legislatore abbia inteso dettare per gli affidamenti di incarichi tecnici una specifica disciplina delle garanzie che mira a tutelare la stazione appaltante dai rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività professionale, il che porta ad escludere l'applicazione a tali affidamenti delle ulteriori garanzie previste negli artt. 75 e 113 del D.lgs.163/2006.

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato con la sentenza della Sez. V del 13 marzo 2007 n. 1231, correttamente citata dall'esponente; in tale pronuncia si afferma espressamente che *"Il legislatore, invero, ha inteso disciplinare in maniera differente le garanzie che devono essere presentate dall'esecutore dei lavori pubblici rispetto a quelle che devono essere presentate dai progettisti degli stessi"*.

Stante il carattere esclusivo della disciplina prevista in tema di garanzie per i progettisti, dunque, sarebbe da ritenersi non conforme alla normativa in materia di incarichi di progettazione il bando di gara che, per quanto riguarda i servizi di ingegneria riguardanti la progettazione (preliminare, definitiva ed esecutiva) e la direzione lavori, richieda la presentazione della cauzione provvisoria e di quella definitiva in aggiunta alla polizza per responsabilità professionale; diversamente si finirebbe per determinare un illegittimo aggravamento degli oneri di accesso alla gara a carico del progettista.

**Atteso che la descrizione del servizio da affidare da parte del Comune di Reggello si incentra essenzialmente in attività di progettazione e di direzione dei lavori, escludendosi nel contempo la fase dell'esecuzione dei lavori di consolidamento di un dissesto franoso, la stazione appaltante non avrebbe potuto richiedere altre garanzie oltre quella prevista per i progettisti dal citato art. 111.**

Pertanto, nel caso di specie, l'espressa previsione contenuta nel bando di gara circa l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 non può trovare applicazione in quanto in contrasto con la normativa vigente e la consolidata giurisprudenza di settore.

In base a quanto sopra considerato

#### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione non sia conforme alla normativa e alla giurisprudenza di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2011

*Il Segretario Maria Esposito*