

## **Determinazione n. 6 del 11/07/2007**

### **Garanzie nelle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione**

#### **IL CONSIGLIO**

##### **Considerato in fatto**

L'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Alessandria ha richiesto un parere a questa Autorità in ordine ad una procedura di gara indetta dalla medesima Provincia per l'affidamento di incarichi di progettazione; nel relativo bando è richiesta, ai professionisti concorrenti, la presentazione di una cauzione provvisoria ai sensi dell'articolo 75 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (di seguito Codice) e di una cauzione definitiva, ai sensi dell'articolo 113 del medesimo decreto legislativo.

A parere dell'Ordine tali richieste sarebbero contrarie alle disposizioni del Codice che, all'art. 111, recepisce il previgente articolo 30, comma 5, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 che disciplina compiutamente le garanzie del progettista, mentre gli articoli 75 e 113 si riferirebbero alle garanzie degli esecutori di lavori pubblici oppure di contratti di forniture o servizi, diversi da quelli di ingegneria attinenti ai lavori pubblici, disciplinati unicamente dal suddetto articolo 111.

La Provincia di Alessandria ha invece evidenziato che l'articolo 91 del Codice, che disciplina gli affidamenti dei servizi di ingegneria, fa rinvio esplicito alla Parte II, Titoli I e II del Codice, che comprendono anche gli articoli 75 e 113 relativi rispettivamente alla cauzione provvisoria ed a quella definitiva; non sussistono in tali disposizioni deroghe espresse per gli affidamenti di incarichi tecnici, né si rinvencono incompatibilità tra dette cauzioni e la polizza di responsabilità civile del progettista, in quanto garanzie operanti in riferimento a rischi diversi: a tutela dalla mancata stipula del contratto è posta la cauzione provvisoria; a tutela da inadempienze o negligenze o mancata consegna degli elaborati è posta la cauzione definitiva; per errori o omissioni nella progettazione, emergenti dopo la consegna del progetto, è posta la polizza professionale.

Stante il rilievo della questione ed il coinvolgimento di numerosi interessi di settore, l'Autorità ha convocato in audizione, in data 9 maggio 2007, i rappresentanti del Ministero delle Infrastrutture, del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani e dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Alessandria.

Sulla base delle considerazioni svolte in tale sede ed al fine di dirimere l'illustrato contrasto interpretativo sull'argomento, l'Autorità ritiene necessario emanare il presente atto a carattere generale.

##### **Ritenuto in diritto**

In via preliminare sembra opportuno richiamare le disposizioni del Codice in materia di garanzie, precisando nel contempo che la disciplina dettata dalla legge n. 109/1994 e s.m. è stata estesa anche agli appalti di servizi e forniture.

Invero, nel predetto decreto legislativo la disciplina delle garanzie è contenuta in una serie di disposizioni ed in particolare negli art. 75 (cauzione provvisoria), art. 113 (cauzione definitiva), art. 111 (garanzie dei progettisti), art. 129 (garanzie e coperture assicurative per i lavori pubblici), art. 253, comma 19 (disposizioni transitorie in materia di garanzie).

Ai sensi del citato articolo 75 l'offerta, al momento della sua presentazione, deve essere corredata da una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, con le modalità ivi previste, a copertura della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, da svincolare automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto stesso.

L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risulti affidatario; a norma di tale ultima disposizione, che disciplina

altresì le modalità di costituzione della garanzia, questa copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione.

A norma del successivo articolo 129, inoltre, all'esecutore dei lavori è richiesta, in aggiunta alle garanzie sopra indicate, una polizza assicurativa che tenga indenni le amministrazioni da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati (salvo quelli derivanti da erronea o insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore).

Si richiama, infine, l'art. 111 del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale nei contratti relativi a lavori, il progettista o i progettisti incaricati della progettazione devono essere muniti, a far data dall'approvazione rispettivamente del progetto posto a base di gara ovvero del progetto esecutivo, 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 deve coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, anche i maggiori costi che la stazione appaltante deve sopportare per le eventuali varianti di cui all'articolo 132, comma 1, lettera e), restando necessarie in corso di esecuzione. La mancata presentazione da parte dei progettisti della polizza di garanzia esonera le amministrazioni pubbliche dal pagamento della parcella professionale.

Dall'illustrato quadro normativo emerge, quindi, una disciplina delle garanzie piuttosto frammentaria, in quanto contenuta in diverse disposizioni, sì da lasciare spazio a dubbi interpretativi in ordine all'estensione delle garanzie provvisoria e definitiva ai progettisti.

E ciò soprattutto con riferimento a quanto statuito dall'art. 91, comma 1, del Codice ai sensi del quale "per l'affidamento di incarichi di progettazione di cui all'articolo 90 di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice, ovvero, per i soggetti operanti nei settori di cui alla parte III, le disposizioni ivi previste".

Da tale disposizione sembrerebbe derivare l'estensione delle garanzie previste dai citati articoli 75 e 113 - contemplate proprio nella parte II, Titolo I del Codice - anche alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione, con il conseguente obbligo per i progettisti di corredare la propria offerta con la garanzia provvisoria e definitiva, in aggiunta a quella contemplata nell'art. 111 del Codice.

Al riguardo tuttavia occorre considerare le differenti finalità perseguite con le diverse forme di garanzia sopra richiamate.

La cauzione provvisoria è richiesta come garanzia della serietà dell'offerta presentata dai partecipanti, con la funzione di garantire la sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario; l'efficacia della stessa è limitata fino alla stipula del contratto, posto che da tale momento opera la garanzia definitiva di cui all'art. 113, posta a tutela dell'amministrazione per i pregiudizi derivanti dall'eventuale violazione degli obblighi contrattuali.

Garanzie, quindi, caratterizzate da una sostanziale correlazione e continuità operativa, tanto che la prima viene svincolata alla stipula del contratto ed escussa automaticamente in caso di mancata sottoscrizione dello stesso (art. 113, comma 4, Codice).

Occorre quindi stabilire se simili garanzie siano compatibili con la disciplina degli incarichi di progettazione o se invece siano riferite esclusivamente agli esecutori.

Invero, dall'esame del quadro normativo di settore appare 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.

E' quanto può desumersi dalla disciplina contenuta nel Codice che distingue l'art. 111, dedicato esclusivamente alle garanzie dei progettisti, dagli artt. 75 e 113 riferiti invece agli esecutori.

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.

Infatti, riguardo a tale garanzia - anche in considerazione delle caratteristiche della prestazione richiesta ai progettisti, ovvero un'opera intellettuale, remunerata a tariffa e a consuntivo - il Legislatore ha specificato nell'art. 111 del Codice che tale garanzia 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 disposizione va inoltre coordinata con gli articoli 105 (progettista esterno) e 106 (progettista interno) del D.P.R. 554/1999 che, come noto, continua a trovare applicazione - per quanto compatibile con le norme del Codice - in attesa dell'emanazione del nuovo regolamento attuativo.

Ebbene, ai sensi della predetta disciplina regolamentare, per maggior costo deve intendersi la differenza fra i costi e gli oneri che la stazione appaltante deve sopportare per l'esecuzione dell'intervento a causa dell'errore o omissione progettuale ed i costi e gli oneri che essa avrebbe dovuto affrontare per l'esecuzione di un progetto esente da errori ed omissioni; mentre per nuove spese di progettazione si intendono gli oneri di nuova progettazione, nella misura massima del costo iniziale di progettazione sostenuti dalle stazioni appaltanti qualora, per motivate ragioni, affidino con le procedure di cui alla Legge ed al regolamento, la nuova progettazione ad altri progettisti anziché al progettista originariamente incaricato.

Tali disposizioni stabiliscono inoltre che il progettista incaricato, contestualmente alla sottoscrizione del contratto, deve produrre una dichiarazione di una compagnia di assicurazioni contenente l'impegno a rilasciare la polizza di responsabilità civile professionale con specifico riferimento ai lavori progettati. La relativa polizza sarà poi emessa al momento dell'approvazione del progetto.

*Ratio* delle disposizioni sopra riportate è dunque quella di tutelare la stazione appaltante, a far data dall'approvazione degli elaborati progettuali - e per tutta la durata dei lavori, sino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio - dai rischi derivanti da eventuali ulteriori oneri di progettazione nelle circostanze illustrate.

Come si vede, dunque, sussiste per gli affidamenti di incarichi tecnici una specifica disciplina delle relative garanzie che, coprendo i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività professionale, porta ad escludere l'applicazione delle ulteriori garanzie previste negli artt. 75 e 113 del Codice.

La polizza contemplata dal citato articolo 111, deve cioè intendersi come esclusiva ed omnicomprensiva; in tal senso, il rinvio alla Parte II, Titolo I e II del Codice, per gli affidamenti di incarichi tecnici di importo superiore ai 100.000 euro, contenuto nell'art. 91, comma 1, deve intendersi come riferito alle sole parti del D.Lgs. n. 163/2006 compatibili con la disciplina relativa a tali incarichi e non, invece, come rinvio tout court alle suddette disposizioni del Codice.

Una simile considerazione sembra, altresì, avvalorata dalle disposizioni dell'articolo 129 del Codice, ai sensi del quale "fermo restando quanto disposto dall'articolo 75 e dall'articolo 113, l'esecutore dei lavori è altresì obbligato a stipulare una polizza assicurativa che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, salvo quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore, e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione". Il chiaro riferimento agli articoli 75 e 113 ai soli esecutori e l'esclusione dalla polizza ivi disciplinata della copertura dei danni derivanti dalla erronea o insufficiente progettazione - questi ultimi coperti dalla polizza ex 111 del d.lgs. 163/2006 - sembrano confermare l'intento del legislatore di separare le due discipline e la conseguente impossibilità di estendere ed applicare al progettista le garanzie riferite al solo esecutore.

Si ribadisce, infatti, che ai sensi dell'art. 111 del Codice ed in ragione della illustrata specificità delle prestazioni professionali dei progettisti, la polizza di responsabilità civile ivi disciplinata copre (tutti) i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività tecniche - per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio - come sopra indicati.

Una garanzia, quindi, omnicomprensiva cui è connesso, peraltro, in caso di mancata presentazione della stessa, l'esonero per le amministrazioni medesime dal pagamento della parcella professionale.

Le considerazioni sopra illustrate inducono quindi a ritenere la richiesta di ulteriori garanzie al progettista rispetto alla polizza di responsabilità civile non solo un duplicato di garanzie a favore dell'Amministrazione, ma anche una violazione dell'illustrata *ratio* normativa tesa a distinguere, in ragione delle differenti finalità, le relative discipline.

A ciò si aggiunga un aspetto non meno rilevante della questione.

La richiesta al progettista delle predette ulteriori garanzie sostanzierebbe un onere economico aggiuntivo a carico dello stesso, con aggravamento degli adempimenti di accesso alla gara, sì da minare l'effettivo svolgimento della concorrenza in tale settore, soprattutto con riferimento ai giovani professionisti.

Si produrrebbe, infatti, un aggravio a carico degli stessi, non supportato da espressi riferimenti normativi e con il risultato, peraltro, di determinare un trattamento di sfavore nei confronti dei progettisti rispetto agli esecutori, in quanto destinatari di oneri maggiori rispetto a questi ultimi.

Del resto, come considerazione conclusiva, può evidenziarsi che quest'ultima disposizione riproduce, con adattamenti, l'art. 30, comma 5, della previgente legge n. 109/1994 e s.m., con ciò confermando la pregressa *ratio* normativa in ordine alla omnicomprensività della garanzia ivi contemplata.

Circostanza, questa, che consente di richiamare l'orientamento espresso dall'Autorità sull'argomento in vigore della legge n. 109/1994 e s.m..

Si evidenzia al riguardo, in particolare, la deliberazione n. 51 del 31/03/2004, nella quale è stato sottolineato come l'articolo 30 della predetta legge disciplini organicamente il sistema delle garanzie negli appalti di lavori pubblici e negli affidamenti di incarichi tecnici di progettazione e che, pertanto, la cauzione provvisoria e la cauzione definitiva dovessero essere richieste esclusivamente negli appalti per l'esecuzione di lavori, con esclusiva richiesta, negli affidamenti degli incarichi tecnici, della sola polizza di cui all'articolo 30, comma 5, della legge quadro, determinandosi in caso contrario un aggravamento degli oneri di accesso alla gara di appalto a carico del progettista, con possibili effetti limitativi della concorrenza.

Peraltro, l'avviso espresso dall'Autorità ha trovato conferma nella più recente giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato sez. V, 13/3/2007 n. 1231) che, seppure riferita al previgente quadro normativo, la cui *ratio* - si ripete - è stata confermata nel D.Lgs. n. 163/2006, può ritenersi estensibile al vigente ordinamento.

Ebbene, in merito può osservarsi come il giudice amministrativo, sulla base delle medesime motivazioni espresse dall'Autorità, ha confermato la natura esclusiva della polizza già prevista nell'art. 30, comma 5, della legge n. 109/1994, ritenendo la richiesta delle ulteriori cauzioni un onere aggiuntivo a carico del progettista, in contrasto con il principio di non aggravamento del procedimento. In sostanza, secondo il giudice amministrativo, le stazioni appaltanti sono già tutelate dalla predetta polizza rispetto agli inadempimenti dei progettisti.

Alla luce di tutto quanto sopra e stante il tenore dell'art. 111 del D.Lgs. n. 163/2006, che non ha mutato nella sostanza la disciplina delle garanzie del progettista, già contemplata all'art. 30, comma 5, della legge n. 109/1994, l'interpretazione fornita dall'Autorità in ordine all'esclusività della polizza ivi contemplata in capo al progettista può ritenersi ancora attuale e, come tale, riferibile anche alla predetta disposizione del Codice.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

Ritiene 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;
- 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.

Il Presidente Relatore: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 26 Luglio 2007

Il Segretario: Maria Esposito