La garanzia della cauzione non viene prevista nelle gare d'appalto di progettazione in quanto la serietà dell'offerta non si focalizza, come negli appalti di esecuzione, esclusivamente sull'elemento economico della stessa, essendo detta attività remunerata a tariffa ed a consuntivo e per la quale assumono particolare rilievo la capacità progettuale del concorrente e la sua professionalità

Art 277 dello schema di regolamento al codice dei contratti: ai servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo, del progetto esecutivo e del piano di sicurezza e di coordinamento nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 130 del codice, secondo le procedure e con le modalità previste dalle disposizioni del presente titolo nonché agli affidamenti della direzione dei lavori e delle attività tecnico-amministrative connesse alla direzione dei lavori e il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione, sono applicabili le norme di cui agli articoli 75 (cauzione provvisoria) e 113 (fideiussione definitiva), con esclusione della redazione della progettazione e del piano di sicurezza e di coordinamento, e ai compiti di supporto alle attività del responsabile del procedimento (tratto da C.St. 13.03.2007 n: 1231: _ deve 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 dei lavori, richieda la presentazione della cauzione provvisoria e di quella definitiva_)

A cura di Sonia Lazzini

Si legge nella relazione alla bozza di regolamento:

TITOLO III – GARANZIE

Art. 277

Si tratta di una disposizione di rinvio alle norme applicabili del codice e del presente regolamento con riferimento alla garanzia provvisoria e definitiva, ai requisiti dei fideiussori, alle garanzie di raggruppamenti temporanei. Si specifica che ai servizi concernenti la redazione della progettazione e del piano di sicurezza non si applicano gli articoli 75 e 113 del codice in conformità a quanto stabilito nella recente sentenza 13 marzo 2007, n. 1231 del Consiglio di Stato – Sezione V, che ritiene un aggravio del procedimento la richiesta della cauzione provvisoria e definitiva ai progettisti, tenuti invece a munirsi della polizza civile professionale prevista dall'articolo 30, comma 5 della legge n. 109/1994 ora articolo 111, comma 1, del codice.

Il Consiglio di Stato nel parere del 17 settembre 2007 non ha trovato nulla da dire riguardo a questa norma

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1231 del 13 marzo 2007 emessa dal Consiglio di Stato

< Quanto al merito, i ricorrenti in primo grado hanno impugnato il bando della gara per l'aggiudicazione dell'incarico di progettazione, nella parte in cui prescrive, ai fini dell'ammissione, oltre alla presentazione di una polizza di responsabilità civile e professionale, anche il versamento di una cauzione provvisoria pari al 2% della base d'asta e di una cauzione definitiva del 10% dell'importo contrattuale.

Il giudice di prime cure, ritenuto che, conformemente a quanto dedotto in ricorso, l'art. 30 L. 11 febbraio 1994, n. 109 consente alle Amministrazioni destinatarie di richiedere una cauzione unicamente nelle gare per l'affidamento dell'esecuzione di lavori, mentre per quelle che hanno per oggetto l'affidamento dei (soli) incarichi di progettazione esse possono chiedere solo la prestazione di una copertura assicurativa per la responsabilità civile e professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento

delle attività di competenza, con sentenza emessa in forma semplificata, in ragione della sua manifesta fondatezza, accoglieva il ricorso, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

In primo luogo l'appellante lamenta una errata e/o insufficiente motivazione, ritenendo che il TAR Piemonte abbia trascurato di considerare che il bando oggetto di contestazione è inteso a disciplinare l'affidamento di un appalto pubblico di servizi.

Il motivo è destituito di fondamento.

Nel caso di specie trattasi di un appalto pubblico di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, per cui trova applicazione non il D. Lgs. n. 157/95, ma la L. n. 109/94 (unitamente al relativo regolamento di attuazione introdotto con il D.P.R. n. 554/99: v. titolo IV), che disciplina tutte le attività connesse con la realizzazione di un'opera pubblica, ivi comprese quella professionale di progettazione, direzione lavori ed attività tecnico-amministrative connesse.

Il titolo IV del D.P.R. n. 554/99 disciplina l'affidamento di tutti i servizi di ingegneria, sia di importo sotto soglia (art. 62 D.P.R. n. 554/99), sia di importo sopra soglia (art. 65), ad eccezione, in quest'ultimo caso, di alcuni elementi delle procedure di gara precisati dettagliatamente dal comma 2 dell'art. 65 ("alle procedure di cui al comma 1 si applicano le norme comunitarie e nazionali per quanto riguarda i termini, i bandi, gli avvisi di gara") e dall'art. 69, limitatamente ai quali, e soltanto ad essi, si rimanda al D. Lgs. n. 157/95

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.

La presentazione di garanzie da parte del progettista è compiutamente disciplinata dalle disposizioni di cui agli artt. 30, comma 5, della legge n. 109/94 e 105 del D.P.R. n. 554/99, restando la disciplina di cui allo stesso articolo 30, commi 1 e 2, specifica per gli esecutori dei lavori.

Inoltre, occorre tener presente che con la previsione di cui al comma 7 del citato art. 30 della legge quadro ("sono soppresse le altre forme di garanzia e le cauzioni previste dalla normativa vigente"), il legislatore ha ritenuto esaustivo il sistema previsto, sopprimendo tutte le altre forme di garanzia previste dalla precedente normativa.

In forza di tali principi, deve pertanto, 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 dei lavori, richieda la presentazione della cauzione provvisoria e di quella definitiva.

Il comma 5 del suindicato art. 30 prescrive l'obbligo in capo al progettista unicamente della presentazione di una polizza assicurativa di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento della propria attività.

Il sistema delle garanzie previsto dalla legge non è suscettibile, invero, di interpretazioni estensive e, d'altro canto, l'attività amministrativa deve essere incentrata sul principio di non aggravamento del procedimento; in tal senso, la richiesta della cauzione nei confronti del progettista si risolverebbe in un ulteriore onere economico a carico del progettista medesimo, la cui eventuale responsabilità, invece, si concretizza in un momento successivo a quello della partecipazione alla gara e riguarda specificamente il risultato ancora da compiersi, la progettazione, nel caso in cui si evidenzino degli errori e/o omissioni nella redazione dei progetti. La richiesta delle due tipologie di cauzioni, provvisoria e definitiva, in

aggiunta alla polizza di cui all'art. 30, comma 5, della legge quadro, determinerebbe, pertanto, un aggravamento degli oneri di accesso alla gara di appalto a carico del progettista del tutto ingiustificato.

E, infatti, l'art. 30, comma 5, della L. n. 109/94 ha previsto l'obbligo della copertura assicurativa per il progettista incaricato della progettazione esecutiva.

La polizza ha validità per tutta la durata dei lavori fino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio.

Tale polizza copre la responsabilità del progettista per tutti i rischi connessi a errori od omissioni che determinino un aggravio di spese per la stazione appaltante, sia relative a nuove spese di progettazione sia a nuovi costi.

La cauzione provvisoria e la cauzione definitiva hanno, invece, la funzione di soddisfare esigenze differenti rispetto alla previsione della polizza di responsabilità civile e professionale.

La cauzione provvisoria trova la sua ratio nell'esigenza di garantire nelle procedure concorsuali la serietà dell'offerta presentata dai partecipanti.

Occorre, tuttavia, considerare che negli appalti di progettazione, la serietà dell'offerta non si focalizza, come negli appalti di esecuzione, esclusivamente sull'elemento economico della stessa, essendo detta attività remunerata a tariffa ed a consuntivo. Infatti, di norma, l'elemento prezzo è solo uno degli elementi caratterizzanti l'offerta, trattandosi generalmente di appalti affidati tramite il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ove assumono particolare rilievo altri elementi, come la capacità progettuale del concorrente e la sua professionalità. Proprio per tali motivi la garanzia della cauzione non viene prevista nelle gare d'appalto di progettazione.

La cauzione definitiva ha, invece, la funzione di assicurare la stazione appaltante per il pregiudizio patito in conseguenza dell'eventuale violazione degli obblighi contrattuali.

Funzione che viene espletata dalla garanzia di cui all'art. 30, comma 5, della legge quadro ed all'art. 105 del Regolamento. La richiesta aggiuntiva di una cauzione definitiva verrebbe a costituire un duplicato di garanzia, e di conseguenza sostanzierebbe un onere aggiuntivo a carico del progettista.

Per le ipotesi di ritardato adempimento delle obbligazioni contrattuali, infine, il Regolamento, all'art. 56, ha previsto la specifica norma delle penali sulla progettazione, da inserirsi nei disciplinari di affidamento. Inoltre, l'art. 105, comma 5, del Regolamento dispone che, nel caso in cui il pagamento del corrispettivo professionale sia dal contratto frazionato in via di anticipazione non correlata allo svolgimento per fasi del progetto, ciascuna anticipazione in acconto è subordinata alla costituzione di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'acconto medesimo; il saldo è corrisposto solo a seguito della presentazione della polizza.

A tutto ciò si aggiunga quanto previsto dall'art. 66 D.P.R. n. 554/99 in ordine ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare, che di fatto viene a costituire una ulteriore garanzia>

Anche l'allora Autorità dei llpp era stato dello stesso avviso:

<

Gli obblighi assicurativi per i progettisti esecutivi di opere pubbliche sono unicamente quelli contenuti nell'articolo 30 comma 5 della Legge 109/94 s.m.i. L'art. 105 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, inoltre, precisa compiutamente le nozioni di "nuove spese di progettazione" e di "maggiori costi" che

sostanziano le ipotesi a copertura delle quali viene richiesta la presentazione della polizza obbligatoria (escludendo quindi una garanzia base di RCT: sic!)

La richiesta delle due tipologie di cauzioni, provvisoria e definitiva, in aggiunta alla polizza di cui all'art. 30, comma 5, della legge quadro, determinerebbe pertanto un aggravamento degli oneri di accesso alla gara di appalto che può comportare una effettiva limitazione della concorrenza

Così si esprime l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici con la Deliberazione n. 51 (AG 12/04) del 31/03/2004 - Articolo 30 - Codice 30.1 segnalando che per quanto concerne l'attività di progettazione, il comma 5 del dell' art. 30 della L. 109/94 s.m.i. prescrive l'obbligo in capo al progettista unicamente della presentazione di una polizza assicurativa di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento della propria attività.

La ratio della norma che è quella di tutelare la S.A., a far data dall'approvazione del progetto, per i rischi derivanti da eventuali ulteriori oneri di progettazione per errori ed omissioni nella redazione del progetto esecutivo posto a base dell'appalto dei lavori.>

Queste le due norme principali di riferimento

PARTE III - CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A SERVIZI ATTINENTI ALL'ARCHITETTURA E ALL'INGEGNERIA NEI SETTORI ORDINARI

TITOLO I - DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 261

Ambito di applicazione

(art. 50, d.P.R. n. 554/1999)

1. Al presente titolo si applicano le disposizioni di cui agli articoli 5 e 6.

2. Quando ricorre una delle situazioni previste dall'articolo 90, comma 6, del codice, le stazioni appaltanti affidano ai soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), g) e h) del codice i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo, del progetto esecutivo e del piano di sicurezza e di coordinamento nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 130 del codice, secondo le procedure e con le modalità previste dalle disposizioni del presente titolo. Sono altresì affidabili la direzione dei lavori, le attività tecnico-amministrative connesse alla direzione dei lavori e il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione.

TITOLO III – GARANZIE

Art. 277

Disposizioni applicabili

Ai servizi di cui all'articolo 261, con esclusione della redazione della progettazione e del piano di sicurezza e di coordinamento, e ai compiti di supporto alle attività del responsabile del procedimento, si applicano le disposizioni previste dagli articoli 75 e 113 del codice. Ai servizi di cui all'articolo 261 si applicano altresì le disposizioni previste dagli articoli 125 e 126 del regolamento.