

La presentazione di garanzie da parte del progettista deve ritenersi compiutamente disciplinata dall'art. 111 e la polizza prevista da questa norma deve essere intesa come "esclusiva e omnicomprensiva", restando la disciplina di cui agli artt. 75 e 113, commi 1 e 2, specifica per gli esecutori dei lavori ad essi riservata. L'annullamento della disposizione attinente alla presentazione della doppia fideiussione, in quanto condizione necessaria richiesta nella lettera di invito (lex specialis) per ottenere l'affidamento dell'incarico de quo, travolge inevitabilmente tutta la procedura di gara e, quindi, tutti i successivi provvedimenti impugnati nel ricorso, provocando la caducazione automatica degli stessi, atteso che detti provvedimenti sono conseguenti alla lettera di invito e con questa necessariamente collegati

gara mediante procedura negoziata, avente ad oggetto il conferimento dell'incarico inerente la progettazione statica, la progettazione degli impianti tecnologici (sanitario, termico ed elettrico) nonché il coordinamento per la sicurezza, relativamente alla ristrutturazione di una scuola elementare: è legittima la richiesta di cauzioni provvisoria e definitiva?

A tale proposito viene in considerazione l'art.111 del d.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici - di seguito denominato: Codice), che, per quanto qui di interesse, testualmente recita: "Nei contratti relativi a lavori, il progettista o i progettisti incaricati della progettazione posta a base di gara e in ogni caso della progettazione esecutiva devono essere muniti, a far data dall'approvazione rispettivamente del progetto posto a base di gara e 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 del progettista o dei progettisti deve coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, anche i maggiori costi che la stazione appaltante deve sopportare per le varianti di cui all'articolo 132, comma 1, lettera e), rese necessarie in corso di esecuzione---omissis". L'art. 75 del Codice richiede la prestazione di una cauzione provvisoria, il successivo art. 113 una cauzione definitiva e l'art 129 prevede che l'esecutore dei lavori, in aggiunta a dette garanzie, debba produrre una polizza assicurativa per determinati rischi di esecuzione. Il Consiglio dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture (di seguito denominata: Autorità), con determinazione n. 6 di data 11 luglio 2007, ha affrontato la complessa problematica relativa alle garanzie nelle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione. **In particolare l'Autorità ha precisato innanzitutto, che le varie forme di garanzia richieste dalla normativa hanno finalità diverse tra loro, e precisamente che la cauzione provvisoria garantisce "la serietà dell'offerta presentata dai partecipanti, con la funzione di garantire la sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario" e che l'efficacia della stessa è limitata fino alla stipulazione del contratto, dato 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".** Ritiene, quindi, l'Autorità che tali garanzie siano applicabili solamente agli esecutori dei lavori e non siano compatibili con la disciplina degli incarichi di progettazione. A tal fine evidenzia che il legislatore 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 e che ciò sia desumibile 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", prevedendo l'art. 111 una "disciplina speciale ed esaustiva per i professionisti, per i quali si ritiene operare la sola polizza

**di responsabilità civile dei progettisti”, anche in considerazione delle “caratteristiche della prestazione richiesta ai progettisti, ovvero un’opera intellettuale”.**

E’ fondamentale, in tema di presentazione di assicurazioni e/o cauzioni in un appalto di progettazione, quanto ci insegna il Tar Trentino Alto Adige; Provincia di Bolzano con la sentenza numero 401 del 10 dicembre 2008

< La presentazione di garanzie da parte del progettista, deve, conseguentemente, ritenersi compiutamente disciplinata dall’art. 111 e la polizza prevista da questa norma deve essere intesa come”esclusiva e omnicomprensiva”, restando la disciplina di cui agli artt. 75 e 113, commi 1 e 2, specifica per gli esecutori dei lavori ad essi riservata.

**Inoltre, occorre tener presente che il Consiglio di Stato (sez V, 13.3.2007, n. 1231) ha stabilito che, con la previsione di cui al comma 7 dell’art. 30 della legge n. 109 /1994 (la c.d. legge quadro), per il quale “sono soppresse le altre forme di garanzia e le cauzioni previste dalla normativa vigente”, il legislatore abbia ritenuto esaustivo il sistema previsto, sopprimendo tutte le altre forme di garanzia previste dalla precedente normativa e che “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”.**

Secondo l’Autorità, questa recente giurisprudenza, pur riferendosi al precedente quadro normativo, è tutt’ora attuale ed estensibile al vigente ordinamento, in quanto la ratio della normativa precedente (legge quadro) è stata confermata nel d.lgs. 163/2006.

L’Autorità, come già rilevato dal Supremo Consesso nella decisione citata, evidenzia, inoltre, che **l’attività amministrativa deve essere incentrata sul principio di non aggravamento del procedimento e che in tal senso la richiesta di ulteriori garanzie al progettista, rispetto alla polizza di responsabilità civile, si risolverebbe, non solo in un duplicato di garanzie a favore dell’Amministrazione, ma anche in una “violazione dell’illustrata ratio normativa tesa a distinguere, in ragione delle differenti finalità, la relative discipline” e costituirebbe, altresì, un ulteriore onere economico a carico del progettista medesimo, con aggravamento degli oneri di accesso alla gara a carico dello stesso, “sì da minare l’effettivo svolgimento della concorrenza in tale settore, soprattutto con riferimento ai giovani professionisti”.**

Né si può obiettare che la procedura di gara attivata dal Comune di Laives è sotto soglia- essendo il prezzo base di Euro 95.000,00 -e, quindi, inferiore ad Euro 100.000,00- e che, conseguentemente, l’Amministrazione avrebbe potuto prevedere “regole molto libere e duttili, purchè, ovviamente, non illogiche o irrazionali” (memoria conclusiva del Comune, pag. 3), in quanto, nella lettera di invito, con riferimento alla cauzione definitiva, viene richiamato espressamente l’art. 113 del d.lgs. 163/2006 e, quindi, la normativa delle gare sopra soglia. Ciò viene riconosciuto dallo stesso Comune nella precitata memoria conclusiva, ove, sempre a pag. 3 si legge, testualmente, che “l’Amministrazione, nella sua discrezionalità, ha preferito richiamare anche norme dettate per gare superiori ad Euro 100.000,00”.

Per queste considerazioni i motivi aggiunti, in punto, meritano accoglimento e l’assorbimento della doglianza testé esaminata, esonera il Collegio dalla trattazione delle ulteriori censure negli stessi dedotte, con conseguente annullamento della lettera del 12 giugno 2008, prot. n. 24682, di invito a partecipare alla gara, nella parte in cui dispone che l’offerta avrebbe dovuto “essere corredata da una fideiussione

provvisoria nell'importo del 2% di Euro 95.000,00, ossia Euro 190.000,00" (rectius Euro 1900,00) e che l'aggiudicatario avrebbe dovuto "poi prestare cauzione definitiva secondo quanto previsto dall'art. 113 del citato decreto" (ossia del D.P.R. – 12 aprile 2006, n. 163).

All'annullamento di questa disposizione consegue, necessariamente, l'illegittimità dell'esclusione dell'ing.ALFA dalla gara, per aver presentato una fideiussione provvisoria riferita solamente a sé stesso e non anche agli altri professionisti che avevano sottoscritto l'offerta; con la conseguenza che va annullata anche la deliberazione n. 368 del 12 settembre 2008, unitamente a tutti i provvedimenti aggrediti con i motivi aggiunti.

L'annullamento dell'esclusione de quo determina la sussistenza di interesse da parte dell'ing.ALFA (e, conseguentemente anche degli altri ricorrenti) alla proposizione del ricorso principale, dovendosi, conseguentemente, rigettare l'eccezione sollevata, sia dall'Amministrazione che dal controinteressato ing. BETA, relativa al venir meno dell'interesse dei ricorrenti alla decisione del ricorso, dopo che la Giunta comunale di Laives aveva escluso l'ing.ALFA dalla gara>

A cura di Sonia Lazzini

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa**  
**Sezione Autonoma per la Provincia di DELTAo**  
costituito dai magistrati:

**N. 401/2008      Reg. Sent.**  
**N. 259/2008      Reg. Ric.**  
**depositato il**  
**10.12.2008**

Marina ROSSI DORDI - Presidente

Hugo DEMATTIO - Consigliere

Luigi MOSNA - Consigliere relatore

Margit FALK EBNER - Consigliere

ha pronunciato la seguente

### **S E N T E N Z A**

sul ricorso iscritto al n. **259** del registro ricorsi **2008**

**presentato da**

**Dott. ing. Massimo ALFA**, in proprio e quale capogruppo mandatario della costituenda ATI tra professionisti con dott. ing. Hansjörg ALFADUE ed ing. Enzo ALFATRE, **dott. ing. Hansjörg ALFADUE** ed ing. **Enzo ALFATRE**, rappresentati e difesi dagli avv.ti Annamaria Gagliardi e Ulrike Oberhammer, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultima, in BOLZANO, Viale Stazione n. 5, giusta mandato speciale a margine del ricorso,

**- ricorrenti -**

**c o n t r o**

**COMUNE di LAIVES**, in persona del Sindaco p.t., che sta in giudizio in forza della deliberazione della Giunta Municipale n. 200 dd. 23.5.2008, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Paolucci e Rolando Roffi con elezione di domicilio presso lo studio dell'avv. Giovanni Polonioli in BOLZANO, Via Carducci n. 3 giusta delega in calce dell'atto di costituzione,

**- resistente -**

**e nei confronti di**

**dott. Ing. BETA Luciano**, rappresentato e difeso dagli avv.ti Hartmann Reichhalter e Elohim Rudolph-Ramirez, con elezione di domicilio presso lo studio degli stessi in BOLZANO, Piazza Walther n. 28, giusta delega a margine dell'atto di costituzione, **- controinteressato -**

**nonché nei confronti di**

**dott. Ing. DELTA Marina**, **- non costituita -**

**per l'annullamento**

1. del verbale della Commissione di gara dd. 17.07.2008 prot. n. 13216/LL.PP./fe (doc. 1.) avente ad oggetto l'aggiudicazione provvisoria al dott. ing. BETA del servizio di progettazione statica, degli impianti tecnologici (sanitario, tecnico ed elettrico) nonché del coordinamento per la sicurezza afferente alla progettazione della scuola elementare "Collodi" di Pineta di Laives, nella parte in cui ammette alla gara l'offerta del dott. ing. BETA;
2. del documento (verbale) dd. 22.07.2008 prot. n. 13523/LL.PP./ed avente ad oggetto "Procedura negoziata. Verifica congruità progettazione statica, degli impianti tecnologici (sanitario, tecnico ed elettrico) nonché del coordinamento per la sicurezza afferente alla progettazione della scuola elementare "Collodi" di Pineta di Laives" (doc. 2);
3. della deliberazione della Giunta comunale di Laives n. 324 del 06.08.2008 di approvazione dei verbali dd. 17.07.2008 e 22.07.2008 e conferimento all'ing. Luciano BETA dell'incarico per la progettazione statica, la progettazione degli impianti tecnologici (sanitario, termico ed elettrico) nonché il coordinamento per la sicurezza, relativamente alla ristrutturazione della scuola elementare "C. Collodi" di Pineta di Laives per l'importo di offerta di Euro 52.991,00, (oltre oneri 2% ed IVA 20 %) (doc. 3);
4. dell'eventuale relativo contratto medio tempore stipulato con l'ing. BETA in qualità di singolo professionista o associato con dott. ing. Antonio Marinaro e p. i. Paolo de Mayda, anche se non conosciuto dai ricorrenti;
5. di qualsiasi altro atto prodromico, endoprocedimentale, consequenziale o comunque connesso, anche se non espressamente richiamato o non conosciuto comunque pregiudizievole per i ricorrenti.

ed in subordine, unicamente nel caso in cui non venissero ritenute fondate le censure in diritto di cui al punti 1., 2. e 3. del presente ricorso, anche

6. dell'intero verbale della Commissione di gara dd. 17.07.2008 prot. n. 13216/LL.PP./fe (cfr. doc. 1.) e del documento dd. 22.07.2008 prot. n. 13523/LL.PP./vin (cfr. doc. 2) in relazione all'illegittima composizione della Commissione di gara;

7. della lettera di richiesta di offerta del Comune di Laives dd. 12.06.2008 (doc. da 4 a 8);

Visto il ricorso notificato il 16.9.2008 e depositato in segreteria il 16.9.2008 con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti depositati in data 25.9.2008 con i quali sono stati impugnati i seguenti atti:

1. la deliberazione della Giunta comunale di Laives n. 368 del 12.9.2008 avente ad oggetto *“Opposizione avverso la deliberazione della Giunta comunale n. 324 del 6.8.2008 presentata dagli ingegneri Massimo ALFA e Hansjörg ALFADUE di BOLZANO e dall'ing. Enzo ALFATRE di Caldaro. Esclusione di un offerente in via di autotutela. Immediatamente eseguibile”* (doc. 24);
2. il parere datato 2.9.2008 della Commissione di gara, citato nelle premesse della deliberazione 368/2008, anche se di contenuto non conosciuto, in quanto non ancora prodotto ai ricorrenti dall'Amministrazione comunale cui è stato richiesto con lettera di accesso agli atti in data 18.9.2008 (doc. 25);
3. la lettera di richiesta di offerta del Comune di Laives dd. 12.6.2008 (doc. da 4 a 8) nella parte in cui prevede la presentazione da parte di tutti i concorrenti di una fideiussione provvisoria pari al 2% e di una **cauzione** definitiva all'aggiudicatario del servizio ai sensi dell'articolo 113 del D.Leg.vo 163/2006;
4. qualsiasi altro atto prodromico, endoprocedimentale, consequenziale o comunque connesso, anche se non espressamente richiamato o non conosciuto comunque pregiudizievole per i ricorrenti.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Laives dd. 3.10.2008 e di BETA Luciano dd. 6.10.2008;

Vista l'ordinanza n. 203 dd. 7.10.2008 di questo Tribunale con la quale è stata cautelatamente sospesa l'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dai ricorrenti;

Vista la camera di consiglio del 7.10.2008, in cui la trattazione dell'istanza cautelare è stata rinviata all'udienza di merito;

Vista la memoria prodotta;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la pubblica udienza del 19.11.2008 il consigliere Luigi Mosna ed ivi sentito gli avv.ti A. Gagliardi e U. Oberhammer per i ricorrenti, l'avv. R. Roffi per il Comune di Laives e l'avv. G. Moretti, in sostituzione dell'avv. H.Reichhalter per BETA Luciano;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## F A T T O

Il Comune di Laives, con deliberazione n. 200 del 23.5.2008 della Giunta comunale, indiceva una gara mediante procedura negoziata, avente ad oggetto il conferimento dell'incarico inerente la progettazione statica, la progettazione degli impianti tecnologici (sanitario, termico ed elettrico)

nonché il coordinamento per la sicurezza, relativamente alla ristrutturazione della scuola elementare “C. Collodi” di Pineta di Laives, per un importo a base di gara di Euro 95.000,00, oltre oneri in misura del 2/% ed IVA .

Il Direttore dell’Ufficio Lavori pubblici del Comune di Laives, con lettera del 12 giugno 2008, prot. n. 24682, invitava a partecipare alla gara i seguenti professionisti: dott. ing. Luciano BETA, dott. ing. Marina DELTA, dott. ing. Michele Carlini, dott. ing. Massimo ALFA e dott. ing. Erwin Mumelter.

In detta nota veniva precisato che l’aggiudicazione sarebbe dovuta avvenire secondo il criterio dell’offerta più bassa. Veniva, inoltre, previsto l’obbligo, per i citati professionisti invitati, in sede di presentazione dell’offerta, di “indicare il nominativo o i nominativi di altri professionisti” con i quali i concorrenti intendevano associarsi, per l’espletamento delle singole prestazioni e, veniva, contestualmente, richiesta una “dichiarazione d’impegno a costituirsi in associazione” ai sensi della “lett. d) dell’art. 90 del D.P.R. 12 aprile 2006, n. 163”, Veniva, anche, richiesto che l’offerta dovesse essere corredata da “fideiussione provvisoria nell’importo del 2% di Euro 95.000,00, ossia Euro 190.000,002” e che l’aggiudicatario avrebbe dovuto “poi prestare **cauzione** definitiva secondo quanto previsto dall’art. 113 del citato decreto” (ossia al D.P.R. – 12 aprile 2006, n. 163).

Entro il termine previsto del giorno 11 luglio 2008 solo tre professionisti presentavano un’offerta: il ricorrente dott. ing. Massimo ALFA, il dott. ing. Luciano BETA e la dott. ing. Marina DELTA, che, in un primo momento, secondo l’Amministrazione, risultavano in regola con la documentazione amministrativa richiesta ai fini dell’ammissione alla gara.

La Commissione di Gara, nelle seduta del 17 luglio 2008, aggiudicava l’incarico al dott. ing. Luciano BETA, che aveva presentato l’offerta più bassa, pari ad Euro 52.991,00, (oltre oneri 2% ed IVA 20 %), corrispondente ad un ribasso del 44,22% del prezzo base, che, come sopra precisato era di Euro 95.000,00, oltre oneri in misura del 2/% ed IVA.

I ricorrenti, con un’offerta di Euro 87.970,00 (oltre oneri ed IVA), venivano collocati al secondo posto in graduatoria mentre l’ing. DELTA risultava terza, con un’offerta di Euro 90.000,00 oltre oneri ed IVA).

La Commissione, nel relativo verbale –sottoscritto dal dott. Lorenzo Testini, dal sig. Paolo Tripodi, dal sig. Egger Florian e dalla sig.ra Erna Dipoli-, dichiarava che l’aggiudicazione era provvisoria “in quanto condizionata alla verifica della congruità dell’offerta medesima”

Successivamente, in seguito all’esame delle giustificazioni della propria offerta da parte dell’ing. BETA, questa veniva ritenuta congrua, con provvedimento dd. 22.07.2008, prot. n. 13523/LL.- a firma del dott. arch. Stefano Rebecchi, del geom. Paolo Tripodi e del dott. Lorenzo Testini (e dunque di soggetti diversi da quelli che risultavano quali componenti della Commissione di gara nel verbale del 17.07.2008).

Con successiva deliberazione n. 324 del 06.08.2008, la Giunta comunale di Laives provvedeva all’approvazione dei verbali di data 17.07.2008 e 22.07.2008 e conferiva, in via definitiva, all’ing. Luciano BETA l’incarico de quo.

L’ing.ALFA, nell’agosto 2008, con due note, trasmesse al Comune di Laives tramite il proprio legale di fiducia, lamentava, nella prima, la mancata esclusione dalla gara dell’ing. BETA, rilevando che l’offerta economica risultava sottoscritta unicamente dallo stesso ing. BETA e non anche dai professionisti con i quali lo stesso aveva dichiarato di associarsi (ossia dal dott. ing.

Antonio Marinaro e dal p. i. Paolo de Mayda); mentre, nella seconda, ad integrazione della prima lettera, venivano contestate le motivazioni addotte dall'ing. BETA a giustificazione della congruità dell'offerta.

Seguiva, ai sensi dell'art. 54 comma 3/bis L.R. 04.01.1993, n. 1, un atto di opposizione dei ricorrenti avverso la deliberazione della Giunta comunale 324/2008.

Prima della decisione su detta opposizione, i ricorrenti hanno impugnato, con il ricorso all'esame, i provvedimenti in epigrafe.

A fondamento del gravame vengono dedotti i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'articolo 37 comma 8 del d.lgs. 163/2006, violazione e falsa applicazione dell'articolo. 97 costituzione, violazione del principio della *par condicio* dei partecipanti ed eccesso di potere per travisamento di fatti;

2) violazione e falsa applicazione del principio di trasparenza (articolo 46 statuto comunale), eccesso di potere per travisamento, manifesta illogicità, perplessità, carenza di motivazione, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria;

3) eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti manifestazioni di volontà;

4) violazione del principio della *par condicio* dei partecipanti- violazione e falsa applicazione del principio di trasparenza (articolo 46 statuto comunale);

5) violazione e falsa applicazione degli articoli 75 e 113 del d.lgs. 163/2006;

6) eccesso di potere per arbitraria composizione della commissione di gara.

I ricorrenti, inoltre, hanno chiesto al Tribunale il risarcimento in forma specifica, attraverso l'aggiudicazione agli stessi della gara.

Con deliberazione n. 368 del 12 settembre 2008, la Giunta comunale di Laives respingeva l'opposizione dei ricorrenti, escludendo, contestualmente, l'ing. ALFA dalla gara, con la motivazione che lo stesso avrebbe prodotto una fideiussione irregolare "perché priva di valore giuridico ed economico in quanto riferita ad un soggetto diverso dall'offerente".

Questo provvedimento, unitamente ad altri precisati in epigrafe- tra i quali la lettera di richiesta di offerta del Comune di Laives dd. 12.6.2008, nella parte in cui prevede la presentazione da parte di tutti i concorrenti di una fideiussione provvisoria pari al 2% e di una **cauzione** definitiva all'aggiudicatario del servizio - sono oggetto d'impugnazione con i motivi aggiunti, contenuti nella memoria dei ricorrenti del 22 agosto 2008, nella quale vengono fatti valere le seguenti censure:

1) violazione e falsa applicazione degli articoli 75 e 113 del d.lgs. 163/2006, con riferimento all'art. 111 del d.lgs. 163/2006- Eccesso di potere per manifesta illogicità ed irrazionalità con riferimento alle controdeduzioni al rilievo sub A) nella parte espositiva della delibera impugnata. Violazione del principio della *par condicio* dei partecipanti ed eccesso di potere per travisamento di fatti;

2) violazione del principio di buona amministrazione con riferimento alle controdeduzioni al rilievo sub b) nella parte espositiva della delibera impugnata. Eccesso di potere per travisamento, contraddittorietà intrinseca, sviamento di potere, illogicità ed irrazionalità;

3) violazione della lex specialis della lettera d'invito (cfr. doc. 4-8) con riferimento alla conferma della legittimità del conferimento d'incarico all'ing. BETA. Eccesso di potere per travisamento e per contraddittorietà, per perplessità ed illogicità. violazione e falsa applicazione dell'articolo 37 comma 8 del d.lgs. 163/2006.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Laives ed il controinteressato ing. BETA, resistendo alle pretese dei ricorrenti.

Con ordinanza n. 203/2008, depositata il 25 ottobre 2005, adottata nella Camera di Consiglio del 7 ottobre 2008, il Tribunale ha parzialmente accolto l'istanza di sospensione presentata dai ricorrenti in via incidentale e fissato l'udienza pubblica del 19 novembre 2008 per la discussione del ricorso.

In detta udienza, in vista della quale sia i ricorrenti che il Comune hanno depositato memorie, dopo la discussione delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 24 novembre 2008 il dispositivo della sentenza è stato depositato presso la segreteria di questo Tribunale, ai sensi dell'art. 23bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e successive modifiche.

## **DIRITTO**

In via preliminare, il controinteressato ing. BETA ritiene che il ricorso sia irricevibile e/o inammissibile, in quanto non notificato all'ing. Antonio Marinaro ed al p.i. Paolo de Mayda- tecnici controinteressati indicati dall'ing. BETA come colleghi della futura associazione- , rilevando che questi ultimi "nutrono un interesse attuale e reale" al rigetto del gravame.

L'eccezione non coglie nel segno.

Dalla documentazione in atti, risulta che l'offerta economica dell'ing. BETA è stata sottoscritta unicamente dallo stesso e non anche dai professionisti di cui il medesimo ha dichiarato di avvalersi per l'espletamento delle prestazioni richieste dalla lettera di invito, ossia dall'ing. Antonio Marinaro e dal p. i. Paolo de Mayda, i quali hanno unicamente firmato la dichiarazione di associazione.

Conseguentemente- ed indipendentemente dal fatto se ciò fosse conforme o meno a quanto richiesto dalla lettera di invito- soltanto l'ing. BETA appare formalmente essere l'unico soggetto della gara de qua che possa rivestire la qualifica di controinteressato, ossia titolare di un interesse tutelato alla conservazione dei provvedimenti impugnati; ciò che non può dirsi degli altri professionisti, che, non avendo sottoscritto l'offerta e, quindi, non avendo presentato alcuna offerta, non hanno partecipato alla procedura di gara; con la conseguenza che questi ultimi, non potendo essere annoverati tra le parti del procedimento, non possono vantare alcun interesse tutelato alla conservazione del provvedimento, senza che possa attribuirsi alcun rilievo alla circostanza che un concreto svantaggio- quanto meno indiretto- possa loro derivare dall'accoglimento del ricorso.

Ancora, in via preliminare, il Comune ed il controinteressato ing. BETA eccepiscono che sarebbe venuto meno l'interesse dei ricorrenti alla decisione del ricorso, dopo che la Giunta comunale di Laives, respingendo, con deliberazione n. 368 del 12 settembre 2008, l'opposizione dei ricorrenti, aveva, contestualmente, escluso l'ing. ALFA dalla gara; sostengono, quindi, che il gravame debba essere dichiarato improcedibile.

Al fine della trattazione del rilievo - ossia per stabilire se l'ing. ALFA avrebbe dovuto essere escluso o meno dalla gara - appare necessario procedere, innanzitutto, all'esame dei motivi aggiunti,

contenuti nella memoria dei ricorrenti del 22 agosto 2008, nella quale, tra l'altro, viene aggredita la contestata esclusione dalla gara.

Nella precitata deliberazione n. 368 /2008 l'esclusione censurata viene motivata con il deposito, da parte dell'ing.ALFA, di una fideiussione irregolare "perché priva di valore giuridico ed economico in quanto riferita ad un soggetto diverso dall'offerente"; ciò, in quanto, pur in presenza di un'offerta sottoscritta, oltre che dal citato professionista, anche dai colleghi ALFADUE e ALFATRE, la fideiussione provvisoria risultava rilasciata solamente in favore dell'ing.ALFA e non degli ingegneri ALFADUE e ALFATRE.

Questa omissione, secondo l'Amministrazione, renderebbe, in sostanza, inesistente la fideiussione, trattandosi di offerta presentata in associazione di professionisti, a ciascuno dei quali avrebbe dovuto essere intestata la fideiussione e non soltanto all'ing.ALFA, a nulla rilevando che quest'ultimo risultasse essere capogruppo dell'associazione stessa.

Occorre, in primo luogo, precisare che la lettera del 12 giugno 2008, prot. n. 24682, di invito a partecipare alla gara, disponeva che l'offerta avrebbe dovuto "essere corredata da una fideiussione provvisoria nell'importo del 2% di Euro 95.000,00, ossia Euro 190.000,00" (rectius Euro 1900,00) e che l'aggiudicatario avrebbe dovuto "poi prestare **cauzione** definitiva secondo quanto previsto dall'art. 113 del citato decreto" (ossia del D.P.R. - 12 aprile 2006, n. 163).

Questa disposizione viene espressamente impugnata dai ricorrenti con i motivi aggiunti, in quanto ritenuta illegittima, tra l'altro, per violazione di legge.

A tale proposito viene in considerazione l'art.111 del d.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici - di seguito denominato: Codice), che, per quanto qui di interesse, testualmente recita: "Nei contratti relativi a lavori, il progettista o i progettisti incaricati della progettazione posta a base di gara e in ogni caso della progettazione esecutiva devono essere muniti, a far data dall'approvazione rispettivamente del progetto posto a base di gara e 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 del progettista o dei progettisti deve coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, anche i maggiori costi che la stazione appaltante deve sopportare per le varianti di cui all'articolo 132, comma 1, lettera e), resesi necessarie in corso di esecuzione---omissis".

L'art. 75 del Codice richiede la prestazione di una **cauzione** provvisoria, il successivo art. 113 una **cauzione** definitiva e l'art 129 prevede che l'esecutore dei lavori, in aggiunta a dette garanzie, debba produrre una polizza assicurativa per determinati rischi di esecuzione.

Il Consiglio dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture (di seguito denominata: Autorità), con determinazione n. 6 di data 11 luglio 2007, ha affrontato la complessa problematica relativa alle garanzie nelle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione.

In particolare l'Autorità ha precisato innanzitutto, che le varie forme di garanzia richieste dalla normativa hanno finalità diverse tra loro, e precisamente che la **cauzione** provvisoria garantisce "la serietà dell'offerta presentata dai partecipanti, con la funzione di garantire la sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario" e che l'efficacia della stessa è limitata fino alla stipulazione del contratto, dato 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". Ritiene, quindi, l'Autorità che tali garanzie siano applicabili solamente agli esecutori

dei lavori e non siano compatibili con la disciplina degli incarichi di progettazione. A tal fine evidenzia che il legislatore 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 e che ciò sia desumibile 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", prevedendo l'art. 111 una "disciplina speciale ed esaustiva per i professionisti, per i quali si ritiene operare la sola polizza di responsabilità civile dei progettisti", anche in considerazione delle "caratteristiche della prestazione richiesta ai progettisti, ovvero un'opera intellettuale".

La presentazione di garanzie da parte del progettista, deve, conseguentemente, ritenersi compiutamente disciplinata dall'art. 111 e la polizza prevista da questa norma deve essere intesa come "esclusiva e omnicomprensiva", restando la disciplina di cui agli artt. 75 e 113, commi 1 e 2, specifica per gli esecutori dei lavori ad essi riservata.

Inoltre, occorre tener presente che il Consiglio di Stato (sez V, 13.3.2007, n. 1231) ha stabilito che, con la previsione di cui al comma 7 dell'art. 30 della legge n. 109 /1994 (la c.d. legge quadro), per il quale "*sono soppresse le altre forme di garanzia e le cauzioni previste dalla normativa vigente*", il legislatore abbia ritenuto esaustivo il sistema previsto, sopprimendo tutte le altre forme di garanzia previste dalla precedente normativa e che "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".

Secondo l'Autorità, questa recente giurisprudenza, pur riferendosi al precedente quadro normativo, è tutt'ora attuale ed estensibile al vigente ordinamento, in quanto la ratio della normativa precedente (legge quadro) è stata confermata nel d.lgs. 163/2006.

L'Autorità, come già rilevato dal Supremo Consesso nella decisione citata, evidenzia, inoltre, che l'attività amministrativa deve essere incentrata sul principio di non aggravamento del procedimento e che in tal senso la richiesta di ulteriori garanzie al progettista, rispetto alla polizza di responsabilità civile, si risolverebbe, non solo in un duplicato di garanzie a favore dell'Amministrazione, ma anche in una "violazione dell'illustrata ratio normativa tesa a distinguere, in ragione delle differenti finalità, le relative discipline" e costituirebbe, altresì, un ulteriore onere economico a carico del progettista medesimo, con aggravamento degli oneri di accesso alla gara a carico dello stesso, "sì da minare l'effettivo svolgimento della concorrenza in tale settore, soprattutto con riferimento ai giovani professionisti".

Né si può obiettare che la procedura di gara attivata dal Comune di Laives è sotto soglia- essendo il prezzo base di Euro 95.000,00 -e, quindi, inferiore ad Euro 100.000,00- e che, conseguentemente, l'Amministrazione avrebbe potuto prevedere "regole molto libere e duttili, purchè, ovviamente, non illogiche o irrazionali" (memoria conclusiva del Comune, pag. 3), in quanto, nella lettera di invito, con riferimento alla **cauzione** definitiva, viene richiamato espressamente l'art. 113 del d.lgs. 163/2006 e, quindi, la normativa delle gare sopra soglia. Ciò viene riconosciuto dallo stesso Comune nella precitata memoria conclusiva, ove, sempre a pag. 3 si legge, testualmente, che "l'Amministrazione, nella sua discrezionalità, ha preferito richiamare anche norme dettate per gare superiori ad Euro 100.000,00".

Per queste considerazioni i motivi aggiunti, in punto, meritano accoglimento e l'assorbimento della doglianza testé esaminata, esonera il Collegio dalla trattazione delle ulteriori censure negli stessi dedotte, con conseguente annullamento della lettera del 12 giugno 2008, prot. n. 24682, di invito a

partecipare alla gara, nella parte in cui dispone che l'offerta avrebbe dovuto "essere corredata da una fideiussione provvisoria nell'importo del 2% di Euro 95.000,00, ossia Euro 190.000,00" (rectius Euro 1900,00) e che l'aggiudicatario avrebbe dovuto "poi prestare **cauzione** definitiva secondo quanto previsto dall'art. 113 del citato decreto" (ossia del D.P.R. – 12 aprile 2006, n. 163).

All'annullamento di questa disposizione consegue, necessariamente, l'illegittimità dell'esclusione dell'ing.ALFA dalla gara, per aver presentato una fideiussione provvisoria riferita solamente a sé stesso e non anche agli altri professionisti che avevano sottoscritto l'offerta; con la conseguenza che va annullata anche la deliberazione n. 368 del 12 settembre 2008, unitamente a tutti i provvedimenti aggrediti con i motivi aggiunti.

L'annullamento dell'esclusione de quo determina la sussistenza di interesse da parte dell'ing.ALFA (e, conseguentemente anche degli altri ricorrenti) alla proposizione del ricorso principale, dovendosi, conseguentemente, rigettare l'eccezione sollevata, sia dall'Amministrazione che dal controinteressato ing. BETA, relativa al venir meno dell'interesse dei ricorrenti alla decisione del ricorso, dopo che la Giunta comunale di Laives aveva escluso l'ing.ALFA dalla gara.

Inoltre, l'annullamento della disposizione attinente alla presentazione della doppia fideiussione, in quanto condizione necessaria richiesta nella lettera di invito (lex specialis) per ottenere l'affidamento dell'incarico de quo, travolge inevitabilmente tutta la procedura di gara e, quindi, tutti i successivi provvedimenti impugnati nel ricorso, provocando la caducazione automatica degli stessi, atteso che detti provvedimenti sono conseguenti alla lettera di invito e con questa necessariamente collegati; per cui viene meno l'interesse dei ricorrenti alla prosecuzione del giudizio relativo al ricorso principale, determinando l'improcedibilità di quest'ultimo, per sopravvenuta carenza di interesse, ad eccezione dell'eventuale contratto stipulato (di cui viene chiesto l'annullamento), per le ragioni che verranno esposte in seguito.

Infine la precitata caducazione impedisce, in tutta evidenza, l'accoglimento della richiesta- fatta valere dai ricorrenti anche nei motivi aggiunti- di risarcimento in forma specifica, attraverso l'aggiudicazione agli stessi della gara.

Per quanto attiene la richiesta di annullamento "dell'eventuale relativo contratto medio tempore stipulato" con l'ing. BETA, questo Tribunale, richiamando la propria sentenza del 5 giugno 2008 n. 199/2008, prende atto della decisione n. 27169 del 28 dicembre 2007 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, che hanno statuito che "*spetta al Giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica*", sottolineando, però, che a seguito dell'annullamento, con effetto *ex tunc*, dei provvedimenti di gara, viene comunque a mancare *ex tunc* un requisito essenziale del contratto, cioè la dichiarazione di volontà della pubblica amministrazione. Sul punto il ricorso va, conseguentemente, dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese tra i ricorrenti e le parti costituite resistenti; mentre viene omessa ogni pronuncia sulle spese nei confronti di quelle parti che non si sono costituite in giudizio.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma di BOLZANO - disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, **in parziale accoglimento** dei motivi aggiunti dei ricorrenti, annulla i provvedimenti ivi impugnati e l'intera procedura di gara.

Respinge per il resto.

Dichiara l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, con eccezione di quella parte relativa alla richiesta di annullamento "dell'eventuale relativo contratto medio tempo stipulato", nei confronti del quale viene dichiarata l'inammissibilità per difetto di giurisdizione.

Dichiara compensate le spese di lite tra i ricorrenti e le parti costituite resistenti; mentre viene omessa ogni pronuncia sulle spese nei confronti di quelle parti che non si sono costituite in giudizio.

Ordina che la presente sentenza venga eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in BOLZANO, nella camera di consiglio del 19.11.2008.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Marina ROSSI DORDI

Luigi MOSNA

/mg/br

N. R.G. 259/2008