



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento del servizio di rimodulazione e revisione del Progetto di fattibilità tecnica ed economica e redazione della progettazione esecutiva ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. n. 36/2023, comprensivo del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, studio di compatibilità idraulica, studio di compatibilità geologica-geotecnica, studio di valutazione di impatto ambientale, studio di valutazione di incidenza ambientale relativo all'intervento ".....OMISSIS.....".

UPREC-CONS- 0099-2024-FC

FUNZ CONS 40/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 26 aprile 2024, acquisita al prot. Aut. n. 50142, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 30 luglio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione istante comunica che il disciplinare di gara relativo all'affidamento in oggetto, contiene disposizioni che consentono il ribasso sull'onorario professionale in ogni sua componente. Comunica altresì che il Consiglio Nazionale degli Ingegneri, a seguito della sentenza del TAR Veneto n. 634/2024 (che ha ritenuto applicabile alla materia dei contratti pubblici la legge n. 49/2023 in tema di equo compenso per le prestazioni professionali), ha chiesto alla stazione appaltante di sospendere la procedura di gara al fine di rettificare la *lex specialis* in coerenza con l'indirizzo giurisprudenziale citato. Pertanto, l'Amministrazione aggiudicatrice ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'applicabilità della Legge n. 49/2023, alle procedure di affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria disciplinate dal d.lgs. 36/2023.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, è opportuno osservare che il tema dei rapporti tra la normativa sull'equo compenso per prestazioni professionali, dettata dalla l.n. 49/2023 e la disciplina recata dal d.lgs. 36/2023 per gli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, come noto, ha sollevato dubbi interpretativi, come opportunamente sottolineato dall'Autorità in diverse occasioni e pronunce, nonché nella Relazione Annuale per l'anno 2024.

In particolare i dubbi interpretativi sono sorti in relazione alle modalità di applicazione dell'equo compenso per le prestazioni professionali, come definito dalla legge n. 49/2023 e in

particolare alla valenza da attribuire alle tabelle dei corrispettivi contenute nel d.m. Giustizia del 17 giugno 2016, richiamate dall'Allegato I.13 dell'attuale Codice dei contratti, atteso il mancato coordinamento tra le citate norme primarie. Da una parte, infatti, la legge n. 49/2023 sembrerebbe attribuire agli importi calcolati ai sensi del predetto decreto un carattere inderogabile, con la conseguenza che non sarebbero ammesse riduzioni dell'importo a base di gara né ribassi in sede di gara inferiori al minimo tariffario; dall'altra, il Codice dei contratti richiama i suddetti parametri ai fini della determinazione dell'importo a base di gara che, di regola, è soggetto a ribasso (atto del Pres. 25 ottobre 2023, Fasc.n. 4146/2023).

Pertanto, l'Autorità, consapevole delle criticità derivanti dall'applicazione delle disposizioni dettate dalla l. 49/2023, nei termini sopra indicati, in data 7 luglio 2023 ha segnalato la questione alla Cabina di Regia, al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per conoscenza, al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, evidenziando la necessità di chiarire se attraverso la legge n. 49/2023, il legislatore abbia reintrodotta dei parametri professionali minimi e, in caso positivo, quale possa essere il ribasso massimo che conduce a ritenere il compenso equo nell'ambito delle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura (delibera n. 101/2024-UPREC/PRE/0016/2024/S/PREC).

Con successivo Atto del Presidente del 19 aprile 2024 (recante "*Problematiche applicative del nuovo codice dei contratti pubblici in materia di servizi di ingegneria e architettura*"), trasmesso alla predetta Cabina di Regia, nonché al MIT e al MEF, l'Autorità ha evidenziato che con riferimento all'applicazione della disciplina sull'equo compenso dettata dalla l.n. 49/2023, «appare possibile ritenere che i due ambiti normativi (Codice dei contratti pubblici e legge n. 49/2023) vadano adeguatamente coordinati tra loro, accedendo ad una soluzione interpretativa che eviti l'insorgere di contrasti».

In tale sede, è stato quindi osservato che «Nel definire il rapporto esistente tra i due sistemi, occorre infatti considerare che la Legge n. 49/2023, sebbene successiva al Codice, non ha derogato espressamente allo stesso, ai sensi del relativo art. 227, e pertanto la stessa si applica ai contratti pubblici nell'ambito della relativa disciplina. D'altra parte, lo stesso art. 3, co. 3 della Legge n. 49/2023 stabilisce che non sono nulle le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi europei. Occorre inoltre evidenziare che anche il codice dei contratti pubblici già persegue la finalità sottesa alla legge n. 49/2023, pur dovendo naturalmente orientarsi nel rispetto del diritto europeo e dei principi generali in esso declinati, oltre che con modalità adeguate al meccanismo della gara pubblica».

In tale ottica, a parere dell'Autorità, «devono essere lette le disposizioni di seguito richiamate. In attuazione dell'articolo 8, comma 2, il quale prevede che la pubblica amministrazione garantisca l'applicazione del principio dell'equo compenso; l'articolo 41, comma 15, fissa la modalità per l'individuazione dei corrispettivi da porre a base di gara facendo riferimento alle tabelle contenute nell'allegato I.13. L'articolo 108, comma 2, individua, quale criterio di aggiudicazione per i servizi tecnici di importo pari o superiore a 140.000,00 euro quello del miglior rapporto qualità-prezzo, garantendo un'adeguata valutazione dell'elemento qualitativo. È prevista l'applicazione di specifici meccanismi volti a scongiurare la presentazione di offerte eccessivamente basse e, quindi, non sostenibili (la disciplina sull'anomalia dell'offerta, la possibilità di prevedere un'appropriata ponderazione tra punteggio qualitativo ed economico, la possibilità di utilizzare formule per il punteggio economico che disincentivino eccessivi ribassi)».

Pertanto, così interpretato, il quadro normativo di riferimento appare coerente sia a livello nazionale che a livello europeo. «Sotto quest'ultimo profilo occorre considerare che l'articolo 3, comma 3, della Legge n. 49/2023 fa salve dalla sanzione della nullità le clausole che prevedono

l'applicazione di compensi inferiori ai minimi tabellari in quanto riproductive di disposizioni di legge (tra cui rientrano le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici) o attuative di principi europei (tra cui il principio di concorrenza)».

Inoltre «la previsione di tariffe minime non soggette a ribasso rischia di porsi in contrasto con il diritto euro-unitario, che impone di tutelare la concorrenza. Come chiarito dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 4/7/2019, Causa C-377/2017, infatti, in materia di compensi professionali, l'indicazione delle tariffe minime e massime è vietata in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, ma sono comunque ammesse deroghe per motivi di interesse pubblico, come la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi e la trasparenza dei prezzi, posizione confermata dalla successiva sentenza del 25/1/2024, Causa C-438/2022 secondo cui le tariffe minime relative al compenso professionale degli avvocati devono essere disapplicate in quanto contrastanti con il principio di concorrenza».

Sotto altro profilo è stato evidenziato «che la legge n. 49/2023 è applicabile ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 del Codice civile (contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale nell'ambito di un lavoro autonomo) e più in generale a tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati dalla posizione dominante del committente, in cui è necessario ripristinare l'equilibrio sinallagmatico. I contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura, invece, sono normalmente riconducibili ai contratti di appalto ex articolo 1655 del Codice civile, con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio. Nel merito si ritiene utile considerare che la concorrenza sul prezzo, in ogni sua componente, rappresenta un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali delle gare pubbliche e che l'eventuale limitazione alle sole spese generali o all'elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all'ingresso per gli operatori, più giovani, meno strutturati e di minore esperienza».

Inoltre, sotto il profilo della spesa pubblica, l'Autorità ha osservato ulteriormente che, ai sensi dell'articolo 13 della Legge n. 49/2023, dall'attuazione della stessa legge "non devono derivare, nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica", circostanza che, invece, si realizzerebbe in caso di gare a prezzo fisso. L'opzione individuata consente di mantenere il quadro economico finanziario della programmazione che è già stata fatta per gli investimenti del PNRR, quadro economico -finanziario che invece rischierebbe di essere compromesso, con evidenti ricadute sui tempi di attuazione ed aumento del contenzioso, in caso di valutazioni diverse. Considerazioni analoghe possono essere effettuate anche per gli investimenti non legati al PNRR».

Infine, va considerato che «l'applicazione dell'articolo 3, comma 5, della richiamata legge n. 49/2023, che ammette il ricorso al giudice civile per contestare l'affidamento ad un prezzo inferiore rispetto a quello definito in ossequio all'allegato I.13 del d. lgs 36/2023, oltre a determinare una sovrapposizione con i poteri e le competenze delle stazioni appaltanti in termini di verifica della congruità delle offerte, produrrebbe una situazione di assoluta instabilità e incertezza sull'affidamento e sulle relative condizioni, con evidenti ripercussioni sulla spesa pubblica. In particolare, l'esito positivo del giudizio ordinario comporterebbe la necessaria modifica del quadro economico finanziario dell'intervento, con conseguenti ricadute, anche sulla capacità di spesa futura, che appaiono tanto più evidenti per gli interventi finanziati con i fondi del PNRR» (Atto del Presidente del 19.04.2024 citato).

Per quanto sopra, l'Autorità ha richiamato l'attenzione della Cabina di Regia e dei Ministeri interessati, «sulla massima urgenza che riveste l'esame delle questioni illustrate al fine di risolvere rilevanti dubbi interpretativi, nel primario interesse delle stazioni appaltanti e degli operatori del mercato».

Si rappresenta, infine – e la soluzione appare dirimente anche nel caso di specie – che l’Autorità è intervenuta sull’argomento anche in sede di precontenzioso ai sensi dell’art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, affermando che per la questione in esame, possono individuarsi tre possibili soluzioni, come riproposte nel testo del Bando tipo n. 2/2023 (in corso di approvazione), ovvero «procedure di gara a prezzo fisso, con competizione limitata alla sola parte tecnica; procedure di gara da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in cui l’importo a base d’asta è limitato alle sole spese generali; inapplicabilità della disciplina dell’equo compenso alle procedure di evidenza pubblica, con conseguente ribassabilità dell’intero importo posto a base di gara» (delibera n. 101/2024-UPREC/PRE/0016/2024/S/PREC).

In tale sede, con riguardo ad un bando di gara aderente a tale ultima opzione, l’Autorità – dopo aver affermato che «nel caso di specie, in presenza di un quadro normativo poco chiaro, la stazione appaltante ha legittimamente esercitato la sua discrezionalità in coerenza con i principi che regolano l’evidenza pubblica, come positivizzati negli artt. 1, 2 e 3 d.lgs. 36/2023» - ha aggiunto che «L’assenza di chiare indicazioni normative e di orientamenti giurisprudenziali consolidati circa i rapporti tra la normativa sull’equo compenso di cui alla L. 49/2023 e le procedure di gara dirette all’affidamento di servizi di ingegneria e architettura impedisce che possa operare il meccanismo dell’eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, possa essere disposta l’esclusione di operatori economici che abbiano formulato un ribasso tale da ridurre la quota parte del compenso professionale» (parere Prec cit.).

Per quanto sopra, e tenuto conto del principio del risultato di cui all’art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, a tenore del quale *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”*, viste le incertezze normative illustrate, in attesa di un intervento chiarificatore del legislatore sul tema, l’Autorità ha evidenziato, in linea generale, l’opportunità di valutare con attenzione il criterio di selezione dell’offerta da porre a base di gara e la legittimità della riduzione dell’importo a base di gara (in tal senso Relazione Annuale 2024, par. 14.2.5.5).

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell’indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente