

N. 00231/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00126/2024 REG.RIC.



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 di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 126 del 2024, proposto da Ordine degli Ingegneri della Provincia di Bolzano, Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Bolzano, Ordine dei Geologi Trentino Alto Adige – Südtirol e Ordine dei Periti Industriali e dei Periti Industriali Laureati della Provincia di Bolzano, ciascuno in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, ossia, nell'ordine, Claudio Sartori, Wolfgang Thaler, Mirko Demozzi e Gabriele Frasnelli, questi ultimi anche in proprio e quali iscritti ai rispettivi albi professionali, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia per i contratti pubblici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Provincia autonoma di Bolzano, in persona del Presidente in carica, entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta, Elisa Rodaro

e Eric Chini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso l'Avvocatura della Provincia, in Bolzano, piazza Silvius Magnago, n.1;

Azienda Sanitaria dell'Alto Adige, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Gasparri, Elena Arcangeli, Alfredo Pischedda, Britta Venturino e Federica Maurer, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso l'Ufficio Legale dell'Azienda medesima, in Bolzano, corso Libert , n.23;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- degli atti della *“procedura aperta sopra soglia europea per l'affidamento dei servizi di progettazione, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase esecutiva per l'Ospedale di Bolzano: Blocco Materno-Infantile, Magistrale, Edificio Modulare” (CIG: B16BA86A95), e pi  precisamente: del Bando di Gara pubblicato il 30.4.2024; del Disciplinare di Gara; del DGUE; del Quadro Economico; del Calcolo Onorario; del Quadro Economico e Calcolo Onorari per opzioni 1 e 2; della Tabella Criteri di Valutazione; del Modulo “Istruzioni alla sottoscrizione”; del Modulo “Documentazione da presentare per le aggregazioni di rete”; dell'Allegato A - generato dal sistema; della “Dichiarazione uso bollo”; dell'Allegato A1, A1-bis; del Modello relativo alle dichiarazioni dell'ausiliaria ex art. 104 D.lgs. n. 36/2023 (Allegato A1-ter); dell'Allegato A2 “Composizione del gruppo di lavoro”; dell'Eventuale Dichiarazione Aggiuntiva ai sensi dell'art. 124 D.lgs. n. 36/2023 e della Legge Fallimentare; dello Schema Tipo di cui all'art. 117, c. 12, D.lgs. n. 36/2023 relativo alla garanzia provvisoria; degli Allegati B1a, B1b, B1c; dell'Allegato B2; dell'Allegato C (offerta economica) - generato dal sistema; del Patto di integrit ; del Codice di Comportamento; del Masterplan “Ristrutturazione ed*

ampliamento Ospedale di Bolzano”, Piante; Planimetria; Documento di Indirizzo alla Progettazione (DIP);

- di ogni altro atto presupposto e/o connesso e/o consequenziale, anche non conosciuto, ove avente carattere lesivo per i ricorrenti, ivi comprese la Decisione di Contrarre di cui alla Delibera della Giunta Provinciale n. 454 del 30.5.2023; la Risposta n. 1 al Quesito n. 1 della Richiesta di Chiarimento n. 10; la Risposta n. 2 al Quesito n. 2 della Richiesta di Chiarimento n. 15; la News pubblicata in data 24.4.2024 sul sito di ACP al link News/Appalti/Provincia autonoma di Bolzano – Alto Adige; la Nota del 9.5.2024 di ACP;

e per l'accertamento e/o la declaratoria

dell'obbligo delle resistenti Amministrazioni, ciascuna per quanto di ragione e competenza, a esplicitare nelle apposite clausole della impugnata *lex specialis* che, ai sensi degli artt. 1, 2 e 3 della legge 21 aprile 2023, n. 49, il ribasso formulato dai concorrenti alla suddetta gara potrà essere consentito esclusivamente su voci estranee al compenso professionale determinato ai sensi dei parametri di cui al D.M. 17 giugno 2016 e, per l'effetto, a disporre l'esclusione dei concorrenti che abbiano proposto ribassi incidenti sulla componente del prezzo riferita al compenso professionale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Bolzano, dell'Agenzia dei contratti pubblici e dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2024 la dott.ssa Edith Engl e uditi per le parti i difensori, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato e depositato in data 23 maggio 2024 i ricorrenti Ordini degli Ingegneri, degli Architetti, Pianificatori Paesaggisti e Conservatori, dei Geologi e dei Periti Industriali e dei Periti Industriali Laureati della Provincia di Bolzano (in seguito anche solo Ordini professionali od Ordini), in qualità di enti esponenziali degli interessi della categoria, e i loro Presidenti, anche *“in proprio”*, espongono di essere venuti a conoscenza del fatto che l’Agenzia dei contratti pubblici della Provincia autonoma di Bolzano (anche ACP), quale stazione appaltante della committente Azienda Sanitaria dell’Alto Adige, ha pubblicato il Bando di gara per *“la procedura aperta sopra soglia europea per l’affidamento dei servizi di progettazione, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase esecutiva per l’Ospedale di Bolzano: Blocco Materno-Infantile, Magistrale, Edificio Modulare”* (CIG: B16BA86A95).

Soggiungono i ricorrenti che per questo appalto il sistema di selezione è basato sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Evidenziano che per quanto concerne l’offerta economica, il Disciplinare di gara specifica che la medesima va formulata con il ribasso percentuale a due cifre decimali sull’importo totale di gara di € 11.237.425,53 (IVA esclusa). Evidenziano, ulteriormente, che tale previsione *nella lex specialis* consentirebbe (o comunque non vieterebbe) il ribasso non solo sulla quota *“spesa”* ma anche su quella *“compensi”* dell’importo a base di gara, stabilito ai sensi del D.M. 17 giugno 2016.

Parte ricorrente sostiene che la derogabilità e ribassabilità della componente *“compensi”* del corrispettivo prevista nelle norme di gara, confermata espressamente dalla stazione appaltante nella risposta fornita ai quesiti nn. 1 e 2 della

richiesta di chiarimento n. 10 e n.15 e nella *news*, pubblicata in data 24.4.2024 sul sito ACP, violerebbero la legge 21 aprile 2023, n. 49, recante disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali.

Dopo aver inutilmente chiesto alla ACP *“di esplicitare nelle apposite clausole delle procedure di affidamento dei servizi tecnici in questione che, ai sensi dell’art. 1, 2 e 3 della legge n. 49/2023 il ribasso formulato dai concorrenti potrà essere consentito esclusivamente su voci estranee al compenso professionale determinato ai sensi dei parametri di cui al D.M. 17 giugno 2016 e per l’effetto a disporre l’esclusione dei concorrenti che abbiano proposto ribassi incidenti sulla componente del prezzo riferito al compenso professionale”*, i ricorrenti hanno proposto il presente ricorso, chiedendo l’annullamento, previa sospensione degli effetti, sulla base della seguente articolata censura:

“Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 2 e 3 della legge aprile 2023, n. 49, nonché degli artt. 8, comma 2, 41, comma 15, allegato i.13, 14, comma 14, lett. c), e 48, comma 4, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Violazione del principio di concorrenza e di par condicio. eccesso di potere per difetto di presupposti, difetto di istruttoria, per contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta e disparità di trattamento”.

Con richiamo agli argomenti svolti nelle sentenze del Tar Veneto Sez. III del 3 aprile 2024, n. 632 e del Tar Lazio, Sez. V-Ter (riportate *infra*), che per prime hanno affrontato il tema del rapporto tra la l. 49/2023 sull’equo compenso e la disciplina degli appalti esprimendosi, a favore dell’applicabilità della legge sull’equo compenso alle gare pubbliche per l’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, i ricorrenti hanno dedotto l’illegittimità degli atti impugnati e hanno formulato le domande indicate in epigrafe.

Si sono costituiti in giudizio la Provincia autonoma di Bolzano e l’ACP, nonché l’Azienda sanitaria, dell’Alto Adige, eccependo preliminarmente il difetto di

legittimazione al ricorso e contestando che la legge sull'equo compenso si applichi all'espletamento di gare di evidenza pubblica. Le Amministrazioni resistenti, con argomenti simili, hanno difeso la scelta di aver impostato la procedura senza limitazione alla ribassabilità del prezzo. Hanno richiamato la posizione dell'ANAC, che nel parere n. 101/2024 e nella nota del 19.4.2024, ha ritenuto l'equo compenso non applicabile agli appalti pubblici di servizi di ingegneria e architettura e hanno sostenuto che il Codice dei contratti già perseguirebbe la finalità sottesa alla legge n. 49/2023, benché con modalità adeguate al meccanismo di gara e nel rispetto del diritto europeo. A sostegno delle proprie ragioni hanno richiamato anche l'art. 8, comma 2, l'art. 41, comma 15, l'art. 108, comma 2 e l'art. 227 del D.lgs. n. 36/2023. Con ordinanza n. 48/2024 il Tribunale ha rigettato l'istanza di sospensione, non ravvisando la sussistenza del *periculum in mora*.

In vista dell'udienza pubblica le parti hanno presentato ulteriori memorie anche di replica.

All'udienza pubblica del 25 settembre 2024 la causa è stata discussa e successivamente trattenuta in decisione.

Devono essere in via preliminare esaminate le eccezioni di rito, con le quali è stata sollevata l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione e di interesse.

In base all'art. 5, comma 4, della legge n. 49/2023, che recita, "*I Consigli nazionali degli ordini o collegi professionali sono legittimati ad adire l'autorità giudiziaria competente qualora ravvisino violazioni delle disposizioni vigenti in materia di equo compenso*" la difesa della Provincia e dell'ACP eccepisce che unico soggetto legittimato ad impugnare i documenti di gara sarebbero i Consigli nazionali e non gli ordini professionali della Provincia di Bolzano. L'assunto non convince.

A tal fine, è sufficiente richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale - condiviso anche da questo Collegio - secondo cui “... *gli ordini professionali sono legittimati ad agire per la tutela di posizioni soggettive proprie o di interessi unitari della collettività da loro istituzionalmente espressa, nel secondo caso potendo sia reagire alla violazione delle norme poste a tutela della professione, sia perseguire vantaggi, anche strumentali, riferibili alla sfera della categoria nel suo insieme (cfr. ex multis, C.d.S., Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, sulla loro legittimazione ad agire contro atti lesivi dell'interesse istituzionale della categoria; VI, 18 aprile 2012, n. 2208; V, 23 febbraio 2015, n. 883; V, 12 agosto 2011, n. 4776; V, 18 dicembre 2009, n. 8404), con il solo limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o potestà degli ordini medesimi. Nel caso di ordini professionali individuati su base territoriale (come nel caso in esame) la legittimazione al ricorso va ricondotta all'ambito territoriale nel quale il provvedimento impugnato è destinato a produrre effetti*” (cfr., C.d.S., Sez. V, n. 1418/2017; nello stesso senso, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, n. 11447/2018, n. 11447; T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, n. 568/2018, T.A.R. Campania, Sez. I, n. 1114/2022).

È stato altresì affermato che “*sussiste la legittimazione dell'Ordine professionale ad agire contro procedure di evidenza pubblica ritenute lesive dell'interesse istituzionalizzato della categoria da esso rappresentata anche nell'ipotesi in cui possa configurarsi un conflitto d'interessi fra esso Ordine e singoli professionisti in qualche modo beneficiari dell'atto impugnato*” (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 25 agosto 2015, n. 2647, che richiama i principi espressi da C.d.S., Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10; nello stesso senso T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 13 dicembre 2016, n. 2435 e giurisprudenza ivi richiamata)...” (T.A.R. Campania, Sez. I, n. 1114/2022).

Applicando i suesposti principi al caso in esame, non può non affermarsi la legittimazione al ricorso degli Ordini professionali territoriali, dal momento che essi agiscono per la tutela di un interesse istituzionalizzato della categoria, con

riferimento ad un provvedimento destinato a produrre effetti in ambito locale. Né la legittimazione degli Ordini ricorrenti viene meno per la legittimazione riconosciuta dall'art. 5, comma 4, l. n. 49/2023, ai "Consigli nazionali degli ordini o collegi professionali" a tutela dell'equo compenso. Come ha condivisibilmente sostenuto la difesa dei ricorrenti, la tutela di cui all'art. 5, comma 4, deve intendersi quale tutela aggiuntiva e non può, in mancanza di un'esplicita previsione normativa, intendersi come derogatoria del potere degli Ordini professionali territoriali di impugnare avanti al Giudice Amministrativo clausole di un bando di gara, lesive della disciplina in materia di equo compenso.

L'interesse azionato dagli Ordini deve considerarsi anche concreto ed attuale, atteso che gli Ordini agiscono per reagire alla lesione degli interessi unitari della collettività, da loro istituzionalmente rappresentata, perpetrata dalla previsione contenuta nella legge di gara che consente ribassi oltre la soglia del compenso, qualificata equa dalla l. n. 49/2023, posta a tutela della professione.

Se sussistente la legittimazione al ricorso degli Ordini professionali territoriali, altrettanto non può dirsi con riguardo alla legittimazione dei loro rappresentanti legali, ove questi affermano di impugnare gli atti di gara anche "in proprio", in quanto interessati a partecipare "alle procedure pubbliche di affidamento dei relativi servizi". Osserva il Collegio che i partecipanti alla gara sono legittimati ad impugnare gli atti di gara unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono quest'ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. Solo eccezionalmente il bando di gara può essere impugnato immediatamente, cioè quando presenta clausole escludenti. La previsione in questione non rappresenta una clausola escludente (né è stato fatto valere un tale vizio) ma una clausola della *lex*

specialis sospettata di illegittimità non impeditiva della partecipazione, relativamente alla quale, quindi, i professionisti concorrenti non sono ancora titolari di un interesse attuale all'impugnazione.

In conclusione, l'eccezione va, in parte, respinta e in parte va accolta.

Nel merito il ricorso è fondato.

La questione del presente ricorso attiene ai rapporti tra la normativa sull'equo compenso di cui alla l. n. 49/2023 e le procedure di gara dirette all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura, sulla quale, come è noto, sono andati profilandosi nelle prime prassi applicative due contrapposti orientamenti interpretativi, sostenendosi da un parte, l'assenza di antinomia tra la legge n. 49/2023 e la disciplina dei contratti pubblici, con conseguente piena operatività delle previsioni dettate dalla prima anche nel campo dell'evidenza pubblica; e affermandosi, in senso opposto, dall'altra parte, l'incompatibilità tra i due sistemi normativi, con esclusione dell'applicazione delle regole del c.d. "equo compenso" alle procedure di gara, regolate dal codice dei contratti pubblici.

Giova richiamare i due orientamenti in campo, come riassunti nella sentenza n. 483/2024 del Tar di Reggio Calabria:

"In sintesi, a fondamento della prima tesi (riconducibile a TAR Veneto, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 e TAR Lazio, sez. V-ter, 30 aprile 2024, n. 8580), è stata valorizzata, anzitutto, la previsione contenuta nell'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023, là dove, oltre a sancirsi il divieto, salvo casi eccezionali, di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito, è stato imposto, in via generale, alla pubblica amministrazione di "garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso". Richiamata la ratio sottesa alla L. n. 49/2023 – individuata nell'esigenza di tutelare i professionisti nell'ambito dei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino nella posizione di "contraenti deboli" –, l'orientamento in questione ha, inoltre, desunto ulteriori elementi a sostegno

della sua applicabilità al settore dell'evidenza pubblica dall'interpretazione letterale ed analogica delle relative disposizioni, stante, in primis, l'espressa previsione della relativa operatività anche nei confronti della pubblica amministrazione. Sotto questo angolo visuale, i sostenitori di tale tesi hanno affermato che diversamente opinando l'intervento normativo in questione risulterebbe privo di reale efficacia sul mercato delle prestazioni d'opera intellettuale, rappresentando i rapporti contrattuali tra i professionisti e la Pubblica Amministrazione nel mercato del lavoro attuale una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi per le prestazioni di tale tipologia.

Né, poi, potrebbe concordarsi con l'obiezione secondo cui l'applicabilità della legge n. 49/2023 al settore dell'evidenza pubblica precluderebbe, di fatto, l'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione del rapporto qualità/prezzo in quanto le gare per servizi di architettura o di ingegneria dovrebbero essere strutturate e aggiudicate sulla base di un "prezzo fisso" non ribassabile, individuato dalla stessa P.A. come corrispettivo posto a base di gara, con competizione limitata alla sola componente tecnica dell'offerta e, quindi, con una evidente compromissione della libera contrattazione, del confronto competitivo tra operatori economici e dei principi comunitari in materia di libertà di circolazione, di stabilimento e di prestazione di servizi. Ed infatti, il compenso del professionista costituirebbe soltanto una delle componenti del "prezzo" determinato dall'Amministrazione come importo a base di gara, al quale si affiancano altre voci, relative in particolare alle "spese ed oneri accessori". L'Amministrazione sarebbe, dunque, chiamata a quantificare tali voci in applicazione del D.M. 17 giugno 2016 per individuare l'importo complessivo da porre a base di gara; al tempo stesso, la voce "compenso", individuata con tale modalità come una delle voci che costituiscono il prezzo, sarebbe da qualificare anche come compenso 'equo' ai sensi della legge n. 49/2023, che, sotto tale aspetto, stabilisce che è equo il compenso dell'ingegnere o architetto determinato con l'applicazione dei decreti ministeriali adottati ai sensi dell'art. 9 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1.

Ne deriva che il compenso determinato dall'Amministrazione ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 non sarebbe suscettibile di ribasso dall'operatore economico, trattandosi di "equo compenso" il cui ribasso si risolverebbe, essenzialmente, in una proposta contrattuale volta alla conclusione di un contratto pubblico gravato da una nullità 'di protezione' e contrastante con una norma imperativa. Nondimeno, trattandosi di una delle plurime componenti del complessivo "prezzo" quantificato dall'Amministrazione, l'operatività del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in ragione del rapporto qualità/prezzo, risulterebbe fatta salva in ragione della libertà, per l'operatore economico, di formulare la propria offerta economica ribassando le voci estranee al compenso, ossia le spese e gli oneri accessori.

Tale conclusione, oltre ad assicurare la coerente e coordinata applicazione dei due testi normativi, consentirebbe, sotto un diverso profilo, di escludere che la legge n. 49/2023 produca effetti anti concorrenziali o in contrasto con la disciplina dell'Unione Europea, rappresentando, piuttosto, il divieto di presentazione di offerte economiche al ribasso sulla componente del prezzo costituita dai "compensi" una tutela per i professionisti, a prescindere dalla loro nazionalità, in quanto "permetterà loro di conseguire un corrispettivo equo e proporzionato anche da un contraente forte quale è la Pubblica Amministrazione e anche in misura superiore a quella che sarebbero stati disposti ad accettare per conseguire l'appalto.

Inoltre, l'operatore economico che, in virtù della sua organizzazione d'impresa, dovesse ritenere di poter ribassare componenti accessori del prezzo (ad esempio le spese generali), potrà avvantaggiarsi di tale capacità nell'ambito del confronto competitivo con gli altri partecipanti alla gara, fermo restando il dovere dell'Amministrazione di sottoporre a controllo di anomalia quelle offerte non serie o che, per la consistenza del ribasso offerto su componenti accessorie del prezzo, potranno apparire in buona sostanza abusive, ossia volte ad ottenere un vantaggio indebito traslando su voci accessorie il ribasso economico che, in mancanza della legge n. 49/2023, sarebbe stato offerto sui compensi.

Dal carattere 'inderogabile' del compenso 'equo' determinato dall'applicazione dei citati parametri normativi, e dunque dalla natura imperativa delle previsioni contenute nella L. n. 49/2023 – che stabiliscono la nullità delle clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata –, conseguirebbe, poi, l'eterointegrazione delle disposizioni di gara che, in via difforme, dovessero consentire la ribassabilità della componente in questione, trattandosi di profilo sottratto alla libera disponibilità delle stazioni appaltanti.

Diversamente opinando si correrebbe d'altronde il rischio di una pericolosa 'eterogenesi dei fini', posto che il professionista concorrente potrebbe essere tentato di abusare della nullità di protezione in questione, volutamente presentando un'offerta inferiore ai minimi, per così ottenere l'aggiudicazione e, una volta stipulato il contratto far valere la nullità parziale al fine di attivare il "meccanismo" di cui al comma 6 dell'art. 3, ai sensi del quale «il tribunale procede alla rideterminazione secondo i parametri previsti dai decreti ministeriali di cui al comma 1 relativi alle attività svolte dal professionista, tenendo conto dell'opera effettivamente prestata e chiedendo, se necessario, al professionista di acquisire dall'ordine o dal collegio a cui è iscritto il parere sulla congruità del compenso o degli onorari». Ciò che comporterebbe, peraltro, l'aggiramento del principio di tendenziale immutabilità dell'offerta anche in sede di esecuzione del contratto.

In conclusione, la nullità relativa o di protezione sarebbe da ritenersi giustificata proprio in relazione ai casi in cui il professionista sia sostanzialmente tenuto a subire la previsione contraria all'equo compenso, e ciò anche eventualmente quando ad imporre la riduzione al di sotto dei minimi sia la P.A. Diversamente, ove la violazione della normativa sull'equo compenso non sia imposta dalla P.A., ma dipenda da una volontaria scelta dell'operatore economico al fine di ottenere l'aggiudicazione superando gli altri concorrenti, la natura "relativa" della nullità non potrebbe rivestire alcun rilievo, l'imperatività della normativa medesima imponendo, al contrario, un effetto escludente delle offerte con la stessa in contrasto.

Secondo l'opposta tesi, propugnata in ragione dell'incertezza del quadro normativo di riferimento dalla stessa Anac con la delibera n. 101 del 28.02.2024 e di recente sostenuta con approfondite argomentazioni da TAR Campania, Salerno, sez. II, 16 luglio 2024, n. 1494, al contrario, la predicata eterointegrazione della disciplina di gara con quella sull'equo compenso professionale sconterebbe "... i limiti intrinseci ed estrinseci di compatibilità o sovrapponibilità dei due impianti normativi (d.lgs. n. 36/2023 e l. n. 49/2023), che incidono su campi di materie e rispondono a finalità tra loro non perfettamente coincidenti ed omogenee".

Ed infatti, il regime dell'equo compenso non derogherebbe, bensì integrerebbe "il sistema dei contratti pubblici, senza frustrarne la sostanza proconcorrenziale di derivazione euro-unitaria (artt. 49, 56, 101 TFUE, 15 della dir. 2006/123/CE), e, quindi, senza elidere in radice la praticabilità del ribasso sui corrispettivi professionali, la cui determinazione non è da intendersi rigidamente vincolata a imm modificabili parametri tabellari, ma la cui congruità (in termini di equilibrio sinallagmatico) rimane, in ogni caso, adeguatamente assicurata dal modulo procedimentale di verifica all'uopo codificato, quale, appunto, quello dell'anomalia dell'offerta con riferimento al ribasso praticato sul corrispettivo dei servizi di progettazione". In altri termini, il Codice dei contratti pubblici, tramite il subprocedimento di verifica di anomalia delle offerte, appresterebbe "meccanismi idonei ad evitare che le prestazioni professionali siano rese a prezzi incongrui, consentendo, nel contempo, alle amministrazioni di affidare gli appalti a prezzi più competitivi".

Sul piano positivo, d'altro canto, occorre considerare che la legge n. 49/2023, entrata in vigore il 20 maggio 2023 e, quindi, successiva al Codice, non risulta aver derogato espressamente allo stesso, come richiesto dall'art. 227, da ciò desumendosi un indice testuale particolarmente pregnante nel senso della relativa inapplicabilità al settore degli appalti pubblici.

Inoltre, anche il codice dei contratti pubblici già perseguirebbe 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 andrebbero precipuamente lette le disposizioni di seguito richiamate: l'art. 8, comma 2, il quale prevede che la pubblica amministrazione garantisce l'applicazione del principio dell'equo compenso; l'articolo 41, comma 15, che fissa la modalità per l'individuazione dei corrispettivi da porre a base di gara facendo riferimento alle tabelle contenute nell'allegato I.13; l'art. 108, comma 2, là dove 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. Nella stessa direzione andrebbe letta la previsione relativa all'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).

Così interpretato, il quadro normativo di riferimento risulterebbe, dunque, coerente sia a livello nazionale che a livello europeo. Sotto quest'ultimo profilo occorre considerare che "l'art. 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 riprodotte 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)".

Proprio in relazione a quest'ultimo profilo, nell'ambito di questa diversa ricostruzione si è ancora evidenziato che la previsione di tariffe minime non soggette a ribasso rischierebbe "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 luglio 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).

A suffragare la tesi dell'incompatibilità tra i due sistemi normativi deporrebbe, inoltre, il rilievo che legge n. 49/2023 sarebbe applicabile ai rapporti professionali aventi ad oggetto "prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. (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"; laddove, invece, i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura sarebbero "normalmente riconducibili ai contratti di appalto ex art. 1655 c.c., con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio". Inoltre, la concorrenza sul prezzo, in ogni sua componente, rappresenterebbe un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali delle gare pubbliche, sicché "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".

Rilievo determinante assumerebbe, infine, la circostanza che l'applicazione dell'art. 3, comma 5, della richiamata legge n. 49/2023, là dove 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".

Alla luce di tali rilievi l'illustrata specialità del sistema dei contratti pubblici, che risponde ad una sua immanente logica proconcorrenziale, per certi versi antagonistica rispetto all'irrigidimento tabellare di singole voci di offerta, impedirebbe, dunque, "di cristallizzare i compensi professionali tramite la propugnata eterointegrazione automatica delle disposizioni della l. n. 49/2023"; inducendo, piuttosto," a considerare queste ultime a guisa di principi direttivi cui la stazione appaltante deve indefettibilmente improntare la propria valutazione di congruità dell'offerta provvisoriamente aggiudicataria".

Riprova ne sarebbe offerta dalla "previsione dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, il quale, se da un lato, stabilisce che «la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso», d'altro lato, ammette, sia pure «in casi eccezionali e previa adeguata motivazione», perfino «prestazioni d'opera intellettuale ... rese dai professionisti gratuitamente»".

In ogni caso, il predicato meccanismo di eterointegrazione non apparirebbe "fondatamente invocabile a fronte del delineato quadro normativo, tutt'altro che univoco e perspicuo circa l'incidenza della disciplina in materia di equo compenso professionale sul regime dei contratti pubblici", posto che – per come rilevato dall'Anac nella sopra citata delibera – le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge deve ritenersi ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza".

Il Tar di Reggio Calabria, che a sua volta si è pronunciato a favore dell'indirizzo espresso dal Tar di Salerno, ha rimarcato, in particolare, come l'individuazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta sia la sede in cui misurare l'incidenza in concreto del ribasso operato sulla componente del "compenso" e, allo stesso tempo, sulle soglie "minime" stabilite dalle tabelle ministeriali.

Orbene, avuto riguardo allo stato della giurisprudenza in materia, tra i due orientamenti, ritiene il Collegio che sia preferibile il primo, che, affrontando compiutamente la questione del rapporto tra codice appalti ed equo compenso, ha ravvisato, che la disciplina sull'equo compenso (i) è compatibile con le disposizioni del vigente codice dei contratti pubblici, (ii) consente il ribasso solo delle ulteriori componenti di costo dell'offerta, ossia le spese e gli oneri accessori, (iii) non ha interferenze negative sul principio della tutela della concorrenza tramite evidenza pubblica e sulle norme eurounitarie, (iv) integra la disciplina di gara, che non ha previsto espressamente l'applicazione della legge sul c.d. "equo compenso".

Secondo questi condivisi principi giurisprudenziali ne deriva, che la legge sull'equo compenso trova applicazione alla presente procedura di gara e, quindi, deve ritenersi illegittima la scelta della stazione appaltante di consentire la presentazione di offerte economiche, nelle quali è sottoposto a ribasso anche la componente "compenso" del prezzo, determinato ai sensi del D.M. 17 giugno 2016, trattandosi di equo compenso, non ribassabile.

In definitiva, il lamentato contrasto delle previsioni della legge di gara con le norme della legge n. 49/2023 deve ritenersi sussistere e di conseguenza le norme di gara vanno dichiarate illegittime, nella parte in cui consentono un ribasso anche sulla voce del "compenso", determinato ai sensi del D.M. 17 giugno 2016.

La domanda di accertamento, con cui i ricorrenti hanno chiesto *"l'accertamento e/o la declaratoria dell'obbligo delle resistenti Amministrazioni, ciascuna per quanto di ragione e competenza, a esplicitare nelle apposite clausole della impugnata lex specialis che, ai sensi degli artt. 1, 2 e 3 della legge 21 aprile 2023, n. 49, il ribasso formulato dai concorrenti alla suddetta gara potrà essere consentito esclusivamente su voci estranee al compenso professionale determinato ai sensi dei parametri di cui al D.M. 17 giugno 2016 e, per l'effetto, a disporre l'esclusione dei concorrenti"*

che abbiano proposto ribassi incidenti sulla componente del prezzo riferita al compenso professionale” è, invece, inammissibile, in quanto non può essere indicato da questo giudice il contenuto dispositivo del provvedimento da adottarsi in sede di riedizione del potere, per effetto di quanto disposto dall’art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a..

In conclusione, per le esposte ragioni, la domanda di annullamento va accolta, mentre la domanda di accertamento va dichiarata inammissibile.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- dichiara inammissibile il ricorso proposto dai Presidenti degli Ordini professionali *“in proprio”*;
- accoglie la domanda caducatoria, e per l’effetto annulla gli atti impugnati, nella parte in cui consentono un ribasso anche sulla voce del *“compenso”*, determinato ai sensi del D.M. 17 giugno 2016;
- respinge la domanda di accertamento, come da motivazione.
- dispone la compensazione delle spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Presidente

Margit Falk Ebner, Consigliere

Edith Engl, Consigliere, Estensore

Andrea Sacchetti, Consigliere

L'ESTENSORE

Edith Engl

IL PRESIDENTE

Lorenza Pantozzi Lerjefors

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI