

Quale ribasso negli appalti pubblici di ingegneria e architettura? Nuove prospettive tra equo compenso e concorrenza.

di Amos Brazzoli e Giacomo Frigo¹

Introduzione

Dopo il nostro contributo² sul tema delle modalità applicative dei criteri relativi all'equo compenso delle prestazioni professionali di ingegneria e architettura nei contratti pubblici - in attesa di un auspicato intervento del legislatore - si sta succedendo una serie di provvedimenti dell'ANAC, di contributi dottrinali e di provvedimenti giurisprudenziali, tra cui meritano una specifica riflessione le recenti - e assai rilevanti Sentenze del Veneto n. 632 del 03.04.2024³ e del TAR Lazio n. 8580 del 30.04.2024.

La questione maggiormente dibattuta è quella relativa al criterio per determinare l'importo dei compensi a base d'asta nelle procedure di evidenza pubblica.

Se, infatti, l'ANAC «ha illustrato tre possibili soluzioni [...] 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»⁴, la soluzione recentemente avanzata dai TAR che se ne sono occupati (TAR Veneto e TAR Lazio) si è è la seconda di quelle illustrate dall'ANAC. Secondo questa tesi, nel caso di appalti di ingegneria e architettura, il criterio da adottare è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con ribasso sull'offerta economica limitato esclusivamente alle spese generali.

È utile, quindi, analizzare le ragioni giuridiche a sostegno del ribasso delle spese generali e di quelle che, al contrario, sono o a sostegno del ribasso, ma anche del compenso professionale⁵.

¹ dott. Amos Brazzoli, responsabile Area Servizi Legali di Istituto Commercio Servizi Società Benefit srl; avv. Giacomo Frigo, consulente legale Area Servizi Legali di Istituto Commercio Servizi Società Benefit srl.

² Brazzoli A, Frigo G 2023, "Equo compenso e determinazione del compenso professionale negli appalti pubblici di servizi di ingegneria e architettura", *Italia IUS - Diritto degli enti locali*, 13 novembre 2023.

³ Questo contributo è stato elaborato precedentemente alla notizia del 23 aprile 2024 apparsa sul sito ufficiale dell'ANAC e su Il Sole 24 ore, in cui viene reso noto come l'ANAC si appresti a prendere posizione in merito a "Equo compenso fuori dagli appalti pubblici" e che parrebbe confermare l'orientamento esposto ivi (<https://www.anticorruzione.it/-/anac-equo-compenso-fuori-dagli-appalti-pubblici>).

⁴ ANAC, Delibera n. 201/2024. Oltre a quanto citato, l'Autorità sembrerebbe avallare l'orientamento sostenuto dalla stazione appaltante per cui, stante che l'articolo 2, comma 1 della legge 49/2023 definisce il proprio ambito di applicazione in relazione ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'articolo 2230 del codice civile, l'applicazione della disciplina sull'equo compenso non riguarderebbe le ipotesi in cui la prestazione professionale viene resa nell'ambito di un appalto di servizi. Tale ipotesi, oltre che porsi in contrasto con l'impostazione consolidata sul rapporto tra incarico professionale e contratto pubblico (si veda Delibera CdC Sez Reg Contr EE n. 241/2021 e la Deliberazione n. 146/2013/GEST, Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per il Veneto, TAR Veneto n. 1899/2006 Corte dei conti, Sez. reg. contr. Veneto, delib. n. 146/2013 e quindi anche Sez. reg. contr. Liguria, delib. n. 79/2015/PAR e Sez. reg. contr. Lombardia, deliberazioni n. 355/2012/PAR, n. 51/2013/PAR e n. 178/2014/PAR. 7), si pone altresì in senso contrario all'orientamento della giurisprudenza di legittimità ove prevede che: «Né la qualità del professionista (persona giuridica) induce a qualificare il negozio come appalto di servizi. Come affermato da questa Corte in fattispecie identica (Cass. sez. 2 civ. ord. 18.10.2018 n. 26264 rv 650782), nella categoria generale delle professioni intellettuali, solo quelle determinate dalla legge (art. 2229, comma 1, c.c.) sono tipizzate ed assoggettate all'iscrizione in albi ed elenchi; all'infuori di queste, vi sono non solo professioni intellettuali caratterizzate per il loro specifico contenuto, ma anche prestazioni di contenuto professionale o intellettuale non specificamente caratterizzate, che ben possono essere oggetto di rapporto di lavoro autonomo. Ne consegue che prestazioni di contenuto professionale o attività intellettuali possono essere svolte anche da una società di capitali, sicché il relativo rapporto va inquadrato nell'ambito del contratto d'opera intellettuale» (Cass. civ., Ordinanza n. 39028 del 9 dicembre 2021). Questa obiezione è stata condivisibilmente confutata dal TAR Lazio nella Sentenza n. 8580/2024, con riferimento alla Sentenza Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2022, n. 1234.

⁵ La dottrina (tra cui si segnala l'autorevole contributo in <https://www.dirittobancario.it/art/equo-compenso-e-nuovo-codice-dei-contratti/>) pare riportarsi in modo piuttosto apodittico all'orientamento della ribassabilità delle sole spese generali, senza tuttavia

Ragioni a sostegno del ribasso d'asta per le sole spese generali

Secondo quanto statuito dalla recente Sentenza del TAR Veneto n. 632/2024, l'unica corretta interpretazione della L. 49/2023 (equo compenso) su quali siano le componenti della parcella professionale di ingegneri e architetti che possono essere oggetto di ribasso d'asta nelle procedure ad evidenza pubblica, è quella per cui il ribasso sarebbe possibile solamente per la componente "spese generali" e, di conseguenza, il criterio da adottare per il compenso professionale sarebbe quello del prezzo fisso.

In particolare, la questione affrontata dal Giudice amministrativo è relativa a una procedura di gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in cui il ricorrente, che non aveva ottenuto l'aggiudicazione a seguito di propria offerta, sosteneva come le altre offerte avrebbero dovuto essere escluse in quanto tutte con ribasso sui compensi, in violazione delle norme sull'equo compenso di cui alla L. 49/2023, con la conseguente illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, in cui la stazione appaltante aveva invece ritenuto possibile tale ribasso sui compensi.

Il TAR Veneto, in accoglimento al ricorso, ritiene che l'unica interpretazione conforme alla L. 49/2023, al *D.M. parcelle* del 2016 e al Codice dei contratti pubblici sia quella del prezzo fisso sul compenso, con ribasso consentito solamente sulle spese generali.

La ragione fondamentale risiederebbe nel fatto che *«il compenso del professionista [è] 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 è 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, è 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. A tale conclusione si perviene in ragione del fatto che le due tipologie di decreti ministeriali (ossia il D.M. 17 giugno 2016 e il DM 140/2012 adottato ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1) sono costruiti con l'applicazione degli stessi parametri e la valorizzazione delle medesime voci».*

Inoltre, *«i decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 per la liquidazione giudiziale dei compensi (a cui la legge n. 49/2023 rinvia per la determinazione dell'equo compenso) si basano sulla valorizzazione degli stessi parametri e si differenziano esclusivamente per la possibilità, del tutto eccezionale, riconosciuta al giudice di aumentare o ridurre, sino al 60%, tali importi in ragione delle peculiarità del caso concreto».*

Il TAR Veneto riconduce, quindi, il portato della legge n. 49/2023 all'interno dei criteri previsti dal D.L. 1/2012 (e ai D.M. applicativo, ossia il D.M. 140/2012) sulla liquidazione giudiziale dei compensi, sostenendo che i parametri applicati sono, nella sostanza, gli stessi. Tuttavia, non vengono considerati alcuni aspetti del D.L. 1/2012, che farebbero invece propendere per una differente conclusione.

L'art. 9, comma 2 del D.L. 1/2012 cui il TAR Veneto fa espressamente riferimento, prevede infatti che *«Ai fini della determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria [...], si applicano i parametri individuati con il decreto di cui al primo periodo, da emanarsi, per gli aspetti relativi alle disposizioni di cui al presente periodo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti; con il medesimo decreto sono altresì definite le classificazioni delle prestazioni professionali relative ai predetti servizi. I parametri individuati non possono condurre alla determinazione di un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali vigenti prima dell'entrata in vigore del presente decreto».* Il D.L. 1/2012 dunque, prevede che i parametri per la determinazione dei "corrispettivi" previsti per la liquidazione giudiziale - composti sia da compensi, sia da spese e oneri accessori - si debbano, nelle procedure di

evidenza pubblica, “porre a base di gara”: ciò significa che i “corrispettivi” previsti dai D.M. applicativi del D.L. 1/2012 potranno essere oggetto di ribasso, e ciò in tutte le loro componenti: in tal senso, non è dato comprendere perché sarebbero ribassabili soltanto le spese generali.

Inoltre, sono proprio il D.L. 1/2012 e il D.M. 140/2012, differentemente dal *D.M. parcelle*, a prevedere la possibilità di aumentare o ridurre in sede giudiziale - non eccezionalmente come sostiene il TAR, ma in presenza di specifici requisiti - i compensi professionali entro i criteri tabellari minimi e massimi, e ciò esattamente come previsto in tutti i *D.M. Parcelle* (su tutti, si veda il D.M. 55/2014 previsto per gli avvocati) previsti per le altre categorie od ordini professionali, eccezion fatta proprio per ingegneri e architetti.

Va poi precisato che la linea argomentativa del TAR per il Veneto riprende, di fatto, l’orientamento sostenuto dalla circolare C. N. Ing n. 93/2023, che sostiene, appunto, come gli operatori economici non possano ribassare la componente “compensi” nell’ambito delle procedure di gara.

Questa interpretazione, tuttavia, non pare conforme a una lettura sistematica del decreto parcelle (ove è previsto che «*Il corrispettivo è costituito dal compenso e dalle spese ed oneri accessori*» ex art. 1, comma 2) e della legge sull’equo compenso (ove è previsto che «*Sono nulle le clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all’opera prestata, tenendo conto a tale fine anche dei costi sostenuti dal prestatore d’opera*» ex art. 3, comma 1), in quanto se il “corrispettivo” di cui al decreto parcelle include, tra le proprie voci, anche le “spese e gli oneri accessori” e il “compenso”, come inteso dalla L. 49/2023, include “i costi sostenuti dal prestatore d’opera”, allora - secondo l’ipotesi della ribassabilità delle sole spese - o le “spese e oneri accessori” (ribassabili) non corrispondono ai “costi sostenuti dal prestatore d’opera” (non ribassabili in quanto parte del compenso), oppure - se “spese” e “costi” sono la stessa cosa, non è dato comprendere perché le “spese/costi” sarebbero ribassabili e invece il “compenso” in stretto senso no, quando invero l’art. 3 comma 1 della legge sull’equo compenso rende “inscindibile” il compenso in senso stretto e i costi sostenuti dal prestatori.

Dunque, se i “costi sostenuti dal prestatore d’opera” si devono intendere inclusi nelle “spese e gli oneri accessori”, allora vi sarà una sostanziale corrispondenza tra il “compenso” previsto dalla L. 49/2022 e il “corrispettivo” previsto dal D.M. Giustizia 17.06.2016: entrambi includono le spese sostenute dal professionista. Spese e compenso saranno, dunque, proprio il “corrispettivo” integrale a fronte della prestazione professionale: o possono essere ribassate entrambe le voci o non lo può essere nessuna delle due.

Inoltre, l’equivalenza - sostenuta dall’orientamento del TAR Veneto - tra i parametri il D.M. 17.06.2016 e quelli del D.M. 140/2012 che non consentirebbe il ribasso del compenso determinato dal D.M. 17.06.2016, non tiene, tuttavia, in sufficiente considerazione il fatto che è proprio l’art. 36, comma 2 del D.M 140/2012 a consentire al Giudice di aumentare o diminuire il compenso fino al 60 per cento rispetto a quello altrimenti liquidabile, e ciò non “in via del tutto eccezionale” - come asserito dal TAR Veneto - bensì considerando le circostanze del caso concreto. Differentemente, il D.M. 17.06.2016 non prevede affatto questo meccanismo di criteri di determinazione di minimi e massimi, e prevederebbe, secondo l’orientamento del TAR Veneto, un metodo di ribasso diverso da quello previsto dal D.M. 140/2012. Infatti, secondo il D.M. 140/2012 il ribasso è calcolato sulla componente di compenso al netto delle spese, mentre, per il D.M. 17.06.2016, secondo la lettura del TAR il ribasso sul compenso si applicherebbe solamente sulla componente di spese. Pertanto, il parallelismo tra i parametri dei due D.M. causerebbe il corto circuito per cui nella liquidazione giudiziale (D.M. 140/2012) il Giudice potrebbe ribassare fino al 60 per cento il compenso al netto delle spese, mentre nel caso di un appalto pubblico (D.M. 17.06.2016) per le stesse prestazioni il compenso sarebbe fisso e la componente delle spese potrebbe essere abbassata fino ad azzerarsi.

Non è, quindi, chiaro quale sia la fondatezza giuridica per cui sarebbero ribassabili le sole spese generali e, invece, il compenso va pre-determinato in modo fisso secondo quanto previsto dal *quantum* individuato nel D.M. parcelle. Ci pare, invece, che vi siano plurime ragioni, anche tenuto conto dei principi generali che governano le procedure di evidenza pubblica, per sostenere che a dover essere oggetto di ribasso debbano essere, oltre alle spese generali, anche il compenso.

Ragioni a sostegno del ribasso d'asta sia per le spese generali che per il compenso

Vi sono, inoltre, una serie di ulteriori ragioni - oltre a quelle appena esposte - che depongono a sostegno del fatto che il ribasso d'asta sarebbe possibile, oltre che per le spese generali, anche per il compenso e che gli importi determinati dai parametri individuati dal D.M. 17.06.2016 dovrebbero essere individuati non come fissi, bensì esclusivamente a base d'asta, e ciò sulla base dei principi descritti nei paragrafi seguenti.

Principio di trasparenza e concorrenza

Il Codice dei contratti pubblici ha alla base, in primo luogo, i principi di trasparenza e concorrenza (art. 1, comma 1 e 2). Una delle principali modalità in cui questi principi vengono garantiti e applicati all'interno della procedura di evidenza pubblica è quella dell'offerta economica. Il legislatore, pur manifestando il *favor* nei confronti del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, consente anche di adoperare il criterio del minor prezzo: non è dato comprendere quali possano essere le ragioni per non consentire, nelle procedure in cui si deve applicare il D.M. 17.06.2016, l'applicazione di quest'ultimo criterio ove la stazione appaltante lo ritenga necessario. L'applicazione del criterio del minor prezzo (oltre che dell'offerta economicamente più vantaggiosa) senza che ne derivino violazioni dei principi di trasparenza e concorrenza, può avvenire anche nel caso di applicazione del D.M. 17.06.2016 qualora venga consentito il ribasso sul compenso, oltre che sulle spese. Se, al contrario, fosse consentito solamente il ribasso sulle spese, allora questi principi non risulterebbero rispettati: in questo caso i partecipanti alla procedura pubblica sarebbero, infatti, certi di vedersi aggiudicato l'affidamento nell'ipotesi di prezzo fisso sui compensi, in quanto ribassando le spese generali fino ad annullarle, sarebbero, di fatto, certi dell'aggiudicazione nel momento della presentazione dell'offerta, con la conseguenza che non sarebbe garantita una effettiva concorrenza con gli altri soggetti partecipanti.

Peraltro, il ribasso delle spese sino allo zero, agevolerebbe i soggetti che, per le proprie economie di scala, sarebbero in grado di assorbire tale drastica riduzione e dunque sarebbero maggiormente agevolati i soggetti più strutturati. Inoltre, verrebbero ridotte inevitabilmente le spese per il personale afferente la stazione appaltante, con il rischio di una riduzione delle tutele contrattuali ed economiche dei lavoratori e dei professionisti afferenti all'affidatario, favorendo i soggetti che applicano trattamenti meno favorevoli ai propri lavoratori e professionisti, in quanto le spese di questi soggetti sarebbero, inevitabilmente, minori rispetto a quelle di soggetti che tutelano maggiormente, anche economicamente, i propri dipendenti.

Si aggiunga, inoltre, che il ribasso soltanto sulle spese agevolerebbe inoltre le imprese e i professionisti del territorio, in quanto essi avranno inevitabilmente delle spese molto più ridotte, per la loro vicinanza, rispetto a imprese dislocate in altre zone del territorio nazionale o europeo, con conseguente lesione delle norme sulla concorrenza.

Divieto di associazione tra imprese

La fissazione di un prezzo fisso per il compenso sarebbe anche censurabile ai sensi del diritto dell'Unione Europea e, nello specifico, dell'art. 101, comma 1, lett. a) del TFUE, per cui *“Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione.”*

Il prezzo fisso è indicato all'interno del D.M. 17.06.2016, ma il Ministero della Giustizia raccoglie le indicazioni fornite dagli ordini professionali, che individuano il *quantum* e i parametri di liquidazione delle parcelle. Non assume rilievo che questi parametri definiti dagli ordini professionali siano stati recepiti da un

decreto ministeriale, che tecnicamente non è un “accordo tra imprese” in senso stretto, bensì un accordo tra imprese recepito successivamente da un atto di alta amministrazione (e dunque nella normativa nazionale).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha stabilito - pronunciandosi in un caso di parametri fissi determinati dall'Ordine degli avvocati della Bulgaria - che il «*giudice avrà l'obbligo di disapplicare la norma nazionale controversa. Infatti, se è vero che l'articolo 101 TFUE riguarda esclusivamente la condotta delle imprese e non disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, resta il fatto che tale articolo, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, che istituisce un dovere di collaborazione tra l'Unione e gli Stati membri, obbliga questi ultimi a non adottare o a non mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (sentenza del 21 settembre 2016, Etablissements Fr. Colruyt, C-221/15,EU:C:2016:704, punto 43 e giurisprudenza ivi citata). Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui un giudice nazionale constati che un regolamento che fissa gli importi minimi degli onorari degli avvocati, reso obbligatorio da una normativa nazionale, è contrario a detto articolo 101, paragrafo 1, esso è tenuto a rifiutare di applicare tale normativa nazionale nei confronti della parte condannata a pagare le spese corrispondenti agli onorari d'avvocato, anche qualora tale parte non abbia sottoscritto alcun contratto di servizi d'avvocato e di onorari d'avvocato» (Causa C-438/2022).*

Questa sentenza si pone, peraltro, in continuità con l'orientamento consolidato della CGUE che:

- pronunciandosi in merito alla compatibilità della disciplina della parcella professionali italiane dei geologi, ha stabilito che «*le regole come quelle previste dal codice deontologico relativo all'esercizio della professione di geologo in Italia [...] di commisurazione delle parcella dei geologi, oltre alla qualità e all'importanza della prestazione del servizio, la dignità della professione, costituiscono una decisione di un'associazione di imprese ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, che può avere effetti restrittivi della concorrenza nel mercato interno»* (Causa C-136/12);
- pur affermando la possibilità, in linea teorica, che sia compatibile con il diritto dell'Unione adottare degli standard tariffari, ha condannato la Repubblica federale tedesca per non essere riuscita a «*dimostrare che le tariffe minime previste dalla HOAI [Honorarordnung für Architekten und Ingenieure - analogo tedesco del DM parcella ndr.] sono idonee a garantire il conseguimento dell'obiettivo consistente nel garantire un elevato livello di qualità delle prestazioni di progettazione e ad assicurare la tutela dei consumatori. [... La Repubblica federale tedesca ndr.] non ha dimostrato⁶ le ragioni per cui il fatto di mettere a disposizione dei clienti un orientamento in materia di prezzi per le diverse categorie di prestazioni contemplate dalla HOAI, suggerito dalla Commissione come misura meno restrittiva, non sarebbe sufficiente a conseguire il suddetto obiettivo in modo adeguato. Ne consegue che il requisito consistente nella fissazione di tariffe massime non può essere considerato proporzionato a tale obiettivo»*, statuendo che la Repubblica federale tedesca è venuta meno agli obblighi a lei incombenti in forza dell'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2006/123/CE (Causa C-377/2017).⁷

Secondo quanto esposto, non pare condivisibile la tesi avanzata dal TAR Lazio nella recente sentenza 8580

⁶ La causa si innestava all'interno di una procedura EU Pilot (meccanismo precontenzioso di risoluzione delle controversie tra Commissione e stati membri), nella quale la Commissione aveva richiesto alla Repubblica Federale Tedesca di produrre ampia documentazione a comprova della necessità di adottare quei provvedimenti di definizione dei prezzi per le prestazioni tecniche.

⁷ In una prospettiva *de iure condendo*, rispetto alla tenuta complessiva del sistema dell'equo compenso sarà quindi utile verificare se l'apparato normativo proposto dal legislatore italiano e le relative motivazioni in punto di interesse pubblico saranno sufficienti per superare la prova richiesta dal diritto europeo che, come indicato dalla CGUE nella Causa C-377/2017, consisterebbero nel dimostrare che le misure interne sono volte a “*garantire il conseguimento dell'obiettivo consistente nel garantire un elevato livello di qualità delle prestazioni di progettazione e ad assicurare la tutela dei consumatori*”. La lettura degli atti parlamentari legati all'approvazione della norma sull'equo compenso suscita aspettative poco favorevoli relativamente alla conformità della norma al diritto europeo, in quanto la sua adozione è stata argomentata e motivata meno analiticamente se comparata con quanto prodotto dalla Repubblica Federale Tedesca alla Commissione Europea nell'ambito della specifica procedura EU Pilot sopra indicata.

del 30/04/2024 per cui «*Neppure potrebbe giungersi a conclusioni diverse in forza del richiamo fatto dalla ricorrente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e, in particolare, alla sentenza 4 luglio 2019, nella causa C-377/17 – pronuncia che non afferma, invero, la sussistenza di preclusioni assolute, riconoscendo, viceversa, in capo agli Stati Membri il potere di introdurre tariffe minime per le prestazioni professionali che siano non discriminatorie, necessarie e proporzionate alla realizzazione di un motivo imperativo di interesse generale ex art. 15, par. 3, della direttiva 2006/123/CE – o alla recente sentenza 25 gennaio 2024, nella causa C-438/22 [...] che ha affermato l'obbligo di rifiutare l'applicazione di una normativa che fissi importi minimi degli onorari degli avvocati. Va, infatti, considerato che nel caso oggetto di quest'ultima pronuncia gli importi erano stati determinati dal Consiglio superiore dell'Ordine forense della Bulgaria "in assenza di qualsiasi controllo da parte delle autorità pubbliche e di disposizioni idonee a garantire che esso si comporti quale emanazione della pubblica autorità": la Corte ha cioè ritenuto come tale organismo agisse alla stregua di "un'associazione di imprese, ai sensi dell'articolo 101 TFUE", nel perseguimento di un proprio interesse specifico e settoriale (realizzando un'ipotesi di "determinazione orizzontale di tariffe minime imposte, vietata dall'art. 101, paragrafo 1, TFUE"), in un contesto, quindi, del tutto diverso da quello oggetto del presente giudizio, in cui rilevano norme di carattere generale (la l. n. 49/2023 e gli inerenti decreti ministeriali) adottate da autorità pubbliche e, per questo, non sussumibili nell'ambito (soggettivo e oggettivo) di applicazione dell'art. 101 TFUE (rivolto a vietare "tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno"). »*

Infatti:

- quanto alla Causa C-377/2017, la CGUE, applicando l'approccio sostanzialistico tipico del diritto europeo, ha valutato il caso concreto verificando se effettivamente vi fosse, nella normativa nazionale, un'effettiva violazione dei principi europei sulla base della valutazione del principio di non discriminazione, necessità e proporzionalità. E, effettuata questa verifica "sostanziale", la CGUE ha ravvisato la violazione nel caso concreto, ove era fissato, secondo una modalità molto più elastica di quella del D.M. parcelle, un importo minimo di compenso e non un importo totalmente predeterminato come avviene nel caso italiano. Pertanto, proprio alla luce di questi principi e modalità di verifica del Giudice europeo, se non risultano rispettati i principi europei nel caso di un importo minimo di compenso, a maggior ragione la violazione verrà ravvisata nel caso di un compenso definito in modo totalmente aprioristico;
- quanto alla Causa C-136/2012, il TAR Lazio sostiene come il caso trattato dalla CGUE riguarderebbe una norma non adottata da autorità pubbliche e, quindi, per questa ragione vi sarebbe una violazione dell'art. 101 TFUE, che invero non si configurerebbe nel caso di atti normativi o di alta amministrazione. Tuttavia, il TAR Lazio non considera che, proprio nella menzionata Causa C-377/2017, le tariffe professionali censurate (HOAI) dalla Corte erano emanazione della pubblica autorità, approvate mediante *Verordnung* (Ordinanza). L'*Honorarordnung für Architekten und Ingenieure* (HOAI) infatti è un *Verordnung* adottato, nelle forme dell'art. 80 dalla *Grundgesetz* (Legge fondamentale) sulla base della delega contenuta nell'art. 1 *Gesetz zur Regelung von Ingenieur und Architektenleistungen* (Legge per la regolamentazione delle professioni di Ingegnere e Architetto) nella quale è disposto che «*Il Governo federale è autorizzato, con l'approvazione del Bundesrat, a emanare un tariffario per i servizi di ingegneria e architettura mediante un'Ordinanza*». Questa modalità di esercizio dell'attività legislativa pone quantomeno l'HOAI tedesco alla stessa stregua di un decreto ministeriale se non **addirittura** ad un livello più alto di espressione della potestà legislativa, essendo nei fatti più simile al decreto legislativo previsto dal nostro ordinamento;
- peraltro, la tesi sostenuta dal TAR è già stata affrontata dalla CGUE nella sentenza della causa C-136/2012 che ha sancito la totale assimilabilità degli ordini professionali e delle parcelle

professionali “stile italiano” alle associazioni di imprese ai sensi dell’articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

Anomalia delle offerte

Se il compenso determinato dai criteri previsti dal D.M. 17.06.2016 deve essere considerato a base d’asta e non in modo fisso, allora occorre domandarsi quanto possa essere ribassato al fine che sia rispettoso dei criteri dell’equo compenso (che non determinano un minimo e un massimo). La risposta al quesito si ritrova all’interno del Codice dei contratti pubblici e delle norme previste per l’anomalia delle offerte e la loro conseguente esclusione automatica: i relativi metodi di calcolo analitici sono nell’Allegato II.2, cui rinvia l’art. 54, comma 2, D.lgs. 36/2023.

A ben guardare, il ribasso - eccessivo e anomalo - solo sulle spese, che tecnicamente, secondo l’orientamento del TAR e degli ordini professionali, potrebbero di fatto essere annullate, si porrebbe in contrasto con la Direttiva 2014/24/CE, ove, al considerando n. 103, prevede che *«Le offerte che appaiono anormalmente basse rispetto ai lavori, alle forniture o ai servizi potrebbero basarsi su valutazioni o prassi errate dal punto di vista tecnico, economico o giuridico. Se l’offerente non è in grado di fornire una spiegazione sufficiente, l’amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il diritto di respingere l’offerta. Il rifiuto dovrebbe essere obbligatorio nei casi in cui l’amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che il prezzo o i costi anormalmente bassi proposti risultano da una non conformità con il diritto vincolante dell’Unione o con il diritto nazionale con esso compatibile nei settori della previdenza sociale, del diritto del lavoro, del diritto ambientale o nelle disposizioni internazionali di diritto del lavoro»*

È evidente che il ribasso eccessivo delle spese non è “tecnicamente” possibile per un operatore economico e che, quindi, ciò non può che comportare una valutazione o una prassi errata dal punto di vista economico in capo al partecipante alla gara che, in ottica concorrenziale, ha notevolmente ribassato le spese generali per potersi aggiudicare l’appalto.

Da ciò ne consegue, quindi, che volendo consentire il ribasso sulle sole spese generali, o l’operatore economico può ribassare totalmente le spese e allora l’offerta risulta anomala io può operare un ribasso estremamente limitato e debitamente motivato e allora viene violato il principio di concorrenza, in quanto il compenso sarebbe fisso e le spese generali verrebbero ribassate in modo assai limitato, con la conseguenza che dal punto di vista economico non vi sarebbe una competizione tra i partecipanti alla procedura.

Libertà contrattuale delle parti e tutela del contraente forte e debole

Ulteriore principio di particolare rilevanza è quello della libertà contrattuale delle parti. Infatti, pur nel rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza che devono necessariamente avere assoluto rilievo nelle procedure a evidenza pubblica, il contratto pubblico ha un valore giusprivatistico ai sensi dell’art. 1322 c.c. e, quindi, soggiace al principio dell’autonomia dei contraenti in merito alla determinazione del contenuto del contratto. Di conseguenza, l’applicazione della normativa sull’equo compenso deve essere comunque temperata con tale principio di libertà contrattuale. Da ciò ne consegue che un punto di caduta equilibrato tra le esigenze dell’equo compenso e quelle dell’autonomia contrattuale non può essere quello di predeterminare a priori e in modo fisso la componente del compenso professionale, di fatto l’unica demandata a una reale ed effettiva trattativa tra i contraenti, dato che le spese - in quanto tali - soggiacciono a meccanismi in gran parte slegati all’autonomia contrattuale e collegati, invece, ai costi previsti dal soggetto che partecipa alla procedura.

L’applicazione dei parametri tabellari previsti per le professioni ordinistiche non può, quindi, prescindere dal tenere in considerazione il principio di libertà contrattuale dei contraenti. Al riguardo, più volte il Giudice amministrativo si è pronunciato sull’applicazione dei parametri professionali degli avvocati, precisando che *«non vuol dire che l’ente pubblico debba determinare il compenso in base ai parametri del D.M. n. 55 del*

2014 ma che il compenso debba necessariamente essere ragguagliato al contenuto della prestazione, e in particolare all'impegno quali-quantitativo che essa richiede e implica, tenuto conto che il riferimento a un criterio di proporzionalità rispetto a qualità e quantità del lavoro si ritrova anche nell'articolo 36 Cost» (TAR Campania, Sez. VI, n. 7037 del 14.11.22) e, inoltre, «in tema di compensi professionali degli avvocati, la regola è attualmente data dalla libera pattuizione – fattispecie alla quale è, ad avviso del Collegio, assimilabile quella del consenso prestato dal difensore all'offerta di compenso proposta dall'amministrazione, mediante la libera scelta di presentare la propria candidatura - mentre l'eccezione è costituita, in caso di mancato accordo tra le parti, dal rispetto dei minimi tariffari di cui all'apposito d.m.» (TAR Emilia Romagna n. 919 del 17.11.2022).

Il Consiglio di Stato ha, poi, fatto un'ulteriore passo in avanti, stabilendo esplicitamente la prevalenza dell'autonomia contrattuale rispetto alla normativa sull'equo compenso, sancendo che «la disciplina dell'equo compenso non trova pertanto applicazione ove la clausola contrattuale relativa al compenso per la prestazione professionale sia oggetto di trattativa tra le parti o, nelle fattispecie di formazione della volontà dell'amministrazione secondo i principi dell'evidenza pubblica, ove l'amministrazione non imponga al professionista il compenso per la prestazione dei servizi legali da affidare» (Consiglio di Stato, Sezione VI, 29 gennaio 2021, n. 874), collocandosi nel solco della giurisprudenza di legittimità, ove ha disposto che «La tutela avanzata della debolezza del professionista, a fronte del potere di mercato del cliente forte, può essere reclamata anche ove il professionista sia posto in condizione di incidere sul contenuto della clausola relativa al compenso professionale, come si verifica nelle fattispecie riconducibili al principio generale di abuso di dipendenza economica, di cui all'articolo 9 della L. 18 giugno 1998, n. 192, ovvero, in coerenza con la previsione del "significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato", contenuta nell'articolo 13-bis, comma 2, di "un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi» (Corte di Cassazione, Sezione I, ordinanza 17 aprile 2020, n. 7904).

Da ultimo, il massimo Giudice amministrativo, consolidando il proprio orientamento, ha precisato quali siano le ragioni sottese all'applicazione della normativa sull'equo compenso, che non deve essere intesa come meccanismo di predeterminazione fissa e immutabile del compenso professionale, bensì meccanismo di tutela del contraente debole (l'operatore economico) rispetto al contraente forte (la Pubblica Amministrazione). Ciò implica che, qualora vi siano dei meccanismi che consentano al contraente debole di far valere la propria forza contrattuale, come nel caso di una libera partecipazione a una procedura di evidenza pubblica, non si deve far prevalere la normativa dell'equo compenso rispetto all'offerta liberamente avanzata dall'operatore economico. Nello specifico come statuito dal Consiglio di Stato, «dalla disamina della normativa e dagli approdi della giurisprudenza può desumersi che la disciplina dell'equo compenso si applica anche alle pubbliche amministrazioni; ciò però non implica che quest'ultime siano tenute sempre e comunque a corrispondere al professionista incaricato di un servizio legale un compenso non inferiore al minimo dei parametri stabiliti dal decreto ministeriale» e, infatti, continua il Consiglio di Stato, «La disciplina dell'equo compenso assolve alla funzione di assicurare tutela al professionista (parte debole) che non ha possibilità di negoziare il proprio compenso con la parte "forte"; [...]. L'applicazione di tale disciplina presuppone pertanto l'impossibilità di un'effettiva trattativa tra le parti, tenuto conto della diversa "forza contrattuale" tra professionista e cliente e "la sussistenza di un significativo squilibrio contrattuale [...]" ovvero "un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi". Ciò non ricorre nell'ipotesi in cui vi sia libera adesione da parte del professionista ad un avviso (come nel caso di specie) o bando pubblico, predisposto dalla P.A., che contiene una disciplina che regola il rapporto convenzionale, ivi compreso il compenso; in questo caso, infatti, l'amministrazione pubblica non impone ai professionisti il compenso per la prestazione dei servizi legali da affidare, ma si limita a offrire loro la possibilità di svolgere un'attività professionale dietro un determinato compenso da essa prefissato; ogni singolo professionista può valutare liberamente se

aderire o meno» (Consiglio di Stato, Sentenza n. 3176/2024).⁸

Dunque, proprio per le specifiche modalità di negoziazione dei contratti pubblici, in cui l'operatore economico formula la sua proposta economica in risposta al bando di gara, non è possibile ritenere tale offerta come non equa, in quanto liberamente avanzata dal contraente debole: non si spiegherebbero le ragioni per cui l'operatore economico presenterebbe un'offerta non equa quando è lui stesso ad averla presentata!

Inoltre, non è nemmeno sostenibile che la posizione del contraente in un appalto pubblico sia analoga o simile a quella del consumatore rispetto agli operatori professionali, per cui sarebbe necessario adottare delle tutele specifiche in analogia a quanto previsto dal Codice del Consumo. L'operatore economico, infatti, a differenza del consumatore, è un professionista e, come tale, a conoscenza delle condizioni tecniche ed economiche tipiche della sua professione ed in grado di avanzare del tutto consapevolmente la propria offerta economica e tecnica. Ancora, non è possibile nemmeno sostenere che, per la specifica posizione di contraente forte, l'ente pubblico sarebbe in grado di esercitare un potere "coercitivo" sulla determinazione delle offerte economiche, in quanto le stazioni appaltanti non sono affatto in una posizione di oligopolio (ad esempio, come avviene nel caso degli operatori nel settore delle telecomunicazioni o delle altre utilities) rispetto all'operatore economico cui affidano il servizio di ingegneria e architettura.

Conclusione

In attesa di ulteriori interventi in materia da parte dell'ANAC e, soprattutto, del legislatore, abbiamo evidenziato come, diversamente da quanto sostenuto dal Consiglio nazionale degli Ingegneri e dalla recente Sentenza del TAR Veneto n. 632/2024, paiono sussistere delle antinomie tra la norma sull'equo compenso (L. 49/2023), il D.M. parcelle professionali per architetti e ingegneri (D.M. 17.06.2016) e il Codice dei contratti pubblici. Nel silenzio del legislatore, è piuttosto arduo proporre una lettura coordinata tra queste norme.

A fronte di questo complesso intreccio normativo, ci pare che la soluzione per verificare se e in che modalità possa trovare applicazione la normativa sull'equo compenso e se e quali voci del corrispettivo nei contratti pubblici di ingegneria e architettura possano essere oggetto di ribasso (le spese, il compenso in senso stretto, entrambi o nessuno delle due) debba inevitabilmente passare per una visione d'insieme di tali norme. Questa prospettiva teleologicamente orientata, deve inevitabilmente passare per i principi che governano, sia sotto il profilo pubblicistico che privatistico, i contratti pubblici. Tra questi, assumono particolare rilievo il principio di concorrenza e di trasparenza, il principio europeo del divieto di associazione tra imprese e il principio di autonomia contrattuale. Dalla lettura delle norme nell'ottica del rispetto - o, meglio, del difficile bilanciamento - tra questi principi, la soluzione adottabile non può che essere una: qualora nelle procedure a evidenza pubblica si ritenesse di applicare la disciplina sull'equo compenso (e, sul punto, parrebbe che l'ANAC sia orientata a prendere posizione contraria) l'importo determinato dal D.M. parcelle professionali di architetti e ingegneri dovrà essere considerato a base d'asta, sia per la componente delle spese generali, sia per quella del compenso, nel rispetto delle ulteriori inderogabili norme del D.lgs. 36/2023 e della Direttiva 2014/24/CE sull'anomalia delle offerte.

In questo contesto, sono da auspicare specifici interventi degli Ordini professionali degli Architetti e degli Ingegneri affinché emettano linee guida che comunichino agli iscritti che l'applicazione delle norme sull'equo compenso non sono affatto pacificamente definite in sede giurisprudenziale e che, al contrario,

⁸ Questo orientamento giurisprudenziale è riferito all'applicazione della normativa sull'equo compenso di cui al D.M. Parcelle previste per gli Avvocati (D.M. 55/2014). Riteniamo che i principi ivi individuati siano mutuabili anche per le altre professioni ordinistiche, in particolare - nel caso di nostro interesse - per architetti ed ingegneri, e ciò in quanto, se tale disapplicazione della normativa sull'equo compenso non avvenisse per tali ultime professioni ordinistiche, emergerebbe a nostro parere quantomeno un profilo di illegittimità ex art. 3 Cost., in quanto non è dato ravvisare quali possano essere le differenze sostanziali tra le professioni di avvocato e quelle di architetto/ingegnere che motivino rispettivamente l'applicazione o la non applicazione dell'equo compenso nelle procedure ad evidenza pubblica.

l'orientamento della CGUE (si veda, su tutte, la sopra menzionata Causa C-438/2022) è quello di non consentire la loro determinazione. Va poi precisato che la linea argomentativa del TAR Veneto riprende, di fatto, l'orientamento contenuto nella circolare C.N. Ing n. 93/2023, che sostiene, appunto, come gli operatori economici non possano ribassare la componente "compensi" nell'ambito delle procedure di gara da svolgere con il criterio di aggiudicazione dell'offerta. Inoltre, riprendendo quanto suggerito dalla Commissione europea nell'ambito della procedura EU Pilot che ha preceduto al causa C-377/2017 presso la CGUE, sarebbe auspicabile che gli ordini professionali adottassero linee guida non vincolanti per la determinazione dei compensi professionali.