



DELIBERA N. 343

20 luglio 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dall'O.I.C.E., Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di progettazione avente oggetto "Busto B.Re.a.T.H.E. Generations - azione materiale 2 realizzazione di un parcheggio multipiano" - Importo a base di gara euro: 257.301,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: AGESP Attività Strumentali S.r.l.

UPREC/PRE/617/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 24, comma 8, d.lgs. 50/2016

D.M. 17 giugno 2016

Legge 21 aprile 2023, n. 49

Parole chiave

Appalto di servizi di ingegneria e architettura – tabelle ministeriali - equo compenso

Massima

Appalto pubblico – Servizi ingegneria e architettura – Corrispettivi – Equo compenso – Tabelle ministeriali - Inderogabilità - Sussiste

In base alla nuova disciplina dell'equo compenso recata dalla legge 49/2023, nei servizi di ingegneria e architettura non è consentita la fissazione di un corrispettivo inferiore rispetto a quello risultante dall'applicazione delle tabelle ministeriali.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 luglio 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 43846 dell'8 giugno 2023, con cui l'OICE, Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica, ha contestato gli atti della procedura di gara in oggetto nella parte in cui fissano un importo a base di gara ribassato del 20% rispetto ai parametri ministeriali recati dal D.M. 17 giugno 2016. L'Associazione ha rappresentato di aver domandato chiarimenti alla Stazione appaltante sul procedimento condotto ai fini della determinazione del corrispettivo posto a base di gara e che questi avrebbe giustificato la riduzione effettuata richiamando gli studi e le analisi condotte dall'OICE, dai quali si evincerebbe che i ribassi mediamente praticati nell'ultimo quinquennio nelle gare di servizi di progettazione si attestano sopra il 40%, con la conseguenza che un ribasso a monte del 20% non sarebbe ostativo della partecipazione alla gara e della adeguata remunerazione per l'attività svolta;

CONSIDERATO che, secondo l'OICE, il richiamo agli studi e alle analisi condotte sui ribassi mediamente praticati sarebbe inconferente in quanto gli ultimi dati pubblicati risalgono al 2021. In ogni caso, la fissazione di un importo a base di gara ribassato rispetto ai parametri ministeriali e che subirà un ulteriore ribasso a seguito della presentazione delle offerte si traduce, in sostanza, nella corresponsione di un corrispettivo finale non proporzionato alla quantità e qualità delle prestazioni oggetto di affidamento, in violazione del principio dell'equo compenso;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 47073 del 16 giugno 2023;

VISTA la memoria trasmessa dall'OICE, acquisita al prot. n. 47778 del 19 giugno 2023. L'istante, oltre a reiterare le precedenti contestazioni, ha sollevato dubbi di compatibilità del cd. "doppio ribasso" con la nuova disciplina dell'equo compenso, di cui alla Legge 21 aprile 2023, n. 49, entrata in vigore il 20 maggio u.s.. La citata novella normativa, infatti, sembrerebbe aver previsto non solo l'inderogabilità delle tabelle ministeriali nella determinazione dei corrispettivi – e, dunque, il superamento dell'indirizzo giurisprudenziale, inaugurato dal Consiglio di Stato con la sentenza 29 marzo 2019, n. 2094, secondo il quale alle Stazioni appaltanti è consentito, in sede di determinazione della base d'asta, di discostarsi motivatamente dai parametri ministeriali - ma l'impossibilità di utilizzare i tradizionali criteri di aggiudicazione, pena la corresponsione di un importo finale non in linea con le citate tabelle. Tuttavia, cogliendo il forte impatto che la nuova disciplina potrebbe apportare nel settore dei contratti pubblici, l'OICE ha chiesto all'Autorità di confermare la bontà della ricostruzione normativa operata;

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 48748 del 22 giugno 2023, con cui AGESP ha contestato, in via preliminare, l'ammissibilità dell'istanza di precontenzioso, rilevando, in particolare: a) la carenza di legittimazione attiva dell'OICE, non avendo l'associazione fornito prova, in sede di formulazione dell'istanza, del concretizzarsi di "*una lesione dell'interesse collettivo tutelato*" comune a tutti gli associati; b) la carenza di interesse ad agire, non avendo l'istante dimostrato che l'importo fissato dalla Stazione appaltante sia manifestamente insufficiente alla copertura dei costi o alla remunerazione del capitale impegnato per l'esecuzione della commessa ovvero che escluda un sia pur minimo margine di utile o che comporti l'esecuzione dell'appalto in perdita per gli operatori partecipanti alla gara; c) la tardività dell'istanza di precontenzioso, in quanto, non determinando la presentazione dell'istanza alcuna sospensione dei termini processuali, sono decorsi i termini per l'impugnazione degli atti di gara, pubblicati in data 19 maggio 2023. Nel merito, la Stazione appaltante ha precisato che la valutazione condotta ai fini della determinazione dell'importo a base di gara ha tenuto conto dell'andamento del mercato di



riferimento e dei ribassi praticati in analoghe gare, dalla stessa bandite, e che il riferimento alla nuova L. 49/2023 sarebbe ininfluente in quanto, anche a seguito della novella normativa, le tariffe ministeriali continuerebbero a costituire un parametro di riferimento dal quale è consentito alle Stazioni appaltanti di discostarsi motivatamente;

VISTE la memoria di replica dell'OICE, acquisita al prot. n. 49480 del 23 giugno 2023;

VISTA la nota acquisita al prot. n. 51623 del 30 giugno 2023 con cui Agesp, ad ulteriore comprova della carenza di interesse ad agire dell'istante e, dunque, dell'inammissibilità e infondatezza dell'istanza di precontenzioso, ha prodotto l'elenco degli operatori economici partecipanti alla gara (in numero pari a 7);

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 51925 del 3 luglio 2023, con cui l'OICE ha chiesto di rigettare la richiesta di AGESP, essendo di palmare evidenza che l'istanza di precontenzioso è stata presentata dall'Associazione in rappresentanza di tutti gli Associati e in relazione a questioni di carattere generale legate a possibili violazioni di norme e di indicazioni fornite dalla stessa Autorità, a nulla rilevando elementi successivi che non danno contezza del fatto che, definendo diversamente l'importo a base di gara, si sarebbe ottenuta dal mercato altra e ancora più consistente partecipazione;

CONSIDERATO, preliminarmente, che la novità della questione sollevata dall'istante, relativamente all'impatto della disciplina recata dalla L. 49/2023 sulle procedure ad evidenza pubblica, impone di adottare la procedura ordinaria in luogo di quella semplificata di cui all'art. 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso, con conseguente nuova rubricazione del presente procedimento come UPREC-PRE-617/2023/S-PREC;

RITENUTO, sempre in via preliminare, di dover disattendere le eccezioni di rito formulate da AGESP. Quanto alla presunta carenza di legittimazione attiva e di interesse dell'OICE, si rappresenta che l'istanza è volta a tutelare un interesse di categoria. La questione sottoposta all'esame dell'Autorità attiene, infatti, alla violazione di previsioni che concretizzano una lesione dell'interesse collettivo dell'associazione, in quanto riguardano la congruità del corrispettivo posto a base di gara, alla luce dei parametri di cui al d.m. 17 giugno 2016 e della nuova disciplina dell'equo compenso (cfr. Delibera Anac n. 566 del 1 luglio 2020 e Delibera Anac n. 128 del 28 marzo 2023). Anche l'avvenuta presentazione di offerte non determina la sopravvenuta od originaria carenza di interesse dell'istante al rilascio del parere, posto che l'Associazione, quale soggetto esponenziale di un interesse collettivo, non lamenta l'impossibilità di presentare un'offerta ma il diritto dei professionisti ad ottenere un corrispettivo adeguato alla qualità e quantità della prestazione oggetto di affidamento, diritto che potrebbe essere compreso dalla previsione di un importo a base di gara ribassato rispetto ai parametri ministeriali. Per quanto concerne la contestata tardività dell'istanza di precontenzioso, si rappresenta che la sussistenza della causa di inammissibilità di cui all'art. 7, comma 1, lett. c) del vigente Regolamento deve essere valutata con riferimento alla data di trasmissione dell'istanza. Nel caso di specie, il bando di gara risulta pubblicato sulla GUUE e sulla GURI in data 24 maggio 2023 e l'istanza di precontenzioso è stata presentata in data 8 giugno 2023, quando non erano ancora decorsi i termini per l'impugnazione in sede giurisdizionale degli atti di gara;

CONSIDERATO, nel merito, che appare necessario procedere all'esame della Legge 21 aprile 2023, n. 49, pubblicata sulla G.U.R.I. in data 5 maggio 2023 ed entrata in vigore il successivo 20 maggio 2023, ovvero prima della pubblicazione sulla GUUE e sulla GURI del bando di gara in oggetto e, dunque, in base al principio del *tempus regit actum*, pienamente applicabile al caso in esame;



RILEVATO che la predetta legge, recante "*Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali*", stabilisce, all'art. 1, che "*...per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti rispettivamente:...* b) *per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27*". L'art. 2, comma 3, estende l'ambito di applicazione delle norme alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione. L'art. 3, comma 1, stabilisce, poi, 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; sono tali le pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali, fissati con decreto ministeriale...*". La nullità delle singole clausole non comporta la nullità del contratto, che rimane valido ed efficace per il resto. La nullità opera solo a vantaggio del professionista ed è rilevabile d'ufficio (art. 3, comma 4). Infine, l'art. 3, comma 5, prevede che "*La convenzione, il contratto, l'esito della gara, l'affidamento, la predisposizione di un elenco di fiduciari o comunque qualsiasi accordo che preveda un compenso inferiore ai valori determinati ai sensi del comma 1 possono essere impugnati dal professionista innanzi al tribunale competente per il luogo ove egli ha la residenza o il domicilio, al fine di far valere la nullità della pattuizione e di chiedere la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale prestata*". Infine, l'art. 12 ha disposto l'abrogazione dell'art. 2, comma 1, lettera a) del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che aveva eliminato dall'ordinamento l'obbligatorietà del ricorso a tariffe fisse o minime;

CONSIDERATO che dal complesso delle disposizioni citate si desume che le tariffe stabilite dal D.M. 17 giugno 2016 non possono più costituire un mero "*criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento*", come previsto dall'art. 24, comma 8, del D.lgs. 50/2016, ovvero un mero parametro dal quale è consentito alle Stazioni appaltanti di discostarsi, motivando adeguatamente la scelta effettuata. Le tariffe ministeriali, secondo la novella normativa, assurgono a parametro vincolante e inderogabile per la determinazione dei corrispettivi negli appalti di servizi di ingegneria e architettura e l'impossibilità di corrispondere un compenso inferiore rispetto ai suddetti parametri comporta anche la non utilizzabilità dei criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa; alla luce del nuovo quadro normativo sembra potersi ipotizzare che le procedure di gara aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi tecnici dovrebbero essere costruite come gare "a prezzo fisso", con competizione limitata alla componente qualitativa. Diversamente opinando, non si spiegherebbe né la previsione della nullità, rilevabile anche d'ufficio, della clausola che fissi un compenso inferiore a quello stabilito dal decreto ministeriale né l'abrogazione dell'art. 2, comma 1, lettera a) del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 che, come anticipato, aveva eliminato l'obbligatorietà delle tariffe minime. Si tratta di una novità di assoluto rilievo che, volta a garantire una adeguata remunerazione per le attività libero professionali, risulta indirettamente idonea anche a tutelare la qualità delle prestazioni, obiettivo di primaria importanza nel settore dei contratti pubblici, come testimoniato dai plurimi riferimenti contenuti nel testo del d.lgs. 50/2016 (tra i tanti, si segnalano l'art. 23, in tema di livelli della progettazione, ove è previsto che la progettazione deve assicurare "la qualità architettonica e tecnico funzionale e di relazione nel contesto dell'opera" e l'art. 30, in tema di principi per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, ove la qualità è anteposta agli altri principi che devono regolare l'affidamento degli appalti pubblici);



CONSIDERATO che, seguendo i criteri per la risoluzione di eventuali antinomie normative, la disciplina recata dalla L. 49/2023, in quanto legge speciale - come lo è la disciplina dei contratti pubblici - ma cronologicamente successiva al D.lgs. 50/2016, è destinata a prevalere su eventuali disposizioni di segno contrario contenute nel menzionato testo;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non è conforme alla normativa di settore, tenuto conto delle novità apportate dalla disciplina dell'equo compenso di cui alla Legge 49/2023.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 luglio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente