

# Equo compenso: facciamo il punto

di Beatrice Armeli

“ Il tema del compenso nei servizi tecnici è ormai notoriamente in primo piano da diverso tempo. Già sotto la vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 si è assistito al moltiplicarsi di pronunciamenti da parte dell'ANAC di stampo garantistico per il settore. Dallo scorso maggio, poi, il medesimo tema è divenuto ancor più complesso e dibattuto con l'avvento della legge sul c.d. equo compenso, rispetto alla quale si è registrato un mancato coordinato con le disposizioni dettate dall'attuale Codice dei contratti pubblici. Le incertezze applicative hanno indotto su più fronti a richiedere un intervento espresso del legislatore a chiarimento del conflitto tra norme, allo stato comunque ancora mancante. Sono così sbocciate diverse ipotesi che, per la loro mancata uniformità, ancora non fanno prassi operativa. Appare dunque opportuno ripercorrere le posizioni assunte sino ad oggi sull'annosa questione del rispetto del principio dell'equo compenso, così come delineato dalla nuova legge, nell'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, chiaramente a valle di una prodromica panoramica del testo normativo nella specie rilevante. ”

## 1. Il compenso delle professioni tecniche nel nuovo Codice

L'art. 8 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (entrato in vigore il 1° aprile 2023, ancorché – per la maggior parte delle norme – con acquisito di efficacia a decorrere dallo scorso 1° luglio) disciplina il divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito, disponendo, in particolare, al comma 2, primo periodo, che **le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente**, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Il secondo periodo del medesimo comma precisa inoltre che, fatti salvi i predetti casi eccezionali, **la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso**.

Evidentemente, la riconduzione dei servizi di ingegneria e architettura nell'ambito delle prestazioni d'opera intellettuale avrebbe già dovuto essere garanzia di necessaria onerosità del contratto di affidamento, con vantaggio economico diretto per il professionista<sup>1</sup>. Ciononostante,

detta disposizione è stata ritenuta non sufficientemente garantistica nei confronti dei professionisti tecnici, sostanzialmente per due ordini di ragioni:

- a) sia perché il legislatore ha lasciato aperta la possibilità di derogare al divieto in parola in un numero indefinito di casi, connotati solo da un carattere di “eccezionalità” che l'amministrazione è tenuta a individuare con motivazione adeguata, al fine di prevedere affidamenti di incarichi gratuiti;
- b) sia perché, nella formulazione originaria del Codice, è risultata mancante la puntualizzazione secondo cui, oltre al principio dell'equo compenso, la pubblica amministrazione sarebbe tenuta a garantire anche l'applicazione dei parametri professionali vigenti.

Il testo definitivo del Codice, così come pubblicato in G.U., pur lasciando inalterata la disposizione in parola, ha colmato la lacuna emersa e criticata nella versione precedente, stabilendo espressamente le modalità di determinazione dei compensi nell'Allegato I.13, specificatamente con riguardo agli affidamenti di servizi tecnici.

(1) E ciò anche nei settori speciali, in virtù di quanto previsto dall'art. 141, comma 3, lett. a), che richiama, tra le norme applicabili, anche quella relativa al divieto di prestazioni professionali gratuite.

Secondo infatti quanto disposto dall'art. 41, comma 15, del d.lgs. 36/2023, nell'Allegato I.13 sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività relative:

- alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica ed esecutiva di lavori;
- al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione;
- alla direzione dei lavori, alla direzione di esecuzione;
- al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione;
- al collaudo;
- agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici.

I predetti corrispettivi devono in particolare essere utilizzati ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento.

Viene altresì precisato che l'Allegato in questione sarà destinato ad essere abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo andrà a sostituire integralmente anche in qualità di allegato al Codice.

L'Allegato I.13 riprende dunque, attualizzandolo, il d.m. 17 giugno 2016, al fine di disciplinare le modalità di determinazione dei corrispettivi dovuti per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura. Il comma 2 del relativo art. 1 precisa comunque che per la determinazione delle ulteriori prestazioni professionali continua ad applicarsi il suddetto decreto Parametri. Inoltre, ai sensi del successivo art. 2, comma 1, fino alla data di adozione del sopra citato decreto ministeriale di cui all'art. 41, comma 15, del Codice, le aliquote previste dal d.m. 17 giugno 2016 sono ripartite in relazione alle fasi progettuali così come disciplinate dal medesimo art. 41, secondo la tabella A annessa all'Allegato stesso, corredata da un'apposita nota di lettura esplicativa.

La pubblica amministrazione è dunque tenuta all'applicazione dei parametri suddetti nelle procedure di affidamento dei servizi tecnici di natura intellettuale. Questi ultimi, in particolare, se di importo pari o supe-

riore a 140.000 euro (ovvero a 143.000 a decorrere dal 1° gennaio 2024<sup>2)</sup>, sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 108, comma 2, lett. b), del Codice. Mentre l'art. 48, comma 1, dello stesso d.lgs. 36/2023 prevede che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II, tra cui ricade il succitato art. 8, fermo restando che ai medesimi contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, ove non derogate, le disposizioni del Codice, tra cui anche il predetto art. 41.

## 2. La legge sull'equo compenso

Rispetto al quadro normativo sopra delineato si interseca tuttavia la l. 21 aprile 2023, n. 49 (*"Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali"*, in vigore dallo scorso 20 maggio), la quale, in 13 articoli, è intervenuta sulla disciplina in materia di equo compenso delle prestazioni professionali rese nei confronti di particolari categorie di imprese, con la finalità di rafforzare la tutela del professionista – in relazione alle attività professionali aventi per oggetto la prestazione d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. – e porre rimedio a situazioni di squilibrio nei rapporti contrattuali tra i professionisti e i clienti cosiddetti "forti". La legge – che riconduce in sostanza l'equo compenso alle tariffe professionali, sanzionando con la nullità pattuizioni diverse – riguarda anche le prestazioni professionali rese nei confronti della pubblica amministrazione secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 3.

L'art. 1 contiene la definizione di equo compenso, specificando che quest'ultimo, per essere tale, deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto e al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai parame-

(2) Secondo quanto previsto dal Regolamento Delegato (UE) 2023/2495 della Commissione del 15 novembre 2023 che modifica la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le soglie degli appalti pubblici di forniture, servizi e lavori e dei concorsi di progettazione.

**tri stabiliti per la determinazione dei compensi.** È il comma 1 dell'art. 3 che stabilisce poi, in particolare, la nullità delle clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato per lo svolgimento di attività professionali, anche con riguardo ai costi sostenuti dal prestatore d'opera. La disposizione specifica altresì che sono nulle le pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti in base ai parametri per la liquidazione dei compensi determinati con decreto del Ministro vigilante sulla professione (coerentemente, dunque, v. art. 41, comma 15, del d.lgs. 36/2023), da aggiornarsi ogni due anni, su proposta dei consigli nazionali delle professioni, ai quali, peraltro, viene attribuita la legittimazione ad agire in giudizio in caso di violazione delle disposizioni in materia di equo compenso, ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 5. **Il comma 3 del medesimo art. 3 esclude tuttavia la nullità delle clausole che riproducono disposizioni di legge.**

Ad ogni modo, il comma 2 prevede la nullità delle pattuizioni che vietino al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione o che impongano l'anticipazione di spese o che, comunque, attribuiscono al committente vantaggi sproporzionati rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro svolto o del servizio reso. A tale riguardo sono espressamente dichiarati nulli alcuni tipi di pattuizione consistenti, *inter alia*: i) nel riservare al committente la facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che il professionista deve eseguire a titolo gratuito; ii) nell'imporre al professionista l'anticipazione delle spese o la rinuncia al rimborso delle spese connesse allo svolgimento della prestazione; iii) nella previsione di termini di pagamento superiori a sessanta giorni dal ricevimento della fattura.

Il comma 4 del medesimo art. 3 prevede poi che la nullità delle singole clausole contrattuali, rilevabile d'ufficio, non infici comunque l'intero contratto, operando solo a vantaggio del professionista. Mentre il comma 5 stabilisce che l'azione per far valere la nullità della pattuizione e chiedere la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale prestata può essere promossa dal professionista innanzi al tribunale del luogo ove egli ha la residenza o il domicilio. In tal caso, in base al comma 6, il tribunale procede alla rideterminazione del compenso secondo i parametri ministeriali in vigore, tenendo conto dell'opera effettivamente prestata. Per le sole professioni organizzate in ordini o collegi è inoltre previsto che il tribunale

possa chiedere al professionista di produrre il parere di congruità del compenso, reso dall'ordine o dal collegio professionale. A riguardo si specifica che il parere di congruità costituisce elemento di prova circa le caratteristiche dell'attività prestata<sup>3</sup> e che il tribunale può comunque avvalersi anche della consulenza tecnica, ove indispensabile ai fini del giudizio.

L'art. 4 ribadisce che spetta al giudice, rilevato il carattere iniquo del compenso, rideterminarlo condannando il committente al pagamento del dovuto (ossia della differenza tra l'equo compenso così determinato e quanto già versato al professionista); inoltre, il giudice può condannare la parte al pagamento di un indennizzo in favore del professionista, pari a una somma fino al doppio della suddetta differenza, fatto salvo il risarcimento dell'eventuale maggiore danno.

L'art. 10, per di più, istituisce presso il Ministero della giustizia l'Osservatorio nazionale sull'equo compenso, con il compito di: i) vigilare sul rispetto della legge, segnalando al Ministro della giustizia eventuali pratiche elusive delle disposizioni sull'equo compenso; ii) esprimere pareri o formulare proposte relativamente agli atti normativi che intervengono sui criteri di determinazione dell'equo compenso o disciplinano le convenzioni; iii) presentare alle Camere una relazione annuale sulla propria attività di vigilanza.

### **3. L'implicita abrogazione dell'art. 8, comma 2, primo periodo, del d.lgs. 36/2023**

Alla luce di quanto illustrato, possiamo dunque ragionevolmente dedurre che la previsione di cui all'art. 8, comma 2, del nuovo Codice – che ammette, in casi eccezionali e previa adeguata motivazione, la prestazione d'opera intellettuale a titolo gratuito – viene implicitamente abrogata dalla l. 49/2023, non valendo

(3) Per di più, l'art. 7, al comma 1, prevede la possibilità che il parere di congruità emesso dall'ordine o dal collegio, in alternativa alle procedure di ingiunzione di pagamento (artt. 633 e ss. c.p.c.) – e a quelle specifiche per le controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato (art. 14 del d.lgs. 150/2011) – acquisti efficacia di titolo esecutivo per il professionista, se rilasciato nel rispetto delle procedure e se il debitore non ha proposto opposizione, ai sensi dell'art. 702-bis del codice di procedura civile (c.p.c.), entro quaranta giorni dalla notificazione del parere stesso.

neppure come disposizione capace di esentare la nullità di una clausola del contratto pubblico di affidamento di servizi di natura intellettuale (tra cui anche i servizi di ingegneria e architettura) non conforme al principio dell'equo compenso, ai sensi del menzionato art. 3, comma 3, di quest'ultima. Infatti, la norma in questione non esplicita tassativamente i casi eccezionali in cui la prestazione professionale possa essere svolta a titolo gratuito e neppure delinea i contorni dell'eccezionalità. Sarebbe proprio la natura aperta della clausola di salvezza a non collimare con la previsione di cui al comma 3 dell'art. 3, lasciando indeterminati i casi di gratuità. Ragionando diversamente, e ammettendo quindi il comma 2 dell'art. 8 come una di quelle "*disposizioni di legge*" che consentono di escludere la nullità delle clausole relative ad un compenso non equo, si aprirebbe facilmente uno spiraglio per eludere, a discrezione della stazione appaltante capace di motivare adeguatamente, tutta la prospettata disciplina sull'equo compenso.

Può dirsi dunque che nessuna deroga all'applicazione del principio dell'equo compenso potrà essere invocata a norma dell'art. 8, comma 2, del Codice, in virtù di quanto previsto dall'art. 15 delle Preleggi, a norma del quale le leggi sono abrogate da leggi posteriori, non solo per dichiarazione espressa del legislatore, ma anche per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti. Conseguentemente – va da sé – decade anche tutta quella giurisprudenza formatasi in seno al d.lgs. 50/2016, secondo la quale la normativa sull'equo compenso starebbe a significare soltanto che, laddove il compenso sia previsto, lo stesso debba necessariamente essere equo, mentre non potrebbe ricavarsi dalla medesima normativa l'ulteriore e diverso corollario che detto compenso debba essere sempre previsto, nel senso che l'equo compenso non può essere invocato laddove l'amministrazione ha bandito – avendone facoltà – non un incarico retribuito, bensì gratuito<sup>4</sup>. È stato quindi ritenuto che per la pubblica amministrazione troverebbe sì applicazione il concetto di equo compenso, ma non entro rigidi e ristretti parametri, dovendo piuttosto ancorarsi a criteri di maggiore flessibilità legati, tra l'altro, ad esigenze di contenimento della spesa

(4) Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2021, n. 7442. Nella specie, il Consiglio ha ritenuto legittima la scelta di una pubblica amministrazione di chiedere la disponibilità anche agli avvocati di fornire una collaborazione non retribuita.

pubblica<sup>5</sup>. Del resto, ad oggi, secondo la giurisprudenza amministrativa, la disciplina dell'equo compenso sarebbe rivolta a tutelare la posizione del professionista debole e non l'indipendenza, la dignità e il decoro della categoria professionale, per cui è stato lecito derogare ai minimi tariffari ed allo stesso principio dell'equo compenso, non trovando, in particolare, detta disciplina applicazione ove la clausola contrattuale relativa al compenso per la prestazione professionale sia stata 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 abbia imposto al professionista il compenso per la prestazione dei servizi da affidare<sup>6</sup>. Poiché dunque, fino a ieri, il dato normativo ha inclinato nel senso di escludere che i corrispettivi posti dalle tabelle ministeriali costituissero "*minimi tariffari inderogabili*"<sup>7</sup>, la stessa giurisprudenza amministrativa ha ritenuto compatibile con la disciplina dell'equo compenso persino procedure di affidamento di incarichi professionali "gratuiti" ovvero – stante l'onerosità *ex lege* del contratto d'appalto – con vantaggi economici indiretti.

Anche la Cassazione ha affermato che, stante la derogabilità dei minimi tariffari, non vi è alcun ostacolo a che il soggetto pubblico conferente l'incarico contrattati liberamente con il professionista un corrispettivo inferiore alle tariffe degli onorari, corrispettivo che il professionista stesso ha piena facoltà di accettare o rifiutare<sup>8</sup>.

Eppure, se da un lato la spinta alla concorrenzialità ha, nel recente passato, aperto alla derogabilità dei minimi, non si è mancato di ritenere come la configurabilità di un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito si ponga in disarmonia rispetto al quadro di riferimento normativo, tenuto conto che non ogni servizio prestato reca con sé vantaggi curricolari e di immagine tali da garantire, sia pure indirettamente, vantaggi economici tali da soddisfare il diritto a un equo compenso<sup>9</sup>.

(5) TAR Lazio, Roma, sez. III, 27 agosto 2021, n. 9404.

(6) TAR Lombardia, Milano, sez. I, 29 aprile 2021, n. 1071, con riguardo al caso di un legale partecipante ad una procedura comparativa per il conferimento del mandato difensivo di una pubblica amministrazione.

(7) Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094.

(8) Cass. civ., sez. I, 23 settembre 2021, n. 25828.

(9) TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 2 agosto 2018, n. 1507.

Il tema dell'ammissibilità dell'affidamento a titolo gratuito di un incarico professionale da parte della pubblica amministrazione e della compatibilità dello stesso con il principio dell'equo compenso, è stato ancora recentemente affrontato anche dal Consiglio di Stato che, in particolare, ha ritenuto come il principio dell'equo compenso di cui all'art. 19-*quaterdecies*, comma 3, del d.l. 47/2017, pur non ostando all'affidamento gratuito di un incarico professionale, non consenta alla pubblica amministrazione di affidare un incarico ad un professionista in base al criterio del minor prezzo, senza considerare l'elemento della qualità della prestazione offerta, avendo il suddetto principio lo scopo non solo di proteggere la parte debole del rapporto contrattuale, ma anche di tutelare l'interesse pubblico ad acquisire prestazioni di qualità. In altri termini, non sarebbe per legge preclusa al professionista la facoltà di rinunciare al compenso al fine di ottenere vantaggi indiretti o, addirittura, senza alcun vantaggio; tuttavia, qualora il compenso sia previsto, lo stesso deve essere equo, ovvero proporzionale alla qualità e quantità del lavoro svolto, non potendosi tuttavia ricavare da tale disposizione il corollario che il compenso debba essere sempre previsto<sup>10</sup>. Anche il TAR Sicilia<sup>11</sup> ha da poco rimarcato l'obbligo per la pubblica amministrazione di rispettare il principio dell'equo compenso nella determinazione dei corrispettivi riconosciuti ai professionisti, affermando, nella specie, che pur potendo la pubblica amministrazione stabilire con maggiore flessibilità il compenso da riconoscere ai professionisti incaricati, in assenza di norme che impongano dei minimi tariffari e anche al fine di contenere la spesa pubblica, essa è comunque tenuta a "contemperare tali esigenze con quella di assicurare al professionista un compenso che non sia lesivo del decoro e del prestigio della professione".

L'ultimo tassello al variegato mosaico lo ha aggiunto la l. 49/2023 che, ancorando di fatto l'equo compenso ai parametri, non solo va a vanificare la previsione di cui all'art. 8, comma 2, del nuovo Codice, ma andrebbe addirittura a sfumare tutto quel portato interpretativo formatosi con riguardo all'art. 24, comma 8, del d.lgs. 50/2016 – astrattamente ancora invocabile anche con l'avvento del d.lgs. 36/2023 – secondo il quale le stazioni

appaltanti possono derogare all'obbligo di determinare il corrispettivo mediante l'applicazione delle tabelle di cui al decreto ministeriale, ma solo in presenza di una motivazione adeguata e correlata ai fatti a giustificazione dello scostamento rispetto all'importo determinato sulla base delle tabelle medesime, che rappresenta in ogni caso il parametro di riferimento per la stazione appaltante (v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094; nonché Comunicato Presidente ANAC 3 febbraio 2021<sup>12</sup>).

#### 4. La posizione dell'ANAC

Sul tema in oggetto, l'Autorità si è espressa negli ultimi mesi con diversi pronunciamenti, segnatamente con:

- i) l'atto del presidente del 27 giugno 2023, nel quale è stato sollevato il problema di valutare se attraverso la l. 49/2023 il legislatore abbia reintrodotta dei parametri professionali minimi, unitamente alla difficoltà di comprendere quale possa essere il ribasso massimo che conduce a ritenere il compenso equo nell'ambito delle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura;
- ii) la delibera del 20 luglio 2023, n. 343, con la quale si è affermato che, in base alla nuova disciplina dell'equo compenso recata dalla l. 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, osservandosi altresì che "[l]e 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";

(10) Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2084.

(11) TAR Sicilia, sez. I, 14 marzo 2023, n. 815.

(12) "Corrispettivi a base di gara per le procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria".

- iii) il **Parere di precontenzioso del 13 ottobre 2023, n. 732**, con il quale l'ANAC ha ritenuto che il **criterio di aggiudicazione del prezzo più basso** per l'affidamento del servizio di CSE – come per ogni altro servizio di ingegneria e architettura – **non sia conforme alla normativa di settore**;
- iv) l'Atto del Presidente del 25 ottobre 2023, con cui l'ANAC:
- a) ha confermato la **permanente attualità dei principi in tema di completezza del corrispettivo** espressi, sotto la vigenza del d.lgs. 50/2016, con i Comunicati del Presidente del 3 febbraio 2021, 11 maggio 2022 e 8 novembre 2022 (nel medesimo senso v. anche la **delibera del 13 settembre 2023, n. 453** ove si legge che all'operatore economico non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di gara che non sono state considerate ai fini del calcolo dei compensi, essendo la stazione appaltante tenuta a riconoscere al progettista un compenso equo, tenendo conto di tutte le prestazioni richieste ai fini dell'espletamento dell'incarico, anche se appartenenti ai livelli di progettazione omessi);
  - b) ha espressamente affermato, proprio con riferimento agli appalti di servizi di architettura e ingegneria disciplinati dal d.lgs. 36/2023, la sussistenza di dubbi interpretativi in ordine:
    - 1) alle modalità di applicazione dell'equo compenso per le prestazioni professionali, come definito dalla l. 49/2023; 2) e, in particolare, alla **valenza da attribuire alle tabelle dei corrispettivi**, richiamate dall'Allegato I.13, atteso il mancato coordinamento tra le citate norme primarie.

Per l'ANAC, infatti: 1) da una parte, la l. 49/2023 sembrerebbe attribuire agli importi calcolati ai sensi del Decreto ministeriale un carattere inderogabile, con la conseguenza che non sarebbero ammessi riduzioni dell'importo a base di gara, né ribassi in sede di gara inferiori al minimo tariffario; 2) d'altra parte, il nuovo Codice richiama i suddetti parametri ai fini della determinazione dell'importo a base di gara che, di regola, è soggetto a ribasso. Da qui l'opportunità, evidenziata dalla stessa ANAC, di valutare con attenzione il criterio di selezione dell'offerta e la legittimità della riduzione dell'importo a base di gara.

## 5. La posizione del Consiglio nazionale ingegneri

Anche il CNI ha preso posizione sul dibattuto tema, con un interessante documento del Centro Studi pubblicato lo scorso luglio, dal titolo *“La disciplina dell'equo compenso e gli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura secondo il d.lgs. 36/2023”*.

In particolare, dopo aver confermato l'abrogazione implicita dell'art. 8, comma 2, primo periodo, del Codice per effetto dell'intervenuta l. 49/2023, il CNI deduce dall'attuazione della legge sull'equo compenso un *“divieto di ribassabilità del compenso professionale”*, nel senso di una *“inammissibilità di un confronto competitivo basato sul prezzo”*, non essendo possibile procedere all'aggiudicazione di commesse aventi ad oggetto l'esecuzione di prestazioni intellettuali sulla base del massimo ribasso, in quanto la base d'asta determinata secondo il combinato normativo di cui alla l. 49/2023 e al d.lgs. 36/2023, è già equo compenso. La questione si pone, chiaramente, per i soli affidamenti diretti, in quanto, per gli affidamenti d'importo superiore ai 140.000 euro (ovvero a 143.000 a decorrere dal 1° gennaio 2024), l'art. 108 del Codice prevede l'obbligatorio ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In detto caso, quindi, la questione che si pone è quella della compatibilità del criterio dell'OEPV con il principio dell'equo compenso.

Per il CNI, in particolare, sulla scorta di quanto disposto dal **comma 5 dell'art. 108 del Codice** (ai sensi del quale *“[l]’elemento relativo al costo [...] può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi”*), **deve ammettersi la possibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto secondo il criterio dell'OEPV individuata sulla base dei soli elementi qualitativi dell'offerta**. Detta offerta a “prezzo fisso”, peraltro, non rappresenterebbe un *tertium genus* rispetto ai due criteri di aggiudicazione dell'OEPV sulla base del rapporto qualità/prezzo e del prezzo più basso, quanto piuttosto una specificazione del primo<sup>13</sup>. Tuttavia, anche per il CNI corre l'obbligo di una precisazione, nel senso di **distinguere**, all'intero del corrispettivo nel suo insieme considerato, il **compenso da spese ed oneri accessori**, secondo quanto previsto

(13) V. TAR Toscana, Firenze, 4 ottobre 2021, n. 1260.

dall'art. 1 dell'Allegato I.13 e già in ossequio a quanto previsto dal d.m. 17 giugno 2016.

Detta osservazione induce infatti a evidenziare come oggetto della l. 49/2023 sia la tutela dell'equo "compenso" e non delle spese, con la conseguenza che, sul piano generale, per lo stesso CNI non sembrerebbero frapporsi ostacoli alla ribassabilità di queste ultime. Senonché, il ribasso sulle spese, astrattamente ammissibile, dovrà essere tale da non intaccare l'equità del compenso.

Osserva infatti il CNI come il ribasso sulle spese (ma ancora prima la determinazione del loro corretto importo da porre a base d'asta) possa incidere negativamente sulla "equità" del compenso, determinandone una indiretta ed illegittima) lesione. In altri termini, qualora l'importo stabilito a titolo di rimborso delle spese fosse insufficiente alla loro effettiva copertura, quest'ultima non potrà che essere raggiunta attraverso l'utilizzo di una parte delle somme riconosciute come "compenso", determinandone così un indiretto ed artificioso ribasso.

Pertanto per il CNI, a fronte di un ribasso eccessivo rispetto alle spese, tale da incidere indirettamente sull'equità del compenso previsto per l'erogazione della prestazione professionale, potrà dirsi evidente la presunzione di anomalia dell'offerta, tale per cui sarà obbligo della stazione appaltante procedere alla relativa verifica nei termini di cui all'art. 110 del Codice che appunto disciplina la procedura per la verifica delle "offerte anormalmente basse".

Successivamente, con la Circolare del 26 ottobre 2023, n. 98, il CNI ha esposto una serie di considerazioni in tema di procedure di affidamento diretto ed equo compenso. Muovendo in particolare dalla natura giuridica dell'affidamento diretto, come definito dall'art. 3, comma 1, lett. d), dell'Allegato I.1 al nuovo Codice, da cui emergerebbe l'esplicita e piena esclusione dello stesso tra le "procedure di gara, nonché la centralità della discrezionalità della stazione appaltante nella scelta dell'operatore economico aggiudicatario", implicante che "la scelta dell'operatore affidatario diretto non deve avvenire sulla base dei criteri di aggiudicazione tipizzati dal Legislatore (offerta economicamente più vantaggiosa, nelle sue molteplici varianti, oppure criterio del prezzo più basso)", il CNI conferma che "l'affidamento diretto è pienamente compatibile con l'applicazione dell'equo compenso di cui alla successiva legge 21 aprile 2023 n. 49". Nella Circolare viene peraltro ricordato che l'art.

108 del d.lgs. 36/2023, al comma 1, fa "salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici" e dunque anche le disposizioni di cui alla l. 49/2023. Conseguentemente, viene precisato che "anche per gli affidamenti diretti, la selezione incentrata esclusivamente su criteri quantitativi di ribasso economico – qualora conducesse alla determinazione di un compenso in favore del professionista inferiore al compenso equo come determinato ai sensi della legge n. 49/2023 – dovrà ritenersi per ciò solo illegittima".

Logico corollario è che non è possibile procedere all'aggiudicazione di commesse aventi ad oggetto l'esecuzione di prestazioni intellettuali sulla base del massimo ribasso, in quanto la base d'asta determinata secondo il combinato disposto normativo di cui alla l. 49/2023 e al d.lgs. 36/2023, costituisce già il compenso equo.

Chiarito dunque, che l'equo compenso rappresenta un diritto non comprimibile del professionista intellettuale, "anche l'affidamento diretto deve perfezionarsi sulla base di criteri esclusivamente qualitativi una volta che il valore della commessa, così come stimato dalla stazione appaltante, sia di pari al compenso equo". Sempre ad avviso del Consiglio Nazionale, sfugge invece al divieto di ribasso la componente economica delle spese stimate dell'incarico professionale, in quanto esse non sono propriamente inquadrabili come "compenso".

In conclusione, nei casi di ricorso all'affidamento diretto di servizi di ingegneria ed architettura, per il CNI "l'assenza di una procedura concorrenziale e la necessaria prevalenza del principio dell'equo compenso [...] porta a ritenere non utilizzabile un criterio di individuazione dell'affidatario incentrato sul solo prezzo della prestazione e questo non solo per l'affievolimento (rispetto alle gare propriamente intese) delle esigenze concorrenziali, ma anche (e in particolare) per la fisiologica incapacità di efficacemente selezionare, e dunque per la pratica inutilità, di una procedura incentrata esclusivamente sul parametro economico".

## 6. La posizione dell'OICE

Anche l'Associazione di categoria si è espressa sul tema controverso, in modo tuttavia parzialmente discordante rispetto a quanto sopra prospettato. Per l'OICE, infatti, l'ANAC, con la sopra citata Delibera n. 343/2023, ha

accolto la tesi – sostenuta dalla medesima Associazione – sull'inderogabilità delle tariffe per il calcolo della base di gara, ma non avrebbe dato via libera alle gare a prezzo fisso, risultando pertanto necessario intervenire per coordinare il nuovo Codice con la l. 49/2023. Per la stessa OICE, peraltro, non solo non vi sarebbe alcun indirizzo vincolante sulle gare a prezzo fisso, ma parrebbe addirittura che la legge sull'equo compenso sia – *de jure condendo* – da disapplicare nelle gare pubbliche per servizi d'ingegneria e architettura, secondo quanto emergerebbe da una proposta di modifica legislativa al vaglio della Consulta interregionale di OICE. Così, almeno, è quanto stato riportato in una lettera aperta, fortemente critica, a firma di una società di ingegneria indirizzata al Presidente dell'Associazione e, per conoscenza, a tutti gli altri associati. Certamente, comunque, la presa pubblica di posizione dell'OICE è stata nel senso che *“ammettere scelte basate soltanto su elementi discrezionali significa di fatto annullare la concorrenza, non incentivare il mercato al miglioramento delle prestazioni e eludere il rapporto qualità/prezzo che è alla base del diritto europeo e delle regole di contabilità pubblica”*. Ciò che emerge, in sostanza, è il tema del delicato bilanciamento tra equo compenso e concorrenza.

## 7. Osservazioni

Alla luce del quadro normativo riportato (*sub* §§ 1 e 2) e tenendo a mente le diverse considerazioni sopra esposte, da parte nostra possiamo osservare che:

- la l. 49/2023, successiva al nuovo Codice degli appalti pubblici, ha implicitamente abrogato l'art. 8, comma 2, primo periodo, di quest'ultimo, nella parte in cui ammette eccezionalmente, e previa adeguata motivazione, prestazioni a titolo gratuito da parte di professionisti prestatori d'opera intellettuale, in quanto dettante previsioni in tal senso incompatibili (*v. supra*, § 3);
  - il rispetto delle modalità di determinazione dei corrispettivi previste dall'Allegato I.13 consente di assicurare un compenso equo negli affidamenti dei SIA, in conformità a quanto previsto sia dal d.lgs. 36/2023 che dalla l. 49/2023;
  - conseguentemente, a base d'asta non potranno essere previsti importi inferiori a quelli determinati in base ai parametri a cui rimanda il predetto Allegato;
- occorre poi domandarsi se il criterio dell'OEPV non sia in effetti più compatibile con il principio dell'equo compenso, dovendosi (eventualmente) distinguere tra affidamenti sotto soglia<sup>14</sup> e affidamenti sopra soglia.
    - a) Per gli affidamenti dei SIA di importo inferiore e non uguale a 140.000 euro (ovvero a 143.000 a decorrere dal 1° gennaio 2024) come prospettato dall'ANAC, verrebbero a delinearsi procedure di gara costruite “a prezzo fisso”, con competizione limitata alla componente qualitativa, posto che, per garantire il principio dell'equo compenso, equiparato dalla l. 49/2023 alle tariffe professionali, non appare possibile procedere a ribasso, ferma l'ipotesi di ribassabilità di spese ed oneri accessori, il cui importo, secondo quanto disposto dall'art. 5 del d.m. 17 giugno 2016 a cui rimanda l'Allegato I.13, è stabilito in maniera forfettaria<sup>15</sup>, tenendo comunque a mente l'art. 3, comma 2, della l. 49/2023, ai sensi del quale è da ritenersi nulla la clausola che preveda la rinuncia al rimborso delle spese connesse allo svolgimento della prestazione.
    - b) Per gli affidamenti dei SIA di importo pari o superiore a 140.000 euro (ovvero a 143.000 a decorrere

(14) Trattasi degli affidamenti diretti ex art. 50, comma 1, lett. b), del d.lgs. 36/2023, a norma del quale le stazioni appaltanti procedono all'affidamento diretto dei servizi di ingegneria e architettura e dell'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro (ovvero a 143.000 a decorrere dal 1° gennaio 2024), anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante. Cfr. comunque: Circolare MIT del 20 settembre 2023, n. 298, ove si riconosce la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici, nel caso in cui intendano affidare contratti pubblici di valore inferiore alle soglie europee, di ricorrere alle procedure ordinarie in ossequio ai principi sanciti nella Parte I, Titolo I del Codice, tra cui sono compresi i principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza, proporzionalità e fiducia.

(15) In particolare: i) per opere di importo fino a euro 1.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 25 per cento del compenso; ii) per opere di importo pari o superiore a euro 25.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 10 per cento del compenso; iii) per opere di importo intermedio in misura non superiore alla percentuale determinata per interpolazione lineare.

dal 1° gennaio 2024) varrebbe invece il disposto di cui all'art. 108, comma 2, lett. b), del Codice, dovendosi dunque **procedere esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo**. In tal caso, potrebbero delinearsi due possibili soluzioni.

- 1) **Il criterio dell'OEPV potrebbe essere solo formalmente salvato**, ammettendosi la ribassabilità unicamente di spese ed oneri accessori. Invero, detto criterio verrebbe applicato ai sensi del comma 5 dell'art. 108 del Codice, ossia sulla base di soli criteri qualitativi e a prezzo fisso. In tal modo verrebbe meno, sotto detto profilo, la distinzione rispetto agli affidamenti sotto soglia.
- 2) **Il criterio dell'OEPV potrebbe essere sostanzialmente salvato** in virtù di quanto previsto dall'art. 3 della l. 49/2023, il quale, nonostante al comma 1 sancisca con la nullità le pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti in base ai parametri, esclude al contempo al comma 2 la nullità delle clausole che riproducono disposizioni di legge; dunque, una clausola contrattuale determinativa del compenso quale risultato dell'applicazione del criterio dell'OEPV ai sensi e per gli effetti dell'art. 108, comma 2, lett. b), del d.lgs. 36/2023 potrebbe astrattamente ritenersi valida. Ferma dunque l'equità del compenso che la pubblica amministrazione deve garantire *in primis* a

norma dell'art. 8, comma 2, secondo periodo, del Codice, nonché ai sensi dell'art. 2, comma 3, della l. 49/2023, nel senso che lo stesso deve sempre e comunque essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto e al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale come previsto dall'art. 1 della medesima l. 49/2023, negli affidamenti dei SIA sopra soglia troverebbe spazio il criterio dell'OEPV in ragione della disposizione speciale di cui all'art. 108, comma 2, lett. b), del d.lgs. 36/2023, implicitamente fatta salva dalla clausola di salvezza di cui all'art. 3, comma 3, della l. 49/2023, che esclude in sostanza la nullità delle pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti in base ai parametri laddove sia la legge ad ammetterlo. E quanto previsto dalla disposizione del sopra citato art. 108 potrebbe essere – ad avviso di chi scrive – proprio uno di questi casi, ben giustificato peraltro dai principi di libera concorrenza e apertura al mercato, che, per effetto della suesposta interpretazione, non patirebbero alcun detrimento, essendo del resto di pari rango rispetto a quello dell'equo compenso. La questione in tal caso si sposta evidentemente sul margine di ribasso “consentito” al fine di garantire comunque l'equità del compenso. Chiaro è che deve essere il legislatore a stabilirlo, magari ispirandosi ad una storia già nota che narrava una percentuale massima del 20 per cento<sup>16</sup>.

(16) V. l. 26 aprile 1989, n. 155, apportante modificazioni in sede di conversione del d.l. 2 marzo 1989, n. 65, al cui art. 1, comma 12-bis, si leggeva: “[p]er le prestazioni rese dai professionisti allo Stato e agli altri enti pubblici relativamente alla realizzazione di opere pubbliche o comunque di interesse pubblico, il cui onere è in tutto o in parte a carico dello Stato e degli altri enti pubblici, la riduzione dei minimi di tariffa non può superare il 20 per cento”.