

Il criterio di aggiudicazione da adottare per gli affidamenti di servizi di ingegneria e architettura

ANAC, parere di precontenzioso 13 ottobre 2023, n. 732

di *Beatrice Armeli*

“ Traiamo spunto dal parere ANAC di precontenzioso 13 ottobre 2023, n. 732 per provare a ricostruire il quadro giuridico sul dibattuto tema dell'equo compenso nei SIA. ”

La pronuncia dell'ANAC

Il presente parere viene reso con riferimento ad una procedura per l'affidamento del servizio di CSE su istanza dell'OICE, la quale contestava la previsione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'Autorità condivide pienamente quanto formulato dall'istante, secondo cui l'art. 108, comma 2, del d.lgs. 36/2023, a mente del quale i servizi di ingegneria e architettura di importo superiore a 140.000 euro – quale quello di specie – devono obbligatoriamente essere aggiudicati secondo il criterio dell'OEPV. Al contempo l'ANAC disconosce quanto invece affermato dalla stazione appaltante, secondo cui l'applicazione del minor prezzo sarebbe giustificata dalle caratteristiche standardizzate dell'appalto, con conseguente applicazione del comma 3 del citato art. 108. Tale disposizione, infatti, costituisce una norma generale destinata a cedere di fronte alla norma di carattere

speciale dettata con specifico riferimento ai servizi di ingegneria e architettura. È stato quindi previsto dal legislatore un vincolo nel criterio di aggiudicazione da adottare per gli affidamenti dei SIA superiori ad una certa soglia, non apparendo peraltro possibile riconoscere ai servizi di ingegneria e, in particolare, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, la natura di servizio standardizzato, anche sulla scorta di quanto previsto dalle Linee guida n. 2¹. Infatti, la ripetitività e la standardizzazione costituiscono attributi che mal si conciliano con le prestazioni di servizi di ingegneria e architettura, comprendendo attività che richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate o la ideazione di soluzioni progettuali personalizzate.

In conclusione, dunque, l'ANAC ritiene 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.

(1) Di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in tema di "Offerta economicamente più vantaggiosa".

Il criterio dell'OEPV è compatibile con il principio dell'equo compenso?

Nel pieno dibattito sull'applicabilità negli affidamenti dei SIA del principio dell'equo compenso, sancito dalla l. 49/2023, l'Autorità si astiene dall'affermare espressamente che il criterio da applicarsi sia quello dell'OEPV, nonostante la norma richiamata in tal senso deponga, limitandosi semplicemente ad escludere quello che, per legge, non è mai applicabile ai SIA. La sfumatura si coglie a mente di due recenti pronunciamenti della medesima Autorità, segnatamente:

- 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"*.

Da qui la domanda se il criterio dell'OEPV non sia in effetti più compatibile con il principio dell'equo compenso. Invero, ad avviso di chi scrive parrebbero opportune talune precisazioni, partendo dal dato normativo. L'art. 8 del codice disciplina il divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito, disponendo, in particolare, al comma 2, primo periodo, che le presta-

zioni 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.**

Secondo quanto disposto dall'art. 41, comma 15, del d.lgs. 36/2023, nell'Allegato I.13 – che riprende, attualizzandolo, il d.m. 17 giugno 2016 – 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. I predetti corrispettivi devono in particolare essere **utilizzati ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento.**

Ai sensi dell'art. 108, comma 2, lett. b), del codice, sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro. 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.

La l. 21 aprile 2023, n. 49 (*"Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali"*), in vigore dallo scorso 20 maggio) interviene sulla disciplina in materia di equo compenso delle prestazioni professionali rese anche 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 parametri stabiliti per la determinazione dei compensi. Il comma 1 dell'art. 3 stabilisce, 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 di cui all'art. 1. Il comma 3 del medesimo art. 3 esclude invece la nullità delle clausole che riproducono disposizioni di legge.**

Ricordando poi quanto disposto dalle Preleggi: la legge non dispone che per l'avvenire, per cui non ha effetto retroattivo (art. 11); nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore (art. 12); le leggi che fanno eccezione (non solo a regole generali, ma anche) ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati (art. 14); 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 (art. 15).

Alla luce di quanto sopra e considerato che il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 è entrato in vigore il 1° aprile 2023, ancorché – per la maggior parte delle norme – ha acquisito efficacia a decorrere dallo scorso 1° luglio, pare dunque potersi dedurre le seguenti conclusioni:

- 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;
 - 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;
 - occorre tuttavia distinguere tra affidamenti sotto soglia e affidamenti sopra soglia:
- a) **per gli affidamenti dei SIA di importo inferiore e non uguale a 140.000 euro**, come prospettato

dall'ANAC, vengono 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;

- b) **per gli affidamenti dei SIA di importo pari o superiore a 140.000 euro** vale 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 quanto l'art. 3 della l. 49/2023, per quanto 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; in sostanza, il conflitto tra le norme sembra potersi risolvere in virtù del sopra citato art. 14 delle Preleggi.

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 trova 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 risulta 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.



UPREC-PRE-732-2023-S-PREC DIR

DEL 13 Ottobre 2023

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso presentata da OICE - Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica - Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara "RA. 05. 'Scalo Sidignano - Potenza - Corridoio stradale Salerno-Potenza-Bari con estensione direttrice Basentana: RA. 05 e SS407 - Lavori di riqualificazione dell'itinerario - 1° stralcio - RA. 05 - Servizi per l'esecuzione del Coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione - Importo a base di gara: euro 174.115,00 - SA: ANAS S.p.A. - Struttura Territoriale Basilicata

Parere di precontenzioso reso con procedura semplificata e motivazione sintetica

Riferimenti normativi

Articolo 108, comma 2, d.lgs. 36/2023

Parole chiave

appalto pubblico - servizi - servizi di ingegneria e architettura - importo superiore a 140.000,00 euro - criterio di aggiudicazione - offerta economicamente più vantaggiosa - obbligatorietà - sussiste

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 77131 del 20 settembre 2023, con cui OICE, Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica, ha contestato gli atti della procedura di gara in oggetto nella parte in cui prevedono il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

RILEVATO che, secondo l'istante, tale previsione si porrebbe in contrasto con l'art. 108, comma 2 del D.lgs. n. 36/2023, a mente del quale i servizi di ingegneria e architettura di importo superiore a 140.000 euro - quale quello di specie, di importo pari a euro 174.115,00 - devono obbligatoriamente essere aggiudicati secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Né potrebbe assumere rilevanza quanto affermato dalla stazione appaltante, nella risposta alla richiesta di chiarimenti avanzata dall'istante, secondo cui l'applicazione del minor prezzo sarebbe giustificata dalle caratteristiche standardizzate dell'appalto e dunque in applicazione del comma 3 del citato art. 108. Tale disposizione, infatti, costituisce una norma generale destinata a cadere di fronte alla norma di carattere speciale dettata con specifico riferimento ai servizi di ingegneria e architettura;

UFFICIO PRECONTENZIOSO E
PARERI
T +39 06 367231
W www.anticorruzione.it

Via Marco Minghetti, 10
00186 - Roma

VISTA la nota prot. n. 82653 del 29 settembre 2023 con cui si chiedevano chiarimenti all'istante circa la sua legittimazione alla presentazione dell'istanza di precontenzioso ai sensi dell'art. 3, comma 2, del Regolamento di precontenzioso approvato con delibera n. 267 del 20 giugno 2023 e il riscontro dell'OICE acquisito al prot. n. 84773 del 4 ottobre 2023;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 86932 del 9 ottobre 2023;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 89022 dell'11 ottobre 2022 con cui la Stazione appaltante ha rappresentato che la procedura di gara in oggetto è giunta all'apertura delle offerte economiche e alla formazione della graduatoria, in applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale. Nel merito della questione sollevata dall'OICE, l'ANAS Basilicata ha insistito sulla standardizzazione del servizio oggetto di gara e, dunque, sull'applicabilità del criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 108, comma 3, del Codice;

RITENUTO che sulla questione possa decidersi ai sensi dell'art. 10, commi 1 e 2 del Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 267 del 20 giugno 2023;

RITENUTO, in via preliminare, di dover svolgere talune brevi considerazioni sulla legittimazione dell'OICE a contestare il criterio di aggiudicazione prescelto dalla Stazione appaltante per l'affidamento del servizio in oggetto. Nessun dubbio, infatti, è stato mai sollevato con riferimento alle istanze di precontenzioso presentate dall'OICE e dirette a contestare l'iter logico giuridico condotto dalla Stazione appaltante per la determinazione della base d'asta (in particolare in caso di prezzo inferiore alle tariffe ministeriali), trattandosi di questione sulla quale l'interesse della categoria è sicuramente omogeneo. Diversamente, occorre dare atto che, almeno *prima facie*, l'utilizzo di un criterio di aggiudicazione in luogo di un altro non sembra costituire questione d'interesse comune agli appartenenti alla categoria. Sul punto si richiama il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 677/2013 (Numero affare 3932/2011) in cui è stata rilevata l'assenza della legittimazione dell'Associazione Nazionale Società di Emissione Buoni Pasto - A.N.S.E.B. a contestare le previsioni regolamentari (artt. 285 e 358 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) nella misura in cui premierebbero, in maniera ritenuta sproporzionata ed eccessiva, l'aspetto economico rispetto ad altri possibili criteri di valutazione. Si legge nel citato parere che *"È evidente, infatti, che la disciplina regolamentare contestata, proprio nella misura in cui attribuisce un peso particolare all'aspetto economico (il prezzo dei buoni pasto) possa, da un lato, pregiudicare gli interessi di alcune imprese (quelle che non puntano sul prezzo ma su altri elementi competitivi), ma, al tempo stesso, senz'altro avvantaggiare quelle imprese, che, invece, puntano sul prezzo e che, proprio grazie alla nuova disciplina introdotta dal regolamento impugnato, potrebbero aggiudicarsi gare che altrimenti non avrebbero possibilità di vincere...manca, in definitiva, il requisito dell'omogeneità dell'interesse fatto valere, perché le disposizioni regolamentari impuginate non creano una lesione omogenea e indifferenziata, ma ledono alcuni a vantaggio di altri, il che esclude ogni legittimazione dell'ente esponenziale"*. Nonostante il pronunciamento richiamato farebbe propendere per la inammissibilità dell'istanza di precontenzioso, la legittimazione dell'OICE alla contestazione del criterio di aggiudicazione prescelto dall'ANAS è stata ravvisata nella circostanza che l'art. 6 dello Statuto dell'Associazione stabilisce che *"Possono aderire all'OICE, come Associati effettivi, le organizzazioni italiane di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica, o analoghe organizzazioni straniere che svolgano attività in Italia, aventi capacità operativa autonoma, dotate di mezzi e strutture adeguati e di competenze professionali e tecniche idonee a rendere a terzi, in forma indipendente ed a condizioni economiche riconosciute come remunerative dalle condizioni di mercato, servizi tecnici e professionali"*

UFFICIO PRECONTENZIOSO E
PARERI

T +39 06 367231

W www.anticorruzione.it

Via Marco Minghetti, 10

00186 - Roma

resi anche in forma integrata con altre attività di produzione di beni e servizi", dunque organizzazioni, di medie e grandi dimensioni, aventi una specifica competenza ed esperienza professionale nello svolgimento di servizi di ingegneria e architettura e, per tale motivo, interessate alla valorizzazione e alla competizione su aspetti qualitativi e non meramente quantitativi dell'offerta;

CONSIDERATO, nel merito della questione sollevata con l'istanza, che risulta condivisibile la ricostruzione operata dall'istante in merito ai rapporti tra l'art. 108, comma 2 e l'art. 108, comma 3 del d.lgs. 36/2023. Invero, l'art. 108, comma 2, lett. b) del Codice stabilisce che sono aggiudicati esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro. E' stato, quindi, previsto dal legislatore un vincolo nel criterio di aggiudicazione da adottare per gli affidamenti di servizi di ingegneria e architettura superiori a certe soglie. L'art. 108, comma 3, del Codice riconosce, invece, alle Stazioni appaltanti la facoltà di utilizzare il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui alla definizione dell'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1.;

CONSIDERATO, peraltro, che non appare possibile riconoscere ai servizi di ingegneria ed, in particolare, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, la natura di servizio standardizzato. Nelle Linee guida n. 2, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005, del 21 settembre 2016 aggiornate al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, è stato chiarito che *"per servizi e forniture "con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali... In sostanza, la norma citata consente alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) di evitare gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all'importo del contratto). Ciò si verifica quando le condizioni di offerta sono tali da imporre, di fatto, l'acquisto di beni o servizi con condizioni note alla stazione appaltante già in fase di predisposizione del bando o quando, per gli affidamenti di importo limitato, i vantaggi attesi, in termini di qualità, sono ridotti, in quanto la stazione appaltante predispone il progetto esecutivo per i lavori (e non necessita di un rilancio competitivo su aspetti e caratteristiche che vengono compiutamente definiti ex ante nel progetto posto a base di gara) o la stessa ha una lunga esperienza nell'acquisto di servizi o forniture a causa della ripetitività degli stessi"*;

CONSIDERATO che la ripetitività e standardizzazione costituiscono attributi che mal si conciliano con le prestazioni di servizi di ingegneria e architettura atteso che, come rilevato dalla giurisprudenza, la loro ingegnerizzazione *"comprende attività che richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate, o la ideazione di soluzioni progettuali personalizzate"* (cfr. TAR Lombardia – Milano, 26 agosto 2019, n. 1919; TAR Bari, 21 novembre 2020, n. 1482). Peraltro, occorre constatare che, contrariamente a quanto affermato dalla Stazione appaltante, anche in relazione all'affidamento del servizio di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione appaiono certamente individuabili criteri di valutazione (ad es. le caratteristiche e modalità di espletamento del servizio, i tempi

UFFICIO PRECONTENZIOSO E
PARERI

T +39 06 367231

W www.anticorruzione.it

Via Marco Minghetti, 10

00186 - Roma

e la frequenza di presenza del coordinatore sul cantiere, i rapporti con la Stazione appaltante e la Direzione Lavori ecc.) idonei a rendere un'offerta preferibile ad un'altra;

Si ritiene, per le ragioni sopra esposte, che il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso per l'affidamento del servizio in oggetto non sia conforme alla normativa di settore.

Il Dirigente
Dell'Ufficio

Adolfo Candia

Firmato digitalmente da:
ADOLFO CANDIA
ANAC AUTORITA
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE
Firmato il: 13-10-2023 17.02.06
Seriale certificato: 2617189
Valido dal 15-05-2023 al 15-05-
2026