



CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI INGEGNERI



presso il
Ministero della Giustizia

U-DC/24

Circ.CNI n°223/XX Sess./2024

Ai Presidenti degli Ordini territoriali
degli Ingegneri

Ai Presidenti delle Federazioni/Consulte
degli Ordini degli Ingegneri

LORO SEDI

Oggetto: Pubblicazione documento Centro Studi CNI su “La disciplina dell’equo compenso e gli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura secondo il d.lgs. n.36/2023 – Analisi della giurisprudenza più recente” - trasmissione

Caro Presidente,

con la presente siamo lieti di informare che il Centro Studi della Fondazione del Consiglio Nazionale degli Ingegneri ha condotto un approfondito studio riguardo la dibattuta questione dei rapporti tra disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici e legge n.49/2023 (*Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali*).

In particolare, viene trattata la tematica della cogenza della legge sull’equo compenso per le stazioni appaltanti relativamente ai servizi di ingegneria e di architettura, attraverso una puntuale analisi della giurisprudenza amministrativa più recente.

L’intento del documento è quello di fornire un qualificato contributo al dibattito in corso, evidenziando i profili di interesse per la Categoria e sottoponendo a verifica critica le diverse argomentazioni contrarie alla piena e completa esplicazione del principio dell’equo compenso nel rilevante settore dei Contratti pubblici.

Con preghiera di darne massima diffusione agli iscritti.

Cordiali saluti.

IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
(Ing. Giuseppe M. Margiotta)

IL PRESIDENTE
(Ing. A. Domenico Perrini)

ALLEGATO: Documento Dipartimento Centro Studi Fondazione CNI n.627/2024.

MC1410Circ



**La disciplina dell'equo compenso e gli affidamenti
dei servizi di ingegneria e architettura
secondo il D.Lgs. 36/2023**

**Analisi della giurisprudenza più recente
(sentenze n. 1494/2024 del TAR Salerno e n. 483/2024
del TAR Calabria; TAR Bolzano sentenze n. 230 e 231/2024
e TAR Sicilia-Catania n. 3319/2024)**

(c.r. 627)

Roma, ottobre 2024

I CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

Sede:
Via XX Settembre, 5 - 00187 Roma
Tel. 06.85.35.47.39 - Fax 06.84.24.18.00
info@fondazionecni.it
fondazionecni.it
mying.it

CONSIGLIO DIRETTIVO

| | |
|---------------------------------|-------------------------|
| Ing. Angelo Domenico Perrini | Presidente |
| Ing. Remo Giulio Vaudano | Vice Presidente Vicario |
| Ing. Elio Masciovecchio | Vice Presidente |
| Ing. Giuseppe Maria Margiotta | Consigliere Segretario |
| Ing. Irene Sassetti | Consigliere Tesoriere |
| Ing. Carla Cappiello | |
| Ing. Sandro Catta | |
| Ing. iunior Ippolita Chiarolini | |

| |
|----------------------------|
| Ing. Domenico Condelli |
| Ing. Edoardo Cosenza |
| Ing. Felice Antonio Monaco |
| Ing. Tiziana Petrillo |
| Ing. Alberto Romagnoli |
| Ing. Deborah Savio |
| Ing. Luca Scappini |

I FONDAZIONE CONSIGLIO NAZIONALE INGEGNERI

CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

| | |
|---------------------------------|-------------------------|
| Ing. Gianni Massa | Presidente |
| Ing. Gaetano Fedè | Vice Presidente Vicario |
| Ing. Tiziana Petrillo | Vice Presidente |
| Ing. Michele Lapenna | Segretario |
| Ing. Irene Sassetti | Tesoriere |
| Ing. Sandro Catta | |
| Ing. iunior Ippolita Chiarolini | |

| |
|--------------------------|
| Ing. Domenico Condelli |
| Ing. Stefano Guatti |
| Ing. Elio Masciovecchio |
| Ing. Alberto Romagnoli |
| Ing. Luca Scappini |
| Ing. Raffaele Solustri |
| Ing. Remo Giulio Vaudano |

I CENTRO STUDI CONSIGLIO NAZIONALE INGEGNERI

CONSIGLIO DIRETTIVO

| | |
|-------------------------|------------|
| Ing. Marco Ghionna | Presidente |
| Ing. Angelo Albani | |
| Ing. Lorenzo Conversano | |
| Ing. Lorenzo Corda | |
| Ing. Gianluca Fagotti | |

| | |
|-------------------------------|---------------------------|
| Ing. Guido Monteforte Specchi | |
| Ing. Raffaele Tarateta | |
| Ing. Antonio Zanardi | |
| Ing. Giuseppe Margiotta | Consigliere referente CNI |

Sommario

| | | |
|----|---|----|
| 1. | Gli argomenti ostativi all'applicazione dell'equo compenso delle sentenze n. 1494/2024 del TAR Salerno e n. 483/2024 del TAR Calabria, del comunicato del Presidente ANAC del 19/04/2024 e del parere n. 40 del 30/07/2024 n. 40 della funzione consultiva dell'ANAC..... | 5 |
| 2. | La ratio della L. n. 49/2023. La centralità della prestazione e del decoro della professione..... | 8 |
| 3. | Sulla portata dell'art. 41 comma 15 del Codice e sulla sua compatibilità con la disciplina in materia di equo compenso | 11 |
| 4. | La verifica di anomalia..... | 13 |
| 5. | La presunta applicazione dell'equo compenso ai soli contratti d'opera professionale..... | 13 |
| 6. | La conformità ai principi ed alle norme europee..... | 15 |
| 7. | Sull'intervento dell'autorità giudiziaria e sull'invarianza finanziaria | 16 |

1. Gli argomenti ostativi all'applicazione dell'equo compenso delle sentenze n. 1494/2024 del TAR Salerno e n. 483/2024 del TAR Calabria, del comunicato del Presidente ANAC del 19/04/2024 e del parere n. 40 del 30/07/2024 n. 40 della funzione consultiva dell'ANAC

Come noto l'ANAC (atto del Presidente dell'ANAC del 19/04/2024 e parere n. 40 del 30/07/2024 n. 40) e la giurisprudenza (TAR Campania – Salerno, Sez. II, sent. 16/07/2024 n. 1494; TAR Calabria sent. 25/07/2024 n. 483) sono nuovamente intervenuti sulla questione relativa all'applicazione dell'equo compenso alla materia dei contratti pubblici (con particolare riferimento all'esecuzione dei servizi di ingegneria e architettura). Si è enfaticamente affermato che dette pronunce escluderebbero l'applicabilità dell'equo compenso, in contrapposizione ad altro orientamento giurisprudenziale al momento numericamente prevalente (TAR Veneto, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 e TAR Lazio, sez. V *ter*, 30 aprile 2024, n. 8580; TRGA – Sezione Bolzano sent. 09/10/2024 n. 230 e n. 231; TAR Sicilia – Sezione staccata di Catania Sez. II, sent. 08/10/2024 n. 3319 sebbene quest'ultima con una particolare configurazione giuridica delle spese come "onere accessorio", la cui ribassabilità non viene ritenuta incidente sul "compenso equo") di segno diametralmente opposto.

Il primo aspetto che va certamente chiarito è che nessuno dei due orientamenti, sebbene contrapposti, esclude l'applicazione dell'istituto dell'equo compenso ai contratti nei quali parte contraente sia la pubblica amministrazione; ciò che muta è il momento della sua applicazione legato ad una diversa ricostruzione logico-sistematica del quadro normativo di riferimento. La questione, in sintesi, non è "se applicare o meno le regole dell'equo compenso", ma piuttosto in quale momento della procedura applicarle.

L'orientamento prevalente è incline al riconoscimento della natura imperativa delle disposizioni di cui alla L. n. 49/2023, ritenendo la sua applicazione necessariamente prodromica all'avvio delle stesse trattative pre-contrattuali e dunque, nel caso in esame, condizione necessaria per la regolarità del relativo procedimento di gara. Ne consegue che a tali disposizioni viene riconosciuta una forza etero integrativa della *lex specialis* di gara, nella misura in cui la stazione appaltante ritenga di potervi derogare. Di contro l'altro orientamento, pur postulando l'estromissione di offerte economiche ingiustificatamente derogatorie dei parametri ministeriali, differisce il momento di tale applicazione "a valle" della procedura di gara, ed in particolare al momento della loro verifica di anomalia reputando questa la sede ideale a tal fine.

La Sezione staccata di Salerno del TAR Campania, pur escludendo l'eterointegrazione della legge di gara da parte delle disposizioni di cui alla L. n. 49/2023, conferma pienamente la legittimità della non aggiudicazione della commessa ad un operatore economico la cui offerta presentava uno scostamento (ingiustificato) rispetto ai parametri tabellari di riferimento di cui al DM del 2016. Difatti, precisa il TAR nella sentenza citata: *“è soltanto all'esito di quest'ultimo subprocedimento che si rende compiutamente e concretamente apprezzabile, entro il contesto complessivo dell'offerta economica scrutinata, la voce corrispondente alle remunerazioni spettanti ai professionisti incaricati dall'impresa concorrente, la cui esatta entità andrà, in tale appropriata sede, rapportata ai parametri tabellari vigenti”*.

Quest'ultima ricostruzione (che colloca alla fase della verifica di anomalia delle offerta, il momento della verifica della corretta applicazione dei parametri tabellari di cui al Decreto Ministeriale), muove dal presupposto dell'autonomia delle due discipline (equo compenso e contratti pubblici), escludendo che le disposizioni in materia di equo compenso di cui alla L. n. 49/2023 possano eterointegrare la legge di gara e comportare la nullità delle clausole ivi riportate, anche qualora esse siano in contrasto con la prima (secondo lo schema della nullità relativa di cui alla Sentenza 16 ottobre 2020, n. 22 dell'Adunanza Plenaria).

Le argomentazioni addotte a sostegno di tale tesi sono essenzialmente le seguenti:

1. la legge n. 49/2023, sebbene successiva al Codice, non ha derogato espressamente allo stesso, ai sensi del relativo art. 227, e pertanto essa si applica ai contratti pubblici nell'ambito della relativa disciplina. D'altra parte, lo stesso art. 3, comma 3, della legge n. 49/2023 stabilisce che non sono nulle le clausole che riproducono disposizioni di legge *“ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi europei”*;
2. il Codice dei contratti pubblici già persegue la finalità sottese alla legge n. 49/2023 pur dovendo naturalmente orientarsi, nel rispetto del diritto europeo e dei principi generali in esso declinati oltre che con modalità adeguate, al meccanismo della gara pubblica. In tale ottica devono essere lette le disposizioni di seguito richiamate ed in particolare: l'articolo 8, comma 2, il quale prevede che la pubblica amministrazione garantisca l'applicazione del principio dell'equo compenso; l'articolo 41, comma 15 che fissa la modalità per l'individuazione dei corrispettivi da porre a base di gara facendo riferimento alle tabelle contenute nell'allegato I.13; l'articolo 108, comma 2, che individua, quale criterio di aggiudicazione per i servizi tecnici di importo pari o superiore a 140.000 euro, quello del miglior rapporto qualità-prezzo, garantendo un'adeguata valutazione dell'elemento qualitativo. Il Codice, poi, prevede l'applicazione di specifici meccanismi volti a scongiurare la presentazione di offerte eccessivamente basse e, quindi, non sostenibili (la disciplina sull'anomalia dell'offerta, la possibilità di prevedere un'appropriata ponderazione tra punteggio qualitativo ed economico, la possibilità di utilizzare formule per il punteggio economico che disincentivino eccessivi ribassi);

3. il prospettato contrasto con il diritto euro-unitario, che impone di tutelare la concorrenza. Il rimando è in particolare ai principi affermati dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 4 luglio 2019, causa C-377/2017 che, in materia di compensi professionali, avrebbe posto il divieto dell'indicazione delle tariffe minime e massime in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione Europea (purtuttavia ammettendo deroghe per motivi di interesse pubblico, come la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi e la trasparenza dei prezzi). Tale posizione è stata confermata dalla successiva sentenza del 25/1/2024, causa C-438/2022 secondo cui le tariffe minime relative al compenso professionale degli avvocati devono essere disapplicate in quanto contrastanti con il principio di concorrenza;
4. la legge n. 49/2023 sarebbe applicabile solamente ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 del Codice civile (contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale nell'ambito di un lavoro autonomo) e più in generale a tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati dalla posizione dominante del committente, in cui è necessario ripristinare l'equilibrio sinallagmatico. I contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura, invece, sono normalmente riconducibili ai contratti di appalto ex articolo 1655 del Codice civile, con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio;
5. ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 49/2023, dall'attuazione della stessa legge *“non devono derivare, nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”*, circostanza che, invece, si realizzerebbe in caso di gare a prezzo sostanzialmente fisso. L'opzione individuata consente di mantenere il quadro economico finanziario della programmazione che è già stata fatta per gli investimenti del PNRR; quadro economico-finanziario che invece rischierebbe di essere compromesso, con evidenti ricadute sui tempi di attuazione ed aumento del contenzioso, in caso di valutazioni diverse. Considerazioni analoghe possono essere svolte anche per gli investimenti non legati al PNRR;
6. infine, l'applicazione dell'articolo 3, comma 5, della richiamata legge n. 49/2023, che ammette il ricorso al giudice civile per contestare l'affidamento ad un prezzo inferiore rispetto a quello definito in ossequio all'allegato I.13 del d. lgs 36/2023, oltre a determinare una sovrapposizione con i poteri e le competenze delle stazioni appaltanti in termini di verifica della congruità delle offerte, produrrebbe una situazione di assoluta instabilità e incertezza sull'affidamento e sulle relative condizioni, con evidenti ripercussioni sulla spesa pubblica. In particolare, l'esito positivo del giudizio ordinario comporterebbe la necessaria modifica del quadro economico finanziario dell'intervento, con conseguenti ricadute, anche sulla capacità di spesa futura, che appaiono tanto più evidenti per gli interventi finanziati con i fondi del PNRR»; ne è riprova la previsione dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, il quale, se da un lato, stabilisce che *«la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso»*, d'altro

lato, ammette, sia pure «*in casi eccezionali e previa adeguata motivazione*», perfino «*prestazioni d'opera intellettuale ... rese dai professionisti gratuitamente*».

2. La ratio della L. n. 49/2023. La centralità della prestazione e del decoro della professione

Le obiezioni sinteticamente riportate non sono persuasive in quanto muovono da una errata percezione delle finalità tipiche della disciplina dell'equo compenso che, pertanto, è necessario definire.

Difatti se con l'abolizione della "vincolatività" del sistema tariffario (ex art. 9 comma 1 D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012 n. 2, letto in combinato con l'art. 2 co 1 lett a) del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 abrogato proprio dall'art. 12 L. n. 49/2023) quest'ultimo è stato sostituito dal principio della "libera contrattazione" fra le parti (con la sostituzione della predeterminazione pubblicistica del compenso in favore di una disciplina regolata dal mercato) è pur vero che questa trasformazione ha generato la nuova ed altrettanto rilevante esigenza di garantire che il compenso così determinato restasse rispondente "in ogni caso" ai criteri della "importanza dell'opera" e del "decoro della professione" (art. 2233 c.c.) e comunque proporzionato alla "quantità e qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale" (artt. 35 e 36 della Costituzione). Ciò in particolare nei casi in cui, nella fase di avvio delle trattative per la determinazione del compenso, una delle parti rivesta una "forza" contrattuale talmente superiore a quella della controparte, da far presumere che essa ne possa "abusare".

È un dato di fatto che non sempre la "libera contrattazione" riesca a garantire che il compenso pattuito risponda ai valori sopra indicati (adeguato all'importanza dell'opera e del decoro della professione etc.); diventa quindi necessaria l'adozione di accorgimenti volti a ristabilire il dovuto equilibrio fra i valori di forza nell'ambito del rapporto contrattuale.

La pur rilevante esigenza di garantire l'economicità della prestazione (attraverso il confronto concorrenziale) risponde ad una logica diversa, rispetto a quella per certi versi contrapposta e limitante la prima, di garantire che il compenso non si traduca in un mero risparmio di costi ed in abusi verso il professionista da parte del "contraente forte" ma sia "in ogni caso" proporzionato all'importanza dell'opera ed al decoro della professione.

La Legge n. 49/2023 prevede a tal fine il ricorso ad un “parametro” (e non più alla tariffa) la cui funzione è appunto quella di surrogarsi alle parti ed “orientare” la determinazione del corrispettivo verso “l’equità”, ossia verso la soddisfazione di quei primari valori di cui si è detto sopra.

La previsione è rinforzata da un trattamento giuridico che introduce la figura della nullità di protezione e selettiva delle clausole derogatorie del compenso equo ancorché, sul piano formale esse appaiano come liberamente concordate.

Può dunque sostenersi che la disciplina dell'equo compenso persegue l'obiettivo principale di determinare un punto di equilibrio fra esigenze in parte contrapposte; essa: *“ha completato e colmato quello scarto negativo che nel tempo, a causa di svariati fattori, ha provocato nel settore delle libere professioni una deminutio di tutela per coloro che prestano attività professionale fuori dagli schemi tipici del rapporto dipendente e della tutela costituzionale salariale e retributiva”* (Cons. St., Sez. IV, sent. 09/11/2021 n. 7442).

Difatti quando la libera esplicazione della volontà privata delle parti contraenti, che è alla base del raggiungimento dell'accordo, risulti indebolita o addirittura svilita dalla preponderante “forza contrattuale” di una di esse, al punto da mettere in pericolo la salvaguardia dei valori fondanti di quella medesima negoziazione, è preciso dovere dell'ordinamento approntare misure “correttive” in grado di ristabilire un corretto equilibrio.

Diventa pertanto necessario intervenire sulle condizioni che alterano le posizioni di forza delle parti, prima che intervenga la “contrattazione” tra esse, la quale ultima, di contro, ne uscirebbe di fatto “negata”. In questo modo non si attenua la “centralità” dell'accordo e della volontà delle parti, ma di contro, la si rafforza, ripristinando le condizioni per un suo fisiologico e corretto perfezionamento.

Traspare la volontà del legislatore, una volta preso atto della sussistenza di una posizione di “dominanza” di una parte a danno dell'altra, di approntare le necessarie misure per garantire un “equilibrio normativo” (di diritto ed obblighi contrattuali) prima ancora che un equilibrio economico nel rapporto tra di esse. In effetti lo squilibrio del potere contrattuale tra le parti è collegato alle caratteristiche soggettive (la posizione di contraente “forte” della pubblica amministrazione) ed oggettive (deve trattarsi di prestazioni intellettuali) del contesto di riferimento nel quale esse si trovano ad operare. A bene vedere la situazione è analoga a quella che si verifica con lo “stato di bisogno” e lo “stato di necessità” che giustificano il recesso contrattuale, ma a differenza di quest'ultimo, non è necessario che una parte consegua effettivamente un vantaggio contrattuale nei confronti dell'altra.

Ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di equo compenso è invece necessario, ma anche sufficiente, che il fatto concreto sia sussumibile astrattamente nella fattispecie, ossia che si verifichino gli elementi costitutivi di quest'ultima a prescindere poi dalle modalità attraverso le quali il confronto contrattuale si svolga effettivamente.

Le misure di correzione approntate dalla legge, pertanto, operano come un “limite esterno” alla negoziazione e sono funzionali a garantire il rispetto ovvero il ripristino (in caso di violazione) delle condizioni di base, affinché quest’ultima possa regolarmente svolgersi.

Per l’equo compenso, diversamente da quanto avviene in casi analoghi, il legislatore detta inoltre prescrizioni funzionali a garantire il rispetto “dell’equilibrio contrattuale” non ancorandolo a “parametri elastici” che, in quanto tali, sono suscettivi di ampio apprezzamento discrezionale del Giudice (come ad esempio: l’eccessivo squilibrio dell’art. 9, comma 1 L. n. 192/1998; il “significativo squilibrio” nell’ambito della disciplina delle clausole vessatorie), ma a parametri precisamente definiti e quantificati.

Difatti l’art. 3 comma 1 della L. n. 49/2023 individua con precisione una fattispecie di “non equità” della controprestazione in tutte quelle “...*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, o ai parametri determinati con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, per la professione forense, o ai parametri fissati con il decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c), della presente legge*”.

Sulla scorta delle considerazioni sopra esposte, i correttivi della disciplina sull’equo compenso dovranno necessariamente intervenire prima che siano avviate le relazioni contrattuali fra le parti, fissando le condizioni normative ed economiche funzionali a ripristinare un riequilibrio di forze tra di esse. **Per la sua funzione di riequilibrio, la disciplina dell’equo compenso deve pertanto intervenire a monte della procedura di gara.**

Sul piano pratico, una volta premesso che la conformità del compenso professionale ai parametri rappresenta una indefettibile condizione di validità della clausola contrattuale e che tale conformità dovrà necessariamente sussistere fin dal momento della determinazione della base d’asta, non si può logicamente sostenere che la stazione appaltante possa avviare le trattative proponendo una base d’asta inferiore ai parametri o comunque ribassabile oltremodo. Così facendo non si potrebbe più arginare la sua posizione di “dominanza contrattuale” rispetto al professionista.

La logica pro-concorrenziale non esautorava affatto le misure ripristinatorie dell’equilibrio contrattuale fra le parti. A voler tacere d’altro, l’assunto è smentito proprio dalla univoca derivazione europea della disciplina in tema di “protezione” della parte contraente debole.

Inoltre nell’impostazione del nuovo Codice dei contratti, la “concorrenza” è certamente uno degli strumenti per il raggiungimento delle sue finalità specifiche, ma non è il fine specifico di quest’ultimo.

Il D.Lgs. n. 36/2023 e la Legge n. 49/2023 non si pongono in posizione di conflittualità e/o contrapposizione, ma operano su piani distinti sebbene complementari. L’applicazione della L. n. 49/2023 non comporta conseguenze incompatibili con l’applicazione delle disposizioni di cui al D.Lgs.

n. 36/2023 ed una conferma si rinviene nell'art. 8 comma 2 del Codice che richiama espressamente "l'equo compenso" come parte integrante della disciplina in tema di contratti pubblici.

Non vi è pertanto alcuna necessità di ricorrere alla disposizione di cui all'art. 227 del Codice in quanto la L. n. 49/2023 non abroga alcuna disposizione del Codice dei contratti.

3. Sulla portata dell'art. 41 comma 15 del Codice e sulla sua compatibilità con la disciplina in materia di equo compenso

Non può sostenersi che rappresenti un ostacolo a tale ricostruzione la lettura dell'art. 41, comma 15 del D.Lgs. n. 36/2023, nella parte in cui prevede che i corrispettivi determinati ai sensi dei parametri ministeriali *"sono utilizzati...ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento"*.

Volendo fermarsi al dato "letterale" della disposizione, occorre innanzitutto evidenziare che determinare i criteri dell'importo da porre a "base di gara" non significa automaticamente ammettere che i corrispettivi determinati sulla base dei parametri ministeriali debbano o possano essere ribassati. Innanzitutto perché, come già più volte evidenziato¹, l'eventuale offerta economica potrebbe circoscriversi alla sola componente delle "spese" (senza in alcun modo incidere sul "compenso") ed inoltre perché la selezione degli operatori potrebbe svolgersi sulla base dei soli criteri qualitativi con prezzo o costo fisso (art. 108, comma 5). Ora premesso che tale criterio si applica (per esplicito richiamo del comma 5) anche ai casi di cui alle disposizioni del comma 1 del medesimo art. 108 (che fa salve le disposizioni normative o amministrative relative alla remunerazione di alcuni servizi), il comma 5 dell'art. 108 è norma di carattere generale, la cui applicazione è rimessa all'apprezzamento della stazione appaltante anche per i casi nei quali è prevista l'aggiudicazione sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Sempre volendosi fermare al dato testuale, la norma (art. 41, comma 15) non sembra vietare alla stazione appaltante la possibilità di determinare un corrispettivo da porre a base d'asta superiore a quello "minimo" individuabile tramite i parametri ministeriali che sarebbe, conseguentemente, ribassabile in sede di gara.

¹ Si veda nota Centro studi CNI c.r. 611 *"La disciplina dell'equo compenso e gli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura secondo il D.Lgs. 36/2023"*, luglio 2023.

Inoltre se si volesse intendere letteralmente l'inciso "*a base di gara*" il problema non si porrebbe per gli **affidamenti diretti** *infra* 140.000 Euro che **non sono inquadrabili come procedura di gara**. Ciò porterebbe a configurare l'esistenza di un duplice regime di applicazione dell'equo compenso legato al valore della commessa:

- gli affidamenti diretti (*infra* 140.000 Euro) che non sono "gare", per i quali il compenso desumibile dalla base d'asta non sarebbe ribassabile (impregiudicato il ribasso sulle spese);
- gli affidamenti superiori alla soglia dei 140.000 Euro per i quali invece, stando alla diversa lettura dell'art. 41 comma 15 del D.Lgs. n. 36/2023, il compenso sarebbe ribassabile (ferma restando la verifica di anomalia).

In questo modo, però, si legittimerebbe una diversità di trattamento dei professionisti in base all'importo della commessa che, invero, sarebbe del tutto ingiustificato (e probabilmente ingiustificabile ai sensi dell'art. 3 della Costituzione), considerando che le esigenze sottese alle garanzie poste dalla Legge n. 49/2023 sono le medesime a prescindere dal valore della commessa.

Va invece evidenziato che con il comma 15 dell'art. 41 non è più possibile, diversamente dal regime previgente di cui al D.Lgs. n. 50/2016, motivare un eventuale scostamento al ribasso del corrispettivo a base d'asta, dall'applicazione dei parametri di cui al DM del 2016; si tratta di una limitazione che è assolutamente in linea con la *ratio* dell'equo compenso, il cui principio deve risultare rispettato fin dal momento della determinazione della base d'asta in quanto è da tale momento che devono essere ristabilite le condizioni di equilibrio contrattuale.

Il "trattamento giuridico" previsto, nel caso di violazione dei parametri ministeriali, è quello della nullità che opera in favore di una sola delle parti. Ciò non costituisce una novità nel nostro ordinamento (l'annullabilità opera sempre in favore di una parte) se non fosse per il fatto che tale parzialità si realizza nell'unica fattispecie di invalidità che prescinde dalla posizione delle parti, ossia la nullità. Evidentemente tale disposizione mira ad incidere non su una condizione di mancanza di volontà, ma di una volontà che si viene a maturare in un contesto "alterato", lontano dall'ottimo giuridico. Ad essere compromessa non è la volontà contrattuale, ma la sua effettiva libera esplicazione che veda il professionista capace di salvaguardare i valori di rango pubblicistico sottesi ad un'equa determinazione del proprio compenso, quali l'importanza della prestazione ed il decoro come dettagliatamente esplicitati dall'art. 1 della L. n. 49/2023. Il contratto (la clausola) è quindi nullo(a) non già per un difetto strutturale dell'atto, ma perché la volontà delle parti è condizionata da una differenza di potere contrattuale tra le stesse. La parte debole è "consapevole" della propria debolezza, ma è tuttavia indotta alla sottoscrizione del contratto da ragioni che sono estrinseche allo stesso.

In quest'ottica non può considerarsi risolutiva la considerazione che vi sia comunque stata una "manifestazione di volontà contrattuale" da parte del professionista, in quanto il "problema" risiede

nel verificare la sussistenza a monte delle condizioni atte a garantire che la “volontà contrattuale” possa determinarsi in un contesto di equilibrio; equilibrio necessario alla tutela dei valori richiamati dall’art. 1 della L. n. 49/2023.

Non rileva pertanto evidenziare gli aspetti procedurali connessi alla determinazione del corrispettivo nell’ambito di una procedura di evidenza pubblica, in quanto ispirate anche (e non solo) ad una logica pro-concorrenziale che ha finalità diverse e finanche contrapposte a quella perseguite con la L. n. 49/2023.

4. La verifica di anomalia

Si consideri ora la procedura della “verifica dell’anomalia” delle offerte presentate; tale meccanismo opera in funzione di tutela della pubblica amministrazione, considerando presuntivamente inattendibile il prezzo offerto “a ribasso anomalo” rispetto alla qualità della prestazione richiesta, ovvero (in un’ottica sostanzialista) opera in funzione di tutela dell’operatore “serio” che presenta un ribasso “congruo” rispetto a quello verificato come “anomalo” proposto dall’operatore “meno serio”, che viene pertanto escluso dall’aggiudicazione.

Tale procedura, però, non può in alcun modo incidere sul disequilibrio esistente tra la posizione di “contraente forte” assunto dalla p.a. e quello di “contraente debole” ricoperto dagli operatori economici.

Non è pertanto possibile affermare che il principio dell’equo compenso sia sufficientemente garantito dalle procedure di verifica dell’anomalia dell’offerta in quanto quest’ultima è un rimedio volto a garantire il confronto concorrenziale “nel mercato” fra operatori economici, ma non è funzionale a ristabilire una posizione di equilibrio (normativo e contrattuale) del contraente forte (la p.a.) rispetto al contraente debole (gli operatori offerenti).

5. La presunta applicazione dell’equo compenso ai soli contratti d’opera professionale

Altro argomento utilizzato a sostegno della tesi della incompatibilità fra la disciplina dell’equo compenso e quella dei contratti pubblici è di ritenere la prima applicabile esclusivamente ai contratti

d'opera professionale e non anche ai contratti (inquadabili come appalto) aventi ad oggetto servizi di ingegneria ed architettura.

Le sentenze di cui sopra ritengono di poter valorizzare il dato letterale di cui all'art. 2, comma 3 della Legge n. 49/2023 che, nel declinare la disciplina dell'equo compenso anche in relazione ai servizi intellettuali forniti alla pubblica amministrazione, farebbe riferimento ai soli "*professionisti*", senza estendere il campo di applicazione anche ai servizi forniti dai medesimi in forma associata o societaria. Secondo questa ricostruzione, la norma lascerebbe indirettamente intendere che in caso di servizi alla p.a., l'equo compenso si applicherebbe nei soli casi di assenza di organizzazione da parte del prestatore e dunque non si estenderebbe agli appalti, ma rimarrebbe circoscritto ai soli contratti d'opera ex art. 2230 c.c.

Non è necessario soffermarsi sulle differenze fra appalto e contratto d'opera per verificare come la tesi propugnata sconti un evidente errore di impostazione, la quale risiede nel ritenere che il rinvio della norma alla "sola" figura del "professionista" comporti implicitamente l'applicazione dell'equo compenso alla fattispecie del solo contratto d'opera ma non a quella dell'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura. Difatti anche che l'art. 66 del D.Lgs. n. 36/2023 consente la partecipazione alle gare per servizi di ingegneria e architettura a "*professionisti singoli*" che siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 34 all. II.12 (titolo di studio ed abilitazione). Inoltre, come è noto, per servizi di ingegneria e architettura, si intendono "*quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse*" (Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2022, n. 1234). Su queste basi è evidente che per la stazione appaltante sarà impossibile distinguere concretamente due fattispecie (appalto e contratto d'opera) che hanno identico oggetto contrattuale; resterebbe in ogni caso ingiustificato un diverso trattamento giuridico in presenza di soggetti contraenti appartenenti alle medesime categorie soggettive (professionisti/p.a.) e con identico oggetto contrattuale (erogazione di prestazioni professionali).

L'ordinamento lascia inoltre libero il professionista di svolgere la propria attività come singolo o in forma associata; imporre il rispetto della norma sull'equo compenso soltanto per le prestazioni rese dal professionista che operi (e partecipi a una procedura a evidenza pubblica) *uti singuli* avrebbe l'effetto di configurare una inammissibile disparità di trattamento tra quest'ultimo e i professionisti che, viceversa, operino (e concorrano) in forma di società, associazioni o imprese. Questi ultimi sarebbero infatti avvantaggiati dal non dover applicare la disciplina dell'equo compenso e pertanto operare liberamente ribassi sui propri compensi, tali da rendere le loro offerte oltremodo "concorrenziali".

6. La conformità ai principi ed alle norme europee

Rispetto al problema della conformità del principio dell'equo compenso rispetto alla normativa europea, va innanzitutto ribadito che l'art. 3, comma 3 L. n. 49/2023 esclude la nullità delle clausole *“che riproducono disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea”*.

Sul piano letterale, pertanto, è il solo contrasto con i *“principi”* contenuti in *“convenzioni internazionali”* (e non più estensivamente con i *“principi europei”*) ad escludere la nullità delle clausole. Ciò ovviamente non significa che i *“principi europei”* non debbano essere rispettati, ma che essi non sono espressamente richiamati dalla norma derogatoria.

Rispetto al diritto euro-unitario, è stato escluso sia dalla giurisprudenza interna sia da quella della Corte di giustizia che, attraverso la disciplina dell'equo compenso, si finisca per reintrodurre surrettiziamente le tariffe. Al riguardo, giova ricordare che la Corte di giustizia ha ritenuto la disciplina nazionale in tema di minimi e massimi tariffari conforme al sistema comunitario (Corte di giustizia 19 febbraio 2002, n. 35, Arduino, C-35/99) in considerazione di un essenziale duplice rilievo: in primo luogo, il progetto di predisposizione delle tariffe redatto dall'organizzazione di categoria incaricata non è di per sé vincolante, poiché il Ministro ha il potere di far modificare tale progetto; in secondo luogo, perché in ogni caso la normativa nazionale prevede che la liquidazione degli onorari è fatta dagli organi giudiziari in base a criteri da essa stessa stabiliti, autorizzando il giudice a derogare, in talune circostanze eccezionali, con decisione debitamente motivata, ai limiti massimi e minimi fissati (cfr. Corte di giustizia 5 maggio 2008, Hospital Consulting, C-386/07).

Non rilevano in senso opposto le citazioni operate dalla giurisprudenza di cui sopra richiamate. In particolare la Corte di Giustizia C-377/17 del 04/07/2019 (in senso analogo Corte di Giustizia sent. 23/11/2017 C-427/2016), nel richiamare le condizioni di cui alla citata sentenza *“Arduino”* afferma espressamente che *“non si può escludere a priori che la fissazione di una tariffa minima consenta di evitare che i prestatori di servizi non siano indotti, in un contesto come quello di un mercato caratterizzato dalla presenza di un numero molto elevato di prestatori, a svolgere una concorrenza che possa tradursi nell'offerta di prestazioni al ribasso, con il rischio di un peggioramento della qualità dei servizi forniti”*. Tale orientamento legittima l'introduzione di *“parametri”* in quanto essi non costituiscono a priori ostacolo alla libera prestazione di servizi ed alla libertà di stabilimento, in presenza di un interesse generale da proteggere e di proporzionalità delle misure statali rispetto alla realizzazione di tale interesse.

In questo quadro è irrilevante il rinvio alla sentenza della Corte di Giustizia del 2024 in quanto, nel caso ivi trattato, i parametri erano non solo predisposti, ma anche approvati da un soggetto

associativo di diritto privato e non dallo Stato garante della finalizzazione dei parametri individuati alla soddisfazione di prevalenti interessi di rango pubblicistico. Per un maggiore approfondimento su tale sentenza si rimanda alle considerazioni esposte nella Circolare CNI n. 155 del 21 marzo 2024.

D'altra parte sul piano normativo l'Unione europea non ha mancato di rimarcare la centralità del ruolo del professionista. Ad esempio l'art. 15 della Carta dei diritti Fondamentali distingue la libertà professionale dalla libertà di impresa (art. 16); del pari l'art. 15 della Direttiva n. 123/2006/CEE dispone che le tariffe obbligatorie minime e/o massime sono legittime se non discriminatorie e volte a perseguire *"motivi imperativi di interesse generale"* (par. 3) nel rispetto delle condizioni di non discriminazione, necessità e proporzionalità.

7. Sull'intervento dell'autorità giudiziaria e sull'invarianza finanziaria

Rispetto alla questione dell'invarianza finanziaria (art. 13 L. n. 49/2023) va detto che le stazioni appaltanti sono tenute a predisporre ed approvare, prima dell'indizione della procedura di gara, il quadro economico dell'intervento (art. 5 all. I.7 D.Lgs. n. 36/2023) che deve espressamente prevedere fra le *"somme a disposizione"* la spesa preventivata per i servizi tecnici (art. 5 comma 1 lett e) n. 8). Fermo restando quanto detto sopra circa la differenza fra ribassabilità dei compensi e delle spese, l'eventuale assenza di ribassi lascerebbe invariata una spesa già prevista per le attività tecnico-progettuali.

È evidente che una stazione appaltante che abbia determinato il corrispettivo ai sensi dell'art. 41 comma 15 del Codice dei contratti non dovrà in alcun modo procedere ad una modifica del quadro economico (nel quale il valore della prestazione è stimato comunque al lordo dell'eventuale ribasso sulle spese). L'eventuale reimpiego delle somme risultanti dai ribassi, sposta l'attenzione sulla correttezza della gestione delle risorse ed esula dalle rilevate questioni connesse al presunto incremento della spesa.

Per quanto concerne, invece, l'intervento dell'autorità giudiziaria (art. 3, comma 5, della richiamata legge n. 49/2023) esso non determina affatto una sovrapposizione di poteri e competenze con le stazioni appaltanti; se queste ultime operano con una verifica della congruità delle offerte nell'ambito delle finalità pro-concorrenziali della procedura di gara, il primo interviene a tutela dell'interesse al ripristino del violato equilibrio contrattuale fra le parti ai fini di garantire un compenso *"in ogni caso"* proporzionato alla qualità del lavoro svolto ed al decoro professionale che, come visto, è il precipuo obiettivo di matrice pubblicistica della Legge 49/2023. Gli ambiti di

intervento sono dunque distinti così come (ovviamente) i poteri esercitati; all'organo giudicante non interessa che l'offerta presentata sia conveniente per la stazione appaltante, quanto piuttosto ripristinare le condizioni di equilibrio fra le parti la cui assenza ha inciso sulla determinazione del compenso.