

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da INM and Partner S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di direzione lavori, coordinamento sicurezza in esecuzione e direttore

di

Data di pubblicazione: 14-3-2024

Massima Appalto pubblico – Servizi ingegneria e architettura – Bando di gara – Eterointegrazione – Legge equo compenso - Non consentita L'assenza di chiare indicazioni normative e di orientamenti giurisprudenziali consolidati circa i rapporti tra la normativa sull'equo compenso di cui alla L. 49/2023 e le procedure di gara dirette all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura impedisce che possa operare il meccanismo dell'eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, possa essere disposta l'esclusione di operatori economici che abbiano formulato un ribasso tale da ridurre la quota parte del compenso professionale.

Riferimenti normativi Art. 24, comma 8, d.lgs. 50/2016 D.M. 17 giugno 2016 Legge 21 aprile 2023, n. 49

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 28 febbraio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 4204 del 10 gennaio 2024, con cui la INM and Partner S.r.l., premettendo di essere l'unica impresa ad aver offerto, in relazione ai Lotti 1 e 3, una percentuale di ribasso tale da non intaccare il compenso professionale ma solo le spese, ha domandato all'Autorità di pronunciarsi circa la legittimità dell'omessa esclusione dalla gara di tutte le altre imprese concorrenti per avere formulato un ribasso che, riducendo anche il compenso professionale, si porrebbe in violazione della normativa sull'equo compenso di cui alla L. 49/2023;

RILEVATO che, secondo la ricostruzione dell'istante, dal momento che le offerte degli altri concorrenti comportano una riduzione del compenso per l'attività di progettazione, l'Amministrazione si ritroverebbe ad affidare una prestazione di opera intellettuale per un corrispettivo determinato in violazione delle disposizioni di cui alla l. n. 49/2023 (circostanza che peraltro rileva anche ai fini della determinazione dell'anomalia dell'offerta). Inoltre, atteso che la legge n. 49/2023 prevede la nullità dei compensi professionali inferiori rispetto a quelli

determinati secondo i parametri ministeriali, l'Amministrazione correrebbe il rischio di vedersi in futuro obbligata a corrispondere l'intero compenso professionale, nonostante il ribasso offerto dal concorrente abbia inciso sulla formulazione della graduatoria;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n.10200 del 22 gennaio 2024;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 13997 del 29 gennaio 2024, con cui l'istante ha trasmesso un parere reso dal Consiglio Nazionale degli Ingegneri in relazione ad una fattispecie analoga a quella di specie;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 14051 del 29 gennaio 2024, con cui la Spring and Project S.r.l., aggiudicataria del Lotto n. 3, ha contestato la ricostruzione dell'istante. L'impresa ha rappresentato che la lex specialis di gara, vincolante per gli operatori economici e per la stessa Stazione appaltante, non prevedeva che il ribasso dovesse essere formulato sulle sole spese, lasciando fisso ed invariabile il corrispettivo afferente il compenso per onorario, né, tantomeno, imponeva ai concorrenti il vincolo di limitare l'entità del ribasso ad un valore che non fosse superiore all'aliquota fissata per le spese (22,19% dell'intero importo posto a base di gara). Altro aspetto che, secondo l'aggiudicatario del Lotto n. 3, farebbe propendere per la legittimità dell'aggiudicazione è la circostanza che l'appalto in oggetto è finanziato con fondi PNRR, con conseguente applicazione della normativa di cui al d.lgs. 50/2016 ed, in particolare, dell'art. 24, comma 8, che non obbliga la fissazione dell'importo da porre a base di gara per i servizi di ingegneria e architettura sulla base del Decreto Parametri, che resta solo un "criterio" da cui l'Amministrazione si può discostare;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 14384 del 29 gennaio 2024, con cui la Soc. Best S.r.l., in qualità di mandataria del rtp aggiudicatario del lotto 1, ha parimenti contestato le richieste dell'istante. In via preliminare, l'operatore ha contestato l'inammissibilità, sub speciem di tardività, dell'istanza di precontenzioso per decorrenza dei termini per l'impugnazione del bando di gara e del provvedimento di aggiudicazione (risalente al 27 dicembre 2023). L'istanza sarebbe inoltre generica e priva della prova concreta della violazione sulla normativa dell'equo compenso. Nel merito, la Best S.r.l. ha valorizzato l'esistenza di incertezze sull'impatto che la normativa dell'equo compenso ha rispetto al Codice dei contratti, ritenendo corretta l'impostazione seguita, nel caso di specie, dalla Stazione appaltante in quanto comunque conforme all'art. 24, comma 8, del d.lgs. 50/2016;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 16332 dell'1 febbraio 2024, con cui la Stazione appaltante, nel contestare l'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso in ragione della mancata impugnazione del bando di gara, ha rilevato, al pari dell'operatore Best S.r.l., che il tema dei rapporti tra la normativa sull'equo compenso e gli appalti di servizi regolati dal Codice dei contratti non è ancora stato compiutamente definito e che, pertanto, in assenza di chiare indicazioni sulla disciplina applicabile a tale tipologia di contratti, deve ritenersi corretta la scelta operata di richiedere la presentazione di un'offerta sul totale dell'importo a base di gara. L'Amministrazione ha inoltre rilevato che alla scadenza del termine fissato dal bando risultavano aver prodotto offerta solo soggetti giuridici (Società) e non anche singoli professionisti. Circostanza questa rilevante, atteso che l'articolo 2, comma 1 della legge 49/2023 definisce il proprio ambito di applicazione in relazione ai rapporti professionali aventi

ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'articolo 2230 del codice civile (contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale). Ciò significa che l'applicazione della disciplina sull'equo compenso non riguarderebbe – eventualità non esclusa da codesta Autorità in sede di formulazione del bando tipo 2/2023 – le ipotesi in cui la prestazione professionale viene resa nell'ambito di un appalto di servizi, attraverso una articolata organizzazione di mezzi e risorse e con assunzione del relativo rischio imprenditoriale, come nel caso in esame;

VISTI gli atti di gara e la documentazione trasmessa dalle parti;

RITENUTO, in via preliminare, di dover rigettare le eccezioni sollevate dalle parti in merito alla presunta inammissibilità dell'istanza di precontenzioso. In primis, si rappresenta che, secondo l'unanime orientamento giurisprudenziale e dell'Autorità, l'onere di immediata impugnazione del bando di gara è circoscritto alle cc.dd. clausole escludente ovvero alle condizioni che impediscano con assoluta certezza e a qualunque operatore economico di presentare un'offerta seria e consapevole. E' di tutta evidenza che, nel caso di specie, la questione sollevata dall'istante non concerne alcuna clausola escludente; questi, infatti, ha potuto presentare un'offerta in gara. Inoltre, va rilevato che l'istante non avrebbe avuto alcun interesse concreto e attuale alla contestazione del disciplinare – nella parte in cui non prevedeva limiti alla quota parte del ribasso formulabile dagli oo.aa. – non conoscendo né gli esiti della gara, né il quantum di ribasso proposto dagli altri concorrenti, e non potendo, quindi, sapere se, a prescindere dalla formulazione degli atti di gara, si sarebbe aggiudicato la commessa. L'istanza non è neppure tardiva: alla data della sua presentazione non erano ancora decorsi i termini per impugnare giurisdizionalmente il provvedimento contestato, essendo viceversa irrilevante (ai fini del rilascio del parere) che siano venuti a scadere durante la pendenza del procedimento. Infine, l'istanza non risulta né generica – essendo chiaro e definito l'oggetto della questione sollevata – né carente di elementi probatori sulla presunta violazione della normativa dell'equo compenso: l'istante, infatti, ha indicato puntualmente le percentuali di ribasso ammissibili, ovvero quelle che, intaccando solo le spese, non avrebbero ridotto la quota parte del compenso professionale e le percentuali superiori offerte dai concorrenti dei lotti 1 e 3;

CONSIDERATO che, nel merito, l'Autorità è chiamata a stabilire se, in una procedura di gara finalizzata all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura, l'operatore economico che abbia formulato una percentuale di ribasso che intacca anche il compenso professionale (oltre alle spese) sia da considerarsi anomala, e dunque da escludere, per violazione della normativa in tema di equo compenso;

PREMESSO che il tema dei rapporti tra la normativa sull'equo compenso di cui alla L. 49/2023 e la disciplina recata dal Codice dei contratti in tema di appalti di servizi di ingegneria e architettura ha suscitato e continua a suscitare dubbi e perplessità. L'Autorità, consapevole delle difficoltà interpretative, in data 7/7/2023, ha segnalato la questione alla Cabina di Regia, al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per conoscenza, al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, evidenziando la necessità di chiarire se attraverso la legge n. 49 del 2023 il legislatore abbia reintrodotta dei parametri professionali minimi e, in caso positivo, 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;

CONSIDERATO che, nel citato documento l’Autorità ha illustrato tre possibili soluzioni, riprodotte poi nel testo del bando tipo n. 2/2024 in consultazione, ovvero: procedure di gara a prezzo fisso, con competizione limitata alla sola parte tecnica; procedure di gara da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in cui l’importo a base d’asta è limitato alle sole spese generali; inapplicabilità della disciplina dell’equo compenso alle procedure di evidenza pubblica, con conseguente ribassabilità dell’intero importo posto a base di gara;

RILEVATO che il bando di gara in oggetto risulta aderente all’ultima delle predette soluzioni: l’articolo 18 del disciplinare stabilisce infatti che “La ditta concorrente, a pena di esclusione, deve compilare il modello di offerta economica proposto dal Sistema indicando il ribasso percentuale offerto sul prezzo a base d’asta...” e l’importo a base di gara, definito all’art. 3 del disciplinare in applicazione del D.M. 17 giugno 2016, è pari alla somma dei compensi professionali e delle spese generali;

RITENUTO, pertanto, che, nel caso di specie, in presenza di un quadro normativo poco chiaro, la stazione appaltante ha legittimamente esercitato la sua discrezionalità in coerenza con i principi che regolano l’evidenza pubblica, come positivizzati negli artt. 1, 2 e 3 d.lgs. 36/2023;

RITENUTO, peraltro, che l’evidenziata incertezza circa le modalità applicative della normativa sull’equo compenso nelle procedure di gara dirette all’affidamento di servizi di ingegneria e architettura – ancora più accentuata alla data di pubblicazione del bando di gara in oggetto, risalente al mese di giugno 2023, ovvero dopo poco più di un mese dalla pubblicazione sulla G.U.R.I. della L. 49/2023 – unitamente ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento e al principio dell’autovincolo impediscono che possa operare, nel caso di specie, l’eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, si commini a carico dei partecipanti una sanzione espulsiva per aver presentato un’offerta che, perfettamente aderente ai contenuti della lex specialis, risulti non conforme alla L. 49/2023.

RILEVATO, infatti, che, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, di regola, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge deve ritenersi ammessa in casi eccezionali, poiché l’enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza (Cons. Stato, V, 28 ottobre 2016, n. 4553); si è osservato, in particolare, che l’eterointegrazione del bando costituisce – in relazione alla sua attitudine ad incidere in maniera significativa sull’affidamento che la platea dei potenziali concorrenti deve poter nutrire sulla chiarezza, precisione ed univocità delle condizioni richieste per l’accesso alle procedure evidenziali, la cui formulazione incombe alla stazione appaltante – dispositivo del tutto eccezionale, suscettibile di operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa, la cui deroga sia in principio preclusa alle opzioni programmatiche della stessa amministrazione aggiudicatrice (Cons. Stato, 28 agosto 2019, n. 5922). Anche la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un operatore economico da

una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, consentendo allo stesso un termine per regolarizzare la posizione (Corte di Giustizia, sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo);

CONSIDERATO, inoltre, che, anche a voler ritenere corretta la ricostruzione dell'istante circa l'impatto della L. 49/2023 sulle procedure di gara aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e di architettura – ovvero la possibilità di formulare un ribasso che intacchi solo le spese - nel caso di specie, i punteggi assegnati dalla Commissione di gara alle offerte tecniche dimostrano che la INM and Partner S.r.l. non ha comunque formulato la proposta qualitativamente migliore. E' la stessa impresa ad affermare, nelle proprie memorie, che, prima dell'apertura delle offerte economiche – quindi, sulla base dei punteggi assegnati alla sola parte qualitativa – si era collocata al secondo posto della graduatoria; ne consegue che, tanto azzerando la competizione sulla parte economica, quando riducendo il ribasso formulato dalle imprese collocate al primo posto della graduatoria dei lotti 1 e 3 per riportarlo ad una misura che non intacchi il compenso (e ciò, nel caso in cui, secondo quanto afferma lo stesso istante, della questione dovesse essere investito il giudice ordinario per la dichiarazione di nullità del compenso pattuito), in ogni caso l'istante non risulterebbe aggiudicatario della procedura di gara in oggetto; Il Consiglio Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che: - i principi di certezza del diritto, legittimo affidamento e dell'autovincolo impediscono che nel caso di specie possa operare l'eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, possa disporsi l'esclusione dei concorrenti che precedono l'istante nelle graduatorie dei lotti 1 e 3 per aver formulato un ribasso incompatibile con la L. 49/2023; - i punteggi assegnati dalla Commissione di gara alle offerte tecniche degli aggiudicatari dei lotti 1 e 3 sono sensibilmente superiori a quelli assegnati all'offerta tecnica dell'istante, con la conseguenza che sia azzerando la competizione sulla parte economica sia limitandola alla sola quota parte delle spese, in ogni caso l'istante non potrebbe risultare aggiudicatario della procedura di gara in oggetto.

Il Presidente Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 marzo 2024

Il Segretario Laura Mascali