

Equo compenso nei servizi di progettazione

di Anna Libraro

Data di pubblicazione: 13-11-2024

Il Collegio ha ricordato che la questione è stata affrontata recentemente dallo stesso Tribunale con sentenza n. 483 del 25.7.2024, il quale ha aderito alle tesi secondo cui il regime dell'equo compenso non derogherebbe, bensì integrerebbe "il sistema dei contratti pubblici, senza frustrarne la sostanza proconcorrenziale di derivazione euro-unitaria (artt. 49, 56, 101 TFUE, 15 della dir. 2006/123/CE), e, quindi, senza elidere in radice la praticabilità del ribasso sui corrispettivi professionali, la cui determinazione non è da intendersi rigidamente vincolata a immutabili parametri tabellari, ma la cui congruità (in termini di equilibrio sinallagmatico) rimane, in ogni caso, adeguatamente assicurata dal modulo procedimentale di verifica all'uopo codificato, quale, appunto, quello dell'anomalia dell'offerta con riferimento al ribasso praticato sul corrispettivo dei servizi di progettazione". In altri termini, il Codice dei contratti pubblici, tramite il subprocedimento di verifica di anomalia delle offerte, appresterebbe "meccanismi idonei ad evitare che le prestazioni professionali siano rese a prezzi incongrui, consentendo, nel contempo, alle amministrazioni di affidare gli appalti a prezzi più competitivi".

La Prima Sezione tuttavia osserva che, in tema di sub-procedimento di anomalia, la consolidata giurisprudenza è nel senso che: *"Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato all'accertamento dell'attendibilità e della serietà della stessa nel suo insieme e dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della Stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico - discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. Lo standard della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell'offerta; mentre è richiesta una articolata e approfondita motivazione laddove l'Amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale".*

N. 00632/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00556/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 556 del 2024, proposto da Associazione tra professionisti «Alphatech dell'Ing. Roberto Chieffi e del Dott. Francesco Chieffi» n.q. di mandataria capogruppo, Studio Associato D'Ingegneria «Linguiti S.A.I.L.» n.q. di mandante del costituendo R.T.P, Volpe Antonio Giuseppe n.q. di mandante del costituendo R.T.P, Cafasso Massimiliano n.q. di mandante del costituendo R.T.P, Falchetti Sergio n.q. di mandante del Costituendo R.T.P, Agizza Salvatore n.q. di mandante del costituendo R.T.P, Tarallo Federico n.q. di mandante del costituendo R.T.P, Ciociano Federico n.q. di mandante del Costituendo R.T.P, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B22C5F523F, rappresentati e difesi dall'avvocato Pasquale D'Angiolillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Miceli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Bagnara Calabria, non costituito in giudizio;

nei confronti

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale R.Calabria, domiciliataria ex lege in Reggio Calabria, via del Plebiscito, 15;
Hypro S.r.l. in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo R.T.P. con «ARTEC ASSOCIATI S.r.l.», «DUOMI S.r.l.», ing. Arturo VELTRI e «E3 Società Cooperativa, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Pullano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determinazione prot. n. PI014439-24 del 20.8.2024, avente ad oggetto "Procedura aperta per conto del Comune di Bagnara Calabria. Programma PAC Infrastrutture e Reti 2014-2020. Asse B Linea d'Azione 1. Riqualificazione e messa in sicurezza area portuale,

porto di Bagnara Calabria. Affidamento incarico di progetto di fattibilità tecnico economica, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione dei lavori misura e contabilità. CUP: G19J22001460001 CIG: B22C5F523F. Provvedimento di esclusione”, con la quale la R.U.P. della U.O.A. stazione unica appaltante metropolitana della Città metropolitana di Reggio Calabria ha escluso il R.T.P. dalla predetta procedura aperta;

ove e per quanto di ragione, della nota prot. n. PI013617-24 del 26.7.2024, depositata sulla piattaforma telematica, con la quale la suddetta R.U.P. ha dato avvio alla procedura di verifica di anomalia dell’offerta ai sensi dell’art. 110 del D.Lgs. 31.3.2023, n. 36, chiedendo una relazione giustificativa, eventualmente corredata da documenti, relativamente al ribasso offerto, pari al 100% dell’importo delle spese e oneri accessori;

ove e per quanto di ragione, della nota prot. n. PI013414-24 del 2.8.2024, con la quale la medesima R.U.P. della S.U.A.M. ha ritrasmesso la richiesta di relazione giustificativa dell’offerta economica già depositata sulla piattaforma telematica il 26.7.2024;

ove e per quanto di ragione, della nota prot. n. PI013968-24 del 2.8.2024, con la quale la stessa R.U.P. ha richiesto controdeduzioni sul preavviso che, dalla relazione giustificativa e dalla tabella allegata alla relazione giustificativa inoltrata dal costituendo R.T.P., sarebbe stato evincibile che il ribasso del 100% dell’importo delle spese generali, riportate pari a € 90.732,01, andasse ad erodere il compenso professionale;

del provvedimento – di protocollo e data sconosciuti, se ed in quanto adottato – di scorrimento della graduatoria e aggiudicazione ad altro concorrente dell’appalto di che trattasi;

di ogni altro atto, verbale, provvedimento presupposti, connessi, collegati e/o consequenziali e, comunque, lesivi degli interessi del R.T.P.;

nonché PER L’ACCERTAMENTO E LA DECLARATORIA, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.,

del diritto del costituendo R.T.P. a mantenere l’aggiudicazione dell’appalto controverso;

dell’inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla stazione unica appaltante metropolitana con altro concorrente nelle more della trattazione del gravame, ai sensi dell’art. 121 c.p.a.;

in subordine, ai sensi dell’art. 122 c.p.a., del diritto del costituendo R.T.P., a subentrare nel contratto stipulato ai sensi dell’art. 124 c.p.a., dichiarandosi, sin da ora, la disponibilità al relativo subingresso;

in ogni caso, solo in via subordinata e salvo gravame,

PER LA CONDANNA al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi dell’art. 124,

comma 1, c.p.a., nonché al pagamento delle sanzioni pecuniarie previste dall'art. 123 c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della Citta' Metropolitana di Reggio Calabria e di Hypro S.r.l. n.q. di mandataria R.T.P.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 il dott. Domenico Gaglioti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1- Con ricorso notificato il 30.9.2024 e depositato il 5.10.2024, il costituendo R.T.I. «Alphatech» dell'ing. Roberto Chieffi e del dott. Francesco Chieffi» (mandataria e capogruppo), lo studio associato d'ingegneria «Linguiti S.A.I.L.», il dott. geologo Federico Tarallo, il dott. archeologo Salvatore Agizza, l'arch. Massimiliano Cafasso, l'ing. Antonio Giuseppe Volpe, l'ing. Federico Ciociano e l'ing. Sergio Falchetti (mandanti) hanno esposto:

-) i ricorrenti avevano partecipato, come costituendo R.T.I., alla gara celebrata dalla Stazione Unica Appaltante (di seguito: S.U.A.) della Città Metropolitana di Reggio Calabria (Centrale Unica di Committenza) per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura per la progettazione di fattibilità tecnico-economica, la progettazione esecutiva, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione e la direzione dei lavori dell'intervento di "Riqualificazione e messa in sicurezza area portuale, porto di Bagnara Calabria", ai sensi dell'art. 71 e 108 del D.Lgs. 31.3.2023 n. 36, con valore globale stimato pari € 695.612,13, di cui € 604.880,09 quale "compenso" ed € 90.732,01 quali "spese generali e oneri accessori", oltre I.V.A. e cassa, calcolato ai sensi dell'allegato I.13 al d.lgs. n. 36/2023 e del D.M. 17.6.2016;

-) il criterio di aggiudicazione era costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, con applicazione dell'inversione procedimentale di cui all'art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023 e prevedeva un'offerta tecnica e un'offerta tempo-economica, la cui componente economica era da calcolare, a mente della legge speciale, sul ribasso consentito sulla sola componente delle "spese generali e oneri accessori";

-) espletate le operazioni di gara, parte ricorrente è risultata prima classificata con punti 93,40

-avendo proposto, quale offerta economica, un ribasso del 100% sulla componente “spese generali e oneri accessori” e una “percentuale di sconto” del 20% sul tempo- seguita dall’odierna ricorrente con punti 92,13;

-) con nota depositata sulla piattaforma telematica il 26.7.2024 la S.U.A. aveva avviato, ai sensi dell’art. 110 del citato d.lgs. n. 36/2023, il subprocedimento di verifica di anomalia dell’offerta, richiedendo al R.T.P. ricorrente le proprie giustificazioni;

-) il 29.7.2024 il raggruppamento ricorrente ha depositato una relazione di giustificazioni;

-) il successivo 2.8.2024 il R.U.P. ha trasmesso, a mezzo p.e.c., due note, una delle quali riprodotte la medesima richiesta del 26.7.2024 e già riscontrata dal R.T.P. ricorrente e la seconda nella quale veniva segnalato che, dall’esame delle giustificazioni trasmesse sembrerebbe che fosse stato indirettamente ribassato il compenso professionale, intangibile per legge, ragion per cui venivano assegnati 5 giorni per la trasmissione di giustificazioni in merito;

-) contemporaneamente, con nota del 2.8.2024 veniva comunicata alla ricorrente «Alphatech» l’avvenuta approvazione della graduatoria provvisoria, già resa nota il 31.7.2024 sulla piattaforma telematica;

-) il 5.8.2024 il legale rappresentante della mandataria capogruppo ha rimesso una seconda relazione giustificativa a riscontro della richiesta di ulteriori chiarimenti;

-) con determinazione del 20.8.2024 la S.U.A. ha disposto l’esclusione del costituendo R.T.P. ricorrente dalla gara ritenendo emergere, dalla relazione giustificativa, un’elusione del principio dell’inviolabilità dell’equo compenso professionale inderogabile ai sensi degli artt. 2 ss. della legge n. 49/2023;

-) il 22.8.2024, la mandataria ha inviato alla Stazione Unica Appaltante istanza di riesame, non riscontrata da quest’ultima.

1.1- Nell’inerzia dell’amministrazione, avverso il provvedimento di esclusione viene presentato ricorso per i seguenti motivi:

I) VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS (PARAGRAFI 3.1 E 17 DEL BANDO/DISCIPLINARE DI GARA) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 110 DEL D.LGS. 31.3.2023, N. 36; ARTT. 1 E 3 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – TRAVISAMENTO – ABNORMITÀ – IRRAGIONEVOLEZZA – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUONA FEDE, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CLARE LOQUI – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI AUTORESPONSABILITÀ.

Parte ricorrente:

-) contesta all'amministrazione resistente di aver disatteso l'effettivo contenuto dell'offerta economica da questi depositata in sede di gara e di aver altresì travisato il reale tenore delle giustificazioni fornite nel subprocedimento di verifica dell'anomalia, omettendo, per di più, un'esauriva istruttoria e adeguata motivazione a conforto dell'esclusione;

-) ribadisce di aver applicato uno sconto del 100% sulla sola componente "spese generali e oneri accessori", ribassabile senza alcun limite, e di non aver intaccato la parte del valore dell'appalto costituito dai corrispettivi;

-) soggiunge, inoltre, che la voce indicata nella prima giustificazione (ossia le "spese da parcella") è stata inserita a ragione dell'incertezza nella formulazione tanto del bando quanto della richiesta di chiarimenti e, in ogni caso, comprende voci riconducibili ai corrispettivi dell'appalto.

II) VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS (PARAGRAFI 3.1, 17 E 23 DEL BANDO/DISCIPLINARE DI GARA) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 110 DEL D.LGS. 31.3.2023, N. 36; ART. 3 DELLA L. 21.4.2023, N. 46; ARTT. 1 E 3 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – TRAVISAMENTO – ABNORMITÀ – IRRAGIONEVOLEZZA – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUONA FEDE, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ.

Il R.T.I. ricorrente contesta l'assunto della S.U.A. per cui, dalla dichiarazione giustificativa, emergerebbe che il ribasso proposto eroderebbe indirettamente l'importo incomprimibile del compenso, rilevando che:

-) nella dichiarazione di offerta emerge chiaramente il riferimento del ribasso alle sole spese generali;

-) parimenti la tabella di cui alla prima relazione giustificativa darebbe conto del fatto che la quota dei corrispettivi pari ad € 604.880,09 risultasse invariato;

-) nella seconda relazione giustificativa risultano chiaramente spiegate le ragioni per cui la voce "spese generali" non possa essere confusa con la voce "spese da parcella", individuata nella precedente tabella di giustificazioni;

-) da ciò l'incomprensibilità delle ragioni a base dell'asserita violazione della L. n. 49/2023 sull'equo compenso e della lex specialis.

III) VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS (PARAGRAFO 23 DEL BANDO/DISCIPLINARE DI GARA) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 110 DEL D.LGS. 31.3.2023, N. 36; ARTT. 1 E 3 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – TRAVISAMENTO – ABNORMITÀ – IRRAGIONEVOLEZZA – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, BUONA FEDE, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ.

Il costituendo R.T.I. ricorrente contesta la violazione dell'art. 110 del d.lgs. 31.3.2023, n. 36 e del paragrafo 23 del bando/disciplinare di gara per non aver il R.U.P. valutato in modo adeguato le analitiche spiegazioni da questi rese in ordine alle ragioni tecnico-organizzative che avevano condotto ad applicare il ribasso indicato in sede di gara senza che, nel contempo, ciò possa ritenersi elidere la componente dei corrispettivi, predeterminata, nell'entità, dalla stazione appaltante.

La S.U.A., in sostanza, non avrebbe svolto alcuna valutazione in ordine all'effettiva remuneratività, alla sostenibilità economica e dunque alla serietà dell'offerta del R.T.P. ricorrente, ripiegando apoditticamente sull'asserita violazione dell'equo compenso e disponendo automaticamente l'esclusione della ricorrente dalla gara senza alcuna motivazione che giustifichi la conclusione di inaffidabilità complessiva dell'offerta.

IV) VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 1, 3, 7 E 10 L. 7.8.1990, N. 241 E S.M.I., IN RELAZIONE ALL'ART. 110 DEL D.LGS. 31.3.2023, N. 36, AI PARAGRAFI 3.1, 17 E 23 DEL BANDO/DISCIPLINARE DI GARA; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – TRAVISAMENTO – ABNORMITÀ – IRRAGIONEVOLTEZZA – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, BUONA FEDE, CORRETTEZZA ED IMPARZIALITÀ – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO.

Parte ricorrente contesta la violazione del giusto procedimento e dei canoni di effettività del contraddittorio procedimentale, non avendo svolto alcuna istruttoria o in generale alcuna valutazione sui rilievi matematicamente ricavabili dalle dichiarazioni di gara, avendo ossia tralasciato un'analisi puntuale e logica del loro effettivo contenuto e oggettivo significato,

2- Con atto depositato il 14.10.2024 si è costituita la Città Metropolitana di Reggio Calabria per resistere al ricorso.

3- Con atto depositato il 17.10.2024 si è costituito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per resistere al ricorso.

4- Con atto depositato il 21.10.2024 si è costituita la controinteressata Hypro s.r.l. in proprio e in qualità di mandataria del corrispondente R.T.P., la quale ha contestato la fondatezza delle doglianze di parte ricorrente e le relative argomentazioni.

5- Le altre parti evocate in giudizio non si sono costituite.

6- Alla camera di consiglio del 23.10.2024, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, la causa è stata trattenuta d'ufficio per la decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a., alla luce del disposto di cui all'art. 120, comma 5 c.p.a., previo avviso alle parti, sussistendone i presupposti fattuali e giuridici, non essendo ravvisabile la necessità di integrare il contraddittorio, risultando completa l'istruttoria e non avendo alcuna delle parti dichiarato di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza o di giurisdizione.

DIRITTO

7- Il ricorso è fondato per come di seguito esposto.

8- Le censure possono essere scrutinate congiuntamente in quanto tra loro interconnesse.

9- Preliminarmente, deve essere sinteticamente ricostruita la vicenda procedimentale.

9.1- In primo luogo, la legge di gara prevedeva:

-) al par. 3.1 la stima del valore globale dell'appalto in € 695.612,13 (di cui € 604.880,09 quale compenso ed € 90.732,01 quale importo per spese e oneri accessori oltre accessori) soggiungendo che "L'importo a base di gara è stato calcolato ai sensi dell'allegato I.13 al Codice "Determinazione dei parametri per la progettazione" e del decreto ministeriale 17.06.2016, come da schema di determinazione dei corrispettivi. Nel corrispettivo del servizio resta compreso anche l'onorario per l'attività necessaria alla predisposizione degli elaborati connessi all'ottenimento di tutti i pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari. L'importo soggetto a ribasso è pari a € 90.732,01";

-) al par. 17, nell'ambito dell'offerta tempo-economica, che la componente attinente l'offerta economica fosse costituita dal ribasso percentuale offerto sull'importo relativo alle spese generali stimato dall'amministrazione con riferimento al D.M. 17.6.2016, corrispondente a € 90.732,01;

-) al par. 23, attinente il sub-procedimento di verifica di anomalia, che "(...) Il RUP richiede al concorrente la presentazione delle spiegazioni, se del caso, indicando le componenti specifiche dell'offerta ritenute anomale. A tal fine, assegna un termine non superiore a quindici giorni dal ricevimento della richiesta. Il RUP, esaminate le spiegazioni fornite dall'offerente, ove le ritenga non sufficienti ad escludere l'anomalia, può chiedere, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando un termine perentorio per il riscontro. Il RUP esclude le offerte che, in base all'esame degli elementi forniti con le spiegazioni risultino, nel complesso, inaffidabili (...)".

9.2- Quanto alla sequenza del sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, dalla documentazione in atti emerge che il 26.7.2024 la S.U.A. inviava all'odierno ricorrente la seguente comunicazione: "Il concorrente deve presentare una relazione giustificativa, eventualmente corredata da documenti, relativamente al ribasso offerto pari al 100% sulle spese e oneri accessori, calcolate secondo quanto previsto dallo schema di parcella posto a base dei documenti di gara".

9.3- Il 29.7.2024 quest'ultimo forniva le proprie giustificazioni indicando:

-) la stima dei costi di produzione delle risorse umane professionali da impiegare in base al tempo previsto e ai costi unitari €/ora, corredato da tabella di calcolo (€ 437.520,00);

-) il riepilogo dell'offerta, costituito da una tabella contenente, oltre [a] ai succitati costi dei

professionisti per le prestazioni (€ 437.520,00) le voci [b] “spese da parcella” (€ 90.732,01), [c] imprevisti (€ 21.638,98), [d] “totale costi di produzione, spese e imprevisti” (€ 549.890,99), [e] utile pari al 10% (€ 54.989,10) e [f] importo parcella al netto del ribasso (€ 604.880,09).

9.4- In data 2.8.2024 il R.U.P. inviava due distinte comunicazioni al R.T.P. ricorrente rappresentando:

-) nella prima, che “Il concorrente deve presentare una relazione giustificativa, eventualmente corredata da documenti, relativamente al ribasso offerto pari al 100% delle spese e oneri accessori, calcolate secondo quanto previsto dallo schema di parcella posto a base dei documenti di gara”;

-) nella seconda, che “Dall'esame della relazione giustificativa trasmessa con riferimento al ribasso del 100% su spese e oneri accessori, sembrerebbe doversi rilevare che codesto concorrente indirettamente ha ribassato il compenso professionale, intangibile in virtù dell'integrale applicazione della legge n. 49/2023 cui questa SA ha fatto corretta applicazione nel bando di gara, come si evince dalle modalità di formulazione del ribasso ivi indicate. Si assegnano giorni 5 dal ricevimento della presente per eventuali controdeduzioni”.

9.5- In data 5.8.2024 quest'ultimo depositava le ulteriori controdeduzioni affermando, in sintesi, che:

-) il ribasso del 100% era stato applicato esclusivamente sulle spese generali ed oneri accessori, estranee al compenso professionale e non strettamente connesse alle prestazioni professionali oggetto di gara, rappresentando esse i costi necessari per il funzionamento complessivo e la gestione quotidiana dell'attività professionale non direttamente associate alla produzione di servizi specifici e comunque non direttamente attribuibili ad un servizio specifico svolto dai professionisti;

-) l'offerta economica risulta ampiamente remunerativa per il R.T.P. e quindi pienamente sostenibile economicamente, come si evincerebbe anche dalla tabella ivi acclusa; quest'ultima, peraltro, reca un contenuto analogo a quello della tabella resa in sede di prima giustificazione con la sola integrazione, dopo la voce [d] “Totale costi di produzione, spese e oneri accessori” della voce “Spese generali e oneri accessori” (€ 0);

-) la voce “spese da parcella”, che probabilmente ha fatto incorrere la S.U.A. nell'equivoco di cui alla nota di controdeduzioni, rappresenta i costi direttamente connessi al servizio che il RTP avrebbe sopportato per svolgere le attività professionali oggetto di gara intendendo per tali quelli relativi ai rilievi, indagini, sondaggi, analisi specialistiche, prove, campionamenti, riproduzioni ed altre spese direttamente connesse alla fornitura del servizio oggetto di gara; dette voci, direttamente connesse alla fornitura dei servizi oggetto di gara, sono comprese nel compenso professionale, e non sono state né direttamente né indirettamente ribassate, come si evince dalla tabella sopra riportata.

Quindi il R.T.I. ricorrente si sofferma su ulteriori argomentazioni giustificative ai sensi dell'art.

97 comma 4, lettere a), b) e c) (par. 3), attinenti ad “economia del metodo di prestazione del servizio” (par. 3.1), “soluzioni tecnico-metodologiche adottate” (par. 3.2), “condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l’offerente per prestare i servizi” (par. 3.3), “originalità del progetto dei servizi offerti” (par. 3.4), “rispetto delle norme vigenti in materia specificamente applicabile all’oggetto di appalto ed in tema di sicurezza e condizioni di lavoro” (par. 3.5), “conformità a riferimenti normativi e giurisprudenziali” (par. 4).

9.6- Con il provvedimento impugnato, la S.U.A. ha affermato che “dall’esame della relazione giustificativa trasmessa a seguito del preavviso e con riferimento al ribasso del 100% su spese e oneri accessori, è stato rilevato che codesto concorrente ha eluso le disposizioni in materia di equo compenso. Infatti, l’importo indicato a titolo di spese pari a € 90.732,01 risulta essere ricompreso all’interno del compenso professionale calcolato dalla SA e non ribassabile, mentre la voce ulteriore pari a 0,00 aggiunta in seguito al preavviso di esclusione costituisce un tentativo di giustificare il ribasso di ulteriori spese già ricomprese nel quadro B. In sostanza, l’impresa, così facendo, per sostenere l’importo delle “spese”, attinge alla quota parte di corrispettivo relativa al “compenso professionale”; quota parte che, tuttavia, era (ed è) da ritenersi inderogabile ai sensi degli artt. 2 ss. della legge n.49/2023 sull’equo compenso, finendo per realizzare un indiretto ribasso sul compenso equo, in violazione della citata legge n.49/2023”, soggiungendo che “l’offerta contenente il ribasso sul corrispettivo si atteggia contraria alle previsioni del bando di gara, con la conseguenza che le giustificazioni prodotte poiché incidenti sui compensi determinati secondo legge, in quanto li compromette ribassandoli, rendono l’offerta non congrua, determinando l’ esclusione di codesto concorrente dalla procedura di gara”.

10- Così ricostruita sinteticamente la vicenda, il Collegio osserva che la vicenda quivi scrutinata involge la tematica –risolutiva nell’ambito dell’odierno contenzioso- dei rapporti tra la normativa sull’equo compenso di cui alla l.n. 49/2023 e le procedure di gara dirette all’affidamento di servizi di ingegneria e architettura, recentemente affrontata da questo Tribunale.

In particolare, con sentenza n. 483 del 25.7.2024, alla cui disamina integrale si rimanda ex art. 60 e art. 74 c.p.a. per ragioni di economia espositiva, il Collegio:

-) ha richiamato i diversi orientamenti attualmente in campo, i quali sostengono, da un parte, l’assenza di antinomia tra la legge n. 49/2023 e la disciplina dei contratti pubblici, con conseguente piena operatività delle previsioni dettate dalla prima anche nel campo dell’evidenza pubblica e, dall’altra parte, l’incompatibilità tra i due sistemi normativi, con esclusione dell’applicazione delle regole del c.d. ‘equo compenso’ alle procedure di gara regolate dal codice dei contratti pubblici (§ 10 ss.);

-) ha preso posizione in merito aderendo alla seconda opzione ricostruttiva per le ragioni ivi diffusamente esposte (§ 11);

-) ha rimarcato -richiamando giurisprudenza parimenti recente (T.A.R. Salerno n. 1494/2024)- come sia il subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta la sede appropriata nella quale misurare l’incidenza in concreto del ribasso operato sulla

componente del 'compenso' sulla serietà dell'offerta e, allo stesso tempo, sulle soglie 'minime' stabilite dalle pertinenti previsioni ministeriali, nel senso che un ribasso eccessivo, tale da erodere in maniera significativa la componente del 'compenso professionale', ove non giustificato da adeguate e convincenti motivazioni di fatto (rivenienti dalle capacità 'strutturali' del concorrente, dall'interesse all'affidamento per l'arricchimento del curriculum professionale, dalle esperienze già maturate in progettazioni analoghe, etc.), potrebbe certamente essere valutato dalla stazione appaltante come indicativo di una scarsa serietà dell'offerta, con ogni conseguente determinazione.

11- Così chiarita la questione, deve però osservarsi che, in tema di sub-procedimento di anomalia, la consolidata giurisprudenza è nel senso che:

-) "Nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta - finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile; detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara" (Consiglio di Stato, Sez. III, 8.7.2022, n.5692);

-) più nel dettaglio, anche quanto al profilo motivazionale, "Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato all'accertamento dell'attendibilità e della serietà della stessa nel suo insieme e dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della Stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico - discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. Lo standard della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell'offerta; mentre è richiesta una articolata e approfondita motivazione laddove l'Amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV, 30.1.2023, n. 1533; v. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 4.11.2022, n. 9691; id., Sez. III, 20.7.2022, n. 6393).

14- Letta alla luce delle suddette coordinate ermeneutiche, l'esclusione della ricorrente, nei termini in cui è stata concretamente disposta dalla S.U.A., presta effettivamente il fianco alle critiche mosse col ricorso.

15- Difatti, la S.U.A. ha correttamente avviato la verifica di anomalia, richiedendo al costituendo R.T.I. odierno ricorrente di giustificare la sostenibilità del ribasso del 100% sulle spese generali, mediante produzione di una relazione giustificativa, eventualmente corredata

da documenti. Ancora, a seguire, nella sua discrezionalità e per come peraltro legittimata dall'art. 23 del bando/disciplinare, ha richiesto al medesimo concorrente ulteriori chiarimenti ritenendo sussistere delle criticità non risolte.

16- Non di meno, una volta ricevuta anche la seconda relazione, la S.U.A. si è limitata ad individuare la ragione di esclusione sulla base del mero raffronto tra la primigenia tabella e la seconda tabella, asserendo che da ciò fosse ritraibile un'erosione dell'equo compenso direttamente foriera di esclusione, ma ha omesso del tutto (non risultando l'assolvimento di tale onere da alcun atto procedimentale e risultando sul punto del tutto laconico il provvedimento impugnato) - la necessaria verifica del complesso delle spiegazioni contenute dal ricorrente nelle relazioni di giustificazione depositate in gara (v. sopra, § 9.3 e § 9.5) al fine di acclarare se, da un'analisi ragionata e complessiva delle stesse, le giustificazioni offerte dal R.T.P. in ordine alle ragioni che lo avevano condotto ad applicare una percentuale talmente significativa di ribasso sulla componente "spese generali" (ossia azzerandole nella totalità) fossero realmente compatibili con la presentazione di un'offerta effettivamente congrua, seria, sostenibile e realizzabile, come peraltro previsto dall'art. 110, comma 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, ossia, in ultima analisi, ad un'offerta rispettosa delle previsioni di gara in tema di ribasso e, nel contempo, credibile.

17- In ragione di quanto da ultimo esposto, il ricorso va accolto e l'impugnato provvedimento di esclusione del costituendo R.T.I. ricorrente prot. n. PI014439-24 del 20.8.2024 va annullato.

18- Resta salva –quanto agli effetti conformativi- la riedizione del potere in capo alla S.U.A., con onere di rivalutazione delle giustificazioni presentate dalla ricorrente e agli atti del procedimento, nel rispetto delle coordinate normative ed ermeneutiche ut supra delineate.

19- La permanenza di poteri discrezionali in capo alla S.U.A. ostano alla pronuncia quanto ad accertamento e declaratoria del diritto del R.T.P. ricorrente a mantenere l'aggiudicazione dell'appalto controverso, mentre, non risultando essere stati adottati dalla S.U.A. ulteriori atti successivi alla contestata esclusione, quali, nello specifico, lo scorrimento di graduatoria ovvero la stipulazione del contratto con altri soggetti, non è dato provvedere in merito a tale domanda.

20- La novità e la complessità della controversia, unitamente al multiforme assetto giurisprudenziale, giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di esclusione del costituendo R.T.I. ricorrente prot. n. PI014439-24 del 20.8.2024.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Alberto Romeo, Primo Referendario

Domenico Gaglioti, Primo Referendario, Estensore

N. 00483/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00415/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 120 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 415 del 2024, proposto da

Studio Floramo Engineering & Architecture S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e n.q. di mandataria del costituendo RTP "Studio Floramo Engineering & Architecture Srl – Valle 3.0 Srl – Arch. Giovanni Lazzari – Ph3 Engineering S.R.L.

Unipersonale – Arch. Domenica Campisi", in relazione alla procedura CIG B0EA24569D, rappresentato e difeso dall'avvocato Benedetto Calpona, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, domiciliataria ex lege in Reggio Calabria, via del Plebiscito, 15;

nei confronti

Atelier(S) Alfonso Femia S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria del costituendo RTP Atelier(s) Alfonso Femia srl - Artuso Architetti Associati, GaiaTech srl, Luigi Carbone Geologo, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Cocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensiva,

1) Del decreto n. 133/2024/ADSP-MTMI, comunicato in data 10 giugno 2024, con il quale l'Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio ha aggiudicato l'affidamento del servizio di ingegneria e architettura relativo alla redazione del Progetto di fattibilità tecnica ed economica e CSP per la "Realizzazione centro polifunzionale da destinare a stazione marittima e sede dell'ADSP nel Porto di Crotona", CUP:F11B21007840005 CIG: B0EA24569D, al RTP controinteressato Atelier(S) Alfonso Femia S.R.L. - Artuso Architetti Associati – Gaiatech Srl – Luigi Carbone Geologo, ed ha approvato i verbali di gara n. 1 del 23/04/2024, n. 2 del 24/04/2024, n. 3 del 29/04/2024, n. 4 del 29/04/2024;

2) Dei verbali di gara, ed in particolare il Verbale n. 1 del 23/04/2024, il Verbale n. 2 del 24/04/2024, il Verbale n. 3 del 29/04/2024, il Verbale n. 4 del 29/04/2024;

ove occorra

3) Del bando e del disciplinare di gara e relativi allegati qualora dovessero interpretarsi nel senso di consentire il ribasso dell'offerta economica anche sui compensi inderogabili ai professionisti, in deroga alla legge sull'equo compenso di cui alla L. n. 49/2023;

4) Della nota del 8 aprile 2024 di chiarimenti forniti dal RUP qualora dovesse interpretarsi nel senso di consentire il ribasso dell'offerta economica sui compensi inderogabili ai professionisti in deroga alla Legge sull'equo compenso di cui alla L. 49/2023;

5) Della nota del Dirigente dell'Area Tecnica dell'Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio, datata 6 maggio 2024, con la quale è stato dato riscontro negativo alla nota del ricorrente formulata avverso la proposta di aggiudicazione;

6) Di tutti gli atti presupposti, connessi, consequenziali, ancorché non conosciuti, di indizione della procedura;

per la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto, ove nelle more stipulato, in relazione al quale, ai sensi dell'art 122 e 124 c.p.a. il ricorrente RTP formula espressamente domanda di subentro;

e per la condanna

della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara al RTP ricorrente, e conseguente stipulazione del contratto d'appalto ovvero, in subordine, all'integrale risarcimento del danno a titolo di lucro cessante, perdita di chance, danno curriculare e

danno emergente, che si riserva di specificare in corso di causa, qualora non sia praticabile la reintegrazione in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio e della controinteressata Atelier(S) Alfonso Femia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2024 il dott. Alberto Romeo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con Decreto n. 221/2023/ADSP-MTMI l'Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio (d'ora in avanti l'"Autorità di Sistema") approvava il documento di indirizzo alla progettazione e la procedura aperta ai sensi dell'art 71 d.lgs. n. 36/2023 per l'affidamento della progettazione di fattibilità tecnico-economica e CSP per l'intervento denominato "Realizzazione centro Polifunzionale da destinare a stazione marittima e sede dell'AdSP – Porto di Crotona". L'importo stimato per la prestazione ai sensi del d.lgs. n. 36/2023 veniva quantificato in € 377.000,00 oltre oneri previdenziali, prevedendosi per l'aggiudicazione, in considerazione dell'importo dell'appalto, "il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rapporto qualità prezzo, di cui all'art 108, comma 2 lettera b) del D.Lgs. 36/2023, ... sulla base del combinato disposto dell'art. 8 comma 2 del Codice degli Appalti con la legge 21.04.2023 n.49 recante disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali".

1.1. Il decreto veniva approvato con successivo provvedimento n. 240/2023/ADSP-MTMI del 20.12.2023, confermandosi il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

1.2. Nel bando e nel disciplinare di gara veniva, quindi, conformemente ribadito che il corrispettivo del servizio “ai sensi dell’art 41 del D.Lgs. 36 del 2023 e del relativo allegato 1.13 nonché ai sensi del D.M. 17 giugno 2016, esclusi oneri previdenziali 4% è stato determinato in € 377.000,00”, risultante – secondo quanto riportato nell’allegato relativo al “calcolo on line compenso professionale architetti e ingegneri” – dalle seguenti voci:

- Compenso come determinato dalla Stazione Appaltante: € 284.566,61;
- Spese come determinate dalla Stazione Appaltante: € 58.691,87, pari al 15,56% dell’importo a base di gara;
- Extra compenso aggiunto dalla Stazione Appaltante, non classificato né come compenso, né come spese: € 33.741,52 pari all’8,95% dell’importo a base di gara.

Per la valutazione dell’offerta tecnica e dell’offerta economica si stabiliva un punteggio massimo di 100 punti, di cui 90 per la prima e 10 per la seconda.

1.3. Nel corso della procedura, tenuto conto della mancata corrispondenza tra l’importo a base di gara, stimato, come detto, in € 377.000,00, e l’ammontare del compenso, comprensivo delle spese, risultante dall’allegato di calcolo delle parcelle, pari a € 343.258,48, un concorrente chiedeva chiarimenti alla Stazione appaltante, domandando, nello specifico: “1. se al valore posto in gara va applicata la L. 49/2023 recante “Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali” e pertanto [bisogna] applicare il ribasso alla sola componente relativa alle spese, ovvero se l’amministrazione intende procedere senza l’applicazione della legge sull’equo compenso. 2. Alla luce di quanto sopra, ... quale dei due valori va preso in considerazione ai fini dell’applicazione del ribasso in quanto nel disciplinare non sono esplicitate le spese mentre nel calcolo gli importi non coincidono con quanto riportato, se va applicato la legge sull’equo compenso ci si ritrova con due valori diversi”.

Il RUP, in data 8 aprile 2024, forniva i seguenti chiarimenti: “In merito ai chiarimenti si specifica quanto segue. 1. Al momento della pubblicazione della presente procedura, visto anche il parere dell’Anac, quanto stabilito dalla L. 49/2023 era di dubbia interpretazione, pertanto, questa Amministrazione preso atto della complessità del servizio da espletare (intervento da realizzarsi in un’area da bonificare), ha ritenuto congruo porre a base di gara un importo superiore rispetto a quello stimato secondo i parametri delle parcelle professionali, ai sensi dell’allegato 1.13. Ritenendo in tal senso opportuno che l’importo da porre a base di gara soggetto a ribasso sia l’importo complessivo di € 377.000,00. 2. In merito al secondo quesito, tenuto conto di quanto indicato al primo punto, l’importo soggetto a ribasso è pari a 377.000,00”.

1.4. La società ricorrente formulava l’offerta economica applicando sull’importo a base di gara il ribasso percentuale di 12,99%, lasciando intatta la componente dei compensi inderogabili determinati ai sensi degli artt. 2 e ss. D.M. 17.06.2016 in virtù della Legge n. 49/2023.

Anche altri concorrenti (RTP Fantappiè Pagnano Architetti Società tra Professionisti a Responsabilità Limitata-Michele Principe ArchitettoRiccardo Martelli Geologo-Bimismore srl-Stefano Poggiolini IngegnereL2I Engineering ad Consulting, RTP Gianluca Ruperto Architetto-Astorino Francesco-Bertè Maurizio-Esse Ingegneria srl-Ruwa srl-Studio Trocino&Archité srls-Tea Engineering srl) formulavano il ribasso dell'offerta economica sulle sole componenti dei 'costi' e dell'extra compenso', senza intaccare quella relativa ai compensi, sul presupposto della relativa inderogabilità ai sensi della legge n. 49/2023.

1.5. Il RTP aggiudicatario ed altri concorrenti (RTP La SIA spa - IA2 Studio Associato Ingegneri Barbieri Chiara, Camarca Aniello e De Martino Antonella-Moenia srl-MDM Engineering srl, RTP Idroesse Engineering srl-SIGEA di Arbore Pierluigi SAS STP-I.G.&P. S.R.L., RTP Salimei Guendalina-Akkad Società di Ingegneria srl-Majone & Partners srl-AG&P Greenscape srl e RTP Cooprogetti Società Cooperativa-Rilievo Facile srl), al contrario, formulavano un'offerta economica con ribasso esteso anche alla componente dei compensi.

1.6. All'esito della valutazione delle offerte, il RTP controinteressato si posizionava al primo posto della graduatoria, ottenendo, pertanto, l'aggiudicazione della gara, laddove, invece, la società ricorrente si classificava soltanto al quarto posto, preceduta da altri due operatori che, come l'aggiudicatario, avevano presentato un'offerta economica con ribasso percentuale incidente anche sull'ammontare del compenso professionale.

2. Avverso l'aggiudicazione, comunicata in data 10.06.2024, la società ricorrente, anche nella qualità di mandataria del costituendo RTP "Studio Floramo Engineering & Architecture Srl - Valle 3.0 Srl - Arch. Giovanni Lazzari - Ph3 Engineering S.R.L. Unipersonale - Arch. Domenica Campisi", è insorta con il ricorso in esame, notificato il 4.07.2024 e depositato il giorno successivo, denunciandone l'illegittimità con una doglianza principale per "violazione degli artt. 1, 2 e 3 Legge n. 49/2003, violazione della lex specialis – violazione dell'art. 8 ... [e] dell'art. 108 comma 5 d.lgs. n. 36/2003 – violazione del principio di concorrenza e di par condicio" e per "eccesso di potere per erronea presupposizione – difetto di istruttoria – contraddittorietà – travisamento dei fatti – illogicità ed ingiustizia manifesta – disparità di trattamento".

2.1. La ricorrente si duole, in sostanza, della violazione della legge n. 49/2023, nella misura in cui l'Amministrazione procedente, pur avendo previsto nella lex specialis l'applicazione della legge sul c.d. 'equo compenso', avrebbe ammesso alla gara (o, più precisamente, non avrebbe escluso) le offerte economiche, tra le quali quella del RTP aggiudicatario, con ribasso anche della componente del corrispettivo per le prestazioni d'opera intellettuale determinato ai sensi del D.M. 17.06.2016.

In definitiva, l'importo dei corrispettivi di progettazione determinato ai sensi della predetta normativa, pari ad € 284.566,61, stante l'espresso richiamo alla L. n. 49/2023, non avrebbe potuto essere soggetto a ribasso, potendo l'offerta economica, anche ai sensi dell'art. 108, co. 5, d.lgs. n. 36/2023, incidere esclusivamente sulle 'spese' e sull'extra compenso previsto dalla stazione appaltante proprio in ragione della complessità della procedura.

Di conseguenza, tanto l'offerta del RTP aggiudicatario quanto quelle della seconda e della terza classificata avrebbero dovuto essere escluse, avendo sottoposto a ribasso anche la componente dei compensi 'inderogabili', in aperta violazione della lex specialis di gara e delle disposizioni, di natura imperativa, della L. n. 49/2023 sull'equo compenso.

Né, poi, l'applicazione del ribasso anche sulla componente del compenso professionale avrebbe potuto ritenersi legittimata in forza dei chiarimenti forniti dal RUP in corso di gara, essendosi egli limitato a dare atto della fissazione a base di gara di un importo superiore rispetto ai corrispettivi inderogabili, senza negare, esplicitamente, l'applicazione della L. n. 49/2023.

Ad ogni modo, ove interpretati nel senso di rettificare la lex specialis consentendo la ribassabilità dell'importo a base di gara anche con riferimento alla componente del corrispettivo inderogabile stabilito ai sensi della legge sul c.d. 'equo compenso', i chiarimenti in questione, cautelativamente impugnati, sarebbero parimenti da considerare illegittimi per violazione della lex specialis o, ove conformi a quest'ultima, della Legge n. 49/2023.

2.2. Con la seconda doglianza, formulata in via subordinata per la sola evenienza in cui la lex specialis fosse da interpretare nel senso di consentire la formulazione di offerte economiche implicanti il ribasso anche del compenso per l'opera professionale determinato ai sensi del pertinente decreto ministeriale, la società ricorrente impugna le prescrizioni del bando di gara e del disciplinare, nonché la ridetta nota di chiarimenti del RUP dell'8.04.2024, per contrasto con le norme imperative della L. n. 49/2023 nonché con gli artt. 8 e 108 del d.lgs. n. 36/2023.

Richiamate le ragioni di illegittimità enucleate con la prima doglianza, deduce che la disciplina di gara, nel caso in esame, non potrebbe che ritenersi eterointegrata in parte qua dalle norme imperative dettate dalla L. n. 49/2023, con conseguente esclusione, in quanto illegittime, delle offerte che hanno ribassato i corrispettivi inderogabili determinati ai sensi della legge sull'equo compenso.

3. Con atto di mera forma depositato l'11 luglio 2024 si è costituito in resistenza il RTP controinteressato.

4. Con atto di stile, con allegata copiosa documentazione, depositato il 12 luglio 2024 ha resistito al ricorso anche l'intimata Autorità di Sistema, articolando, poi, le proprie controdeduzioni in seno a una memoria depositata il 14 luglio 2024.

In via preliminare, la stazione appaltante ha eccepito in rito l'inammissibilità del ricorso per l'omessa dimostrazione della c.d. 'prova di resistenza', sul rilievo secondo cui l'accoglimento delle censure difensive, diversamente da quanto postulato, non potrebbe determinare l'esclusione dell'aggiudicatario, implicando unicamente una rettifica in diminuzione del punteggio attribuito alla relativa offerta economica, dalla quale tuttavia, stante la miglior valutazione conseguita per l'offerta tecnica, non ne risulterebbe pregiudicato il posizionamento al vertice della graduatoria.

Nel merito la difesa erariale ha obiettato che ai fini della compatibilità di un bando di gara per servizi di progettazione con il principio dell'equo compenso – quand'anche lo si ritenesse applicabile nel campo dell'evidenza pubblica – sarebbe necessario e sufficiente che il rispetto dei compensi minimi, ai sensi dei pertinenti decreti ministeriali, sia previsto come importo a base di gara, perché altrimenti verrebbe introdotto un limite minimo inderogabile non ammesso dal diritto eurounitario né dal diritto interno. Sicché il principio dell'equo compenso non potrebbe, in ogni caso, essere inteso come fissazione di minimi tariffari inderogabili, anche tenuto conto del fatto che l'intera disciplina del settore degli appalti risulta già di per sé strutturata in modo tale da scongiurare condotte discriminatorie da parte delle stazioni appaltanti.

In ultimo, sebbene il principio dell'equo compenso sia uno degli obiettivi garantiti dal codice degli appalti, le disposizioni della L. n. 49/2003, in quanto non espressamente richiamate, non potrebbero integrarne il contenuto precettivo, potendosi perciò verificare un contrasto tra eventuali previsioni delle leggi di gara che consentano un ribasso sulla componente 'compensi' dell'offerta economica e il principio sancito dall'art. 8 del codice soltanto a fronte di una macroscopica divergenza, da valutarsi in sede di anomalia dell'offerta, tra il compenso risultante dal ribasso e quello, 'equo', applicabile alla singola prestazione.

5. Con memoria depositata il 15 luglio 2024 ha controdedotto ai motivi di ricorso anche il RTP controinteressato, eccependone preliminarmente l'inammissibilità sotto due distinti profili. Per un primo verso, per difetto di interesse, essendo stata la doglianza principale rivolta in forma specifica soltanto nei propri confronti ma non anche in quelli degli operatori classificatisi al secondo ed al terzo posto della graduatoria, e dunque parimenti controinteressati. Sotto un diverso profilo, per l'omessa impugnazione del bando e del disciplinare di gara, emergendo da essi univocamente la volontà della stazione appaltante di collegare il ribasso sull'intero importo a base di gara, e dunque anche sulla componente dei compensi, da ciò discendendo la portata immediatamente lesiva della *lex specialis* e, quindi, l'onere della sua immediata impugnazione.

Nel merito le censure formulate sarebbero comunque infondate, avendo la stessa ANAC con la recente delibera n. 101 del 28.02.2024, resa proprio sulla legittimità dell'esclusione dalla gara di imprese concorrenti per avere formulato un ribasso che, riducendo anche il compenso professionale, si porrebbe in violazione della normativa sull'equo compenso ai sensi della Legge 49/2023, respinto l'assunto secondo cui tali offerte avrebbero dovuto essere escluse, non potendo ritenersi operante, alla stregua dell'assenza di chiare indicazioni normative e di orientamenti giurisprudenziali consolidati, il meccanismo dell'eterointegrazione del bando di gara.

6. All'udienza camerale del 17 luglio 2024 la causa è stata, infine, discussa e posta in decisione, con avviso alle parti circa la possibile definizione con sentenza in forma semplificata.

7. Il Collegio rileva anzitutto che sussistono le condizioni richieste dal combinato disposto degli artt. 120, co. 5, e 60 c.p.a. per l'immediata definizione della controversia in sede cautelare, venendo in rilievo un'unica questione di diritto, risultando integro il contraddittorio,

instaurato anche nei confronti della seconda e della terza classificata, completa l'istruttoria e non ponendosi esigenze di difesa delle parti in relazione alla complessità della causa.

8. Ciò chiarito, vanno prioritariamente respinte, in quanto infondate, le eccezioni preliminari sollevate dalla difesa della stazione appaltante e del RTP controinteressato.

8.1. Priva di fondamento figura in primis l'eccepita inammissibilità del ricorso "per mancanza della c.d. prova di resistenza", formulata dalla difesa erariale sul rilievo secondo cui, anche tenuto conto del conseguimento da parte dell'aggiudicatario del miglior punteggio per l'offerta tecnica, "l'accoglimento delle censure avversarie non potrebbe determinare l'esclusione dell'aggiudicatario bensì unicamente una rettifica in basso del punteggio dell'offerta economica", con conseguente esigenza "di valutare l'incidenza del punteggio deterioro eventualmente attribuito all'offerta economica ... sul punteggio complessivo e sulla graduatoria delle offerte".

Tale tesi, al di là della formulazione puramente congetturale nella parte in cui esclude, in conseguenza della "notevole differenza di punteggio tra il ricorrente e l'aggiudicatario", la possibilità di un'alterazione della graduatoria, presta il fianco a plurime obiezioni, omettendo in primo luogo di considerare lo specifico petitum posto a fondamento del ricorso, incentrato, infatti, non già sulla rideterminazione dei punteggi delle prime tre graduate bensì sulla loro esclusione in ragione della presentazione di un'offerta economica in violazione della lex specialis e, in ogni caso, delle norme imperative di cui alla L. n. 49/2023.

Quand'anche, poi, si obliterasse tale considerazione, risulta evidente che la ricorrente non avrebbe comunque potuto 'graduare' l'incidenza percentuale dell'erronea valutazione nell'offerta economica delle prime tre classificate dell'operato ribasso sulla componente dei compensi, non potendo, pertanto, provare il punteggio che ad esse avrebbe dovuto essere attribuito ove il ribasso fosse stato circoscritto alle sole due componenti residue. Da ciò derivando l'oggettiva impossibilità di articolare una qualsiasi prova di resistenza e dovendosi, in ogni caso, tener conto del modestissimo scarto di punteggio per l'offerta tecnica tra l'aggiudicatario ed essa ricorrente (65,01 e 63,67).

8.2. Parimenti infondate sono le due eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dalla difesa del RTP controinteressato.

8.2.1. Quanto alla prima, poggiante sulla dedotta articolazione della doglianza principale 'in forma specifica e dettagliata' nei soli propri confronti e non anche degli altri due operatori classificatisi al secondo e al terzo posto della graduatoria, è sufficiente richiamare le pagine 11 e 12 del ricorso, là dove, infatti, i rilievi critici articolati contro l'aggiudicatario risultano estesi anche nei confronti del secondo e del terzo classificato, avendo essi parimenti intaccato, con i ribassi del 36,63% e del 25,72%, "i compensi inderogabili del cd. equo compenso, e beneficiando così per l'offerta economica rispettivamente di punti 9,6 e 6,7, superando così la ricorrente nella graduatoria finale". Deducendosi, per l'effetto, che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere anche le loro offerte per essere stato il ribasso effettuato in violazione del D.M. 17 giugno 2016.

8.2.2. Parimenti non condivisibile appare la prospettata inammissibilità del ricorso in conseguenza dell'omessa immediata impugnazione delle clausole del bando e del disciplinare di gara che prevedevano che il ribasso percentuale dovesse essere operato sull'intero importo posto a base di gara.

Ed infatti, la pretesa univocità del significato delle previsioni del disciplinare relative al ribasso percentuale dell'importo posto a base di gara – nel senso dell'assoggettamento a ribasso dell'intero importo – appare contraddetta oltre che dall'assenza di una previsione esplicita in tal senso (a fronte della quale non vi sarebbe stata, d'altro canto, l'esigenza di chiedere chiarimenti), altresì dall'esplicito richiamo nel decreto di approvazione della procedura (n. 221/2023/ADSP-MTMI) alla L. n. 49 del 2023, che avrebbe potuto, al contrario, legittimare – come in effetti accaduto – l'opposta interpretazione volta a circoscrivere il ribasso alla sola componente delle 'spese' ed a quella dell'extra compenso.

Sicché, per come dedotto da parte ricorrente in sede di discussione, nessun onere di immediata impugnazione della lex specialis avrebbe potuto profilarsi nella vicenda in esame, non potendo in alcun modo le clausole de quibus considerarsi 'escludenti' né, tanto meno, 'immediatamente lesive', con conseguente legittima impugnazione delle stesse congiuntamente all'atto 'a valle' e solo nella misura in cui interpretate nel senso di consentire il ribasso anche del compenso determinato dalla stazione appaltante ai sensi delle tariffe ministeriali.

Va, pertanto, escluso che la disciplina di gara dovesse essere sottoposta ad immediata impugnazione da parte del ricorrente, atteso che le sue previsioni non hanno inciso con assoluta e oggettiva certezza sul suo interesse alla partecipazione alla gara, né gli hanno precluso la formulazione di una offerta economica coerente con il suo intendimento di rispettare l'equo compenso derivante dall'applicazione del D.M. 17.06.2016 e della legge n. 49/2023.

8.2.3. Né, identicamente, il Collegio reputa che la portata lesiva della legge di gara possa essersi incontrovertibilmente palesata per effetto dei chiarimenti resi dal Rup con la nota dell'8.04.2024, il cui tenore risulta, infatti, tutt'altro che univoco, dandosi, da un lato, atto - in ragione della complessità del servizio da espletare - della scelta della stazione appaltante di porre a base di gara "un importo superiore a quello stimato secondo i parametri delle parcelle professionali", e indicandosi, dall'altro lato, quale importo soggetto a ribasso quello complessivo di € 377.000,00, senza, tuttavia, rendersi più precise indicazioni circa l'importo ribassabile, se cioè esso dovesse essere limitato alle sole componenti delle 'spese' e dell'extra compenso o, di contro, potesse 'aggregare' anche la voce del compenso 'tabellare' determinato ai sensi della richiamata normativa.

9. Tanto premesso, nel merito le doglianze articolate da parte ricorrente risultano, nondimeno, infondate.

10. La quaestio iuris rimessa all'esame del Collegio attiene ai 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.

Su tale questione, come è noto, all'indomani dell'entrata in vigore della L. 21 aprile 2023, n. 49 sono andati profilandosi nelle prime prassi applicative due contrapposti orientamenti interpretativi, sostenendosi, da un parte, l'assenza di antinomia tra la legge n. 49/2023 e la disciplina dei contratti pubblici, con conseguente piena operatività delle previsioni dettate dalla prima anche nel campo dell'evidenza pubblica; e affermandosi, in senso opposto, dall'altra parte, l'incompatibilità tra i due sistemi normativi, con esclusione dell'applicazione delle regole del c.d. 'equo compenso' alle procedure di gara regolate dal codice dei contratti pubblici.

10.1. In sintesi, a fondamento della prima tesi (riconducibile a TAR Veneto, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 e TAR Lazio, sez. V ter, 30 aprile 2024, n. 8580), è stata valorizzata, anzitutto, la previsione contenuta nell'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023, là dove, oltre a sancirsi il divieto, salvo casi eccezionali, di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito, è stato imposto, in via generale, alla pubblica amministrazione di "garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso".

Richiamata la ratio sottesa alla L. n. 49/2023 – individuata nell'esigenza di tutelare i professionisti nell'ambito dei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino nella posizione di "contraenti deboli" –, l'orientamento in questione ha, inoltre, desunto ulteriori elementi a sostegno della sua applicabilità al settore dell'evidenza pubblica dall'interpretazione letterale ed analogica delle relative disposizioni, stante, in primis, l'espressa previsione della relativa operatività anche nei confronti della pubblica amministrazione. Sotto questo angolo visuale, i sostenitori di tale tesi hanno affermato che diversamente opinando l'intervento normativo in questione risulterebbe privo di reale efficacia sul mercato delle prestazioni d'opera intellettuale, rappresentando i rapporti contrattuali tra i professionisti e la Pubblica Amministrazione nel mercato del lavoro attuale una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi per le prestazioni di tale tipologia.

Né, poi, potrebbe concordarsi con l'obiezione secondo cui l'applicabilità della legge n. 49/2023 al settore dell'evidenza pubblica precluderebbe, di fatto, l'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione del rapporto qualità/prezzo in quanto le gare per servizi di architettura o di ingegneria dovrebbero essere strutturate e aggiudicate sulla base di un "prezzo fisso" non ribassabile, individuato dalla stessa P.A. come corrispettivo posto a base di gara, con competizione limitata alla sola componente tecnica dell'offerta e, quindi, con una evidente compromissione della libera contrattazione, del confronto competitivo tra operatori economici e dei principi comunitari in materia di libertà di circolazione, di stabilimento e di prestazione di servizi.

Ed infatti, il compenso del professionista costituirebbe soltanto una delle componenti del "prezzo" determinato dall'Amministrazione come importo a base di gara, al quale si affiancano altre voci, relative in particolare alle "spese ed oneri accessori". L'Amministrazione sarebbe, dunque, chiamata a quantificare tali voci in applicazione del D.M. 17 giugno 2016 per individuare l'importo complessivo da porre a base di gara; al tempo stesso, la voce "compenso", individuata con tale modalità come una delle voci che costituiscono il prezzo, sarebbe da qualificare anche come compenso 'equo' ai sensi della

legge n. 49/2023, che, sotto tale aspetto, stabilisce che è equo il compenso dell'ingegnere o architetto determinato con l'applicazione dei decreti ministeriali adottati ai sensi dell'art. 9 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1.

Ne deriva che il compenso determinato dall'Amministrazione ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 non sarebbe suscettibile di ribasso dall'operatore economico, trattandosi di "equo compenso" il cui ribasso si risolverebbe, essenzialmente, in una proposta contrattuale volta alla conclusione di un contratto pubblico gravato da una nullità 'di protezione' e contrastante con una norma imperativa.

Nondimeno, trattandosi di una delle plurime componenti del complessivo "prezzo" quantificato dall'Amministrazione, l'operatività del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in ragione del rapporto qualità/prezzo, risulterebbe fatta salva in ragione della libertà, per l'operatore economico, di formulare la propria offerta economica ribassando le voci estranee al compenso, ossia le spese e gli oneri accessori.

Tale conclusione, oltre ad assicurare la coerente e coordinata applicazione dei due testi normativi, consentirebbe, sotto un diverso profilo, di escludere che la legge n. 49/2023 produca effetti anti concorrenziali o in contrasto con la disciplina dell'Unione Europea, rappresentando, piuttosto, il divieto di presentazione di offerte economiche al ribasso sulla componente del prezzo costituita dai "compensi" una tutela per i professionisti, a prescindere dalla loro nazionalità, in quanto "permetterà loro di conseguire un corrispettivo equo e proporzionato anche da un contraente forte quale è la Pubblica Amministrazione e anche in misura superiore a quella che sarebbero stati disposti ad accettare per conseguire l'appalto" (TAR Veneto, n. 632/2024 cit).

Inoltre, l'operatore economico che, in virtù della sua organizzazione d'impresa, dovesse ritenere di poter ribassare componenti accessori del prezzo (ad esempio le spese generali), potrà avvantaggiarsi di tale capacità nell'ambito del confronto competitivo con gli altri partecipanti alla gara, fermo restando il dovere dell'Amministrazione di sottoporre a controllo di anomalia quelle offerte non serie o che, per la consistenza del ribasso offerto su componenti accessorie del prezzo, potranno apparire in buona sostanza abusive, ossia volte ad ottenere un vantaggio indebito traslando su voci accessorie il ribasso economico che, in mancanza della legge n. 49/2023, sarebbe stato offerto sui compensi.

Dal carattere 'inderogabile' del compenso 'equo' determinato dall'applicazione dei citati parametri normativi, e dunque dalla natura imperativa delle previsioni contenute nella L. n. 49/2023 – che stabiliscono la nullità delle clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata –, conseguirebbe, poi, l'eterointegrazione delle disposizioni di gara che, in via difforme, dovessero consentire la ribassabilità della componente in questione, trattandosi di profilo sottratto alla libera disponibilità delle stazioni appaltanti.

Diversamente opinando si correrebbe d'altronde il rischio di una pericolosa 'eterogenesi dei fini', posto che il professionista concorrente potrebbe essere tentato di abusare della nullità di protezione in questione, volutamente presentando un'offerta inferiore ai minimi, per così ottenere l'aggiudicazione e, una volta stipulato il contratto far valere la nullità parziale al fine

di attivare il “meccanismo” di cui al comma 6 dell’art. 3, ai sensi del quale «il tribunale procede alla rideterminazione secondo i parametri previsti dai decreti ministeriali di cui al comma 1 relativi alle attività svolte dal professionista, tenendo conto dell’opera effettivamente prestata e chiedendo, se necessario, al professionista di acquisire dall’ordine o dal collegio a cui è iscritto il parere sulla congruità del compenso o degli onorari». Ciò che comporterebbe, peraltro, l’aggiramento del principio di tendenziale immutabilità dell’offerta anche in sede di esecuzione del contratto.

In conclusione, la nullità relativa o di protezione sarebbe da ritenersi giustificata proprio in relazione ai casi in cui il professionista sia sostanzialmente tenuto a subire la previsione contraria all’equo compenso, e ciò anche eventualmente quando ad imporre la riduzione al di sotto dei minimi sia la P.A. Diversamente, ove la violazione della normativa sull’equo compenso non sia imposta dalla P.A., ma dipenda da una volontaria scelta dell’operatore economico al fine di ottenere l’aggiudicazione superando gli altri concorrenti, la natura “relativa” della nullità non potrebbe rivestire alcun rilievo, l’imperatività della normativa medesima imponendo, al contrario, un effetto escludente delle offerte con la stessa in contrasto.

10.2. Secondo l’opposta tesi, propugnata in ragione dell’incertezza del quadro normativo di riferimento dalla stessa Anac con la delibera n. 101 del 28.02.2024 e di recente sostenuta con approfondite argomentazioni da TAR Campania, Salerno, sez. II, 16 luglio 2024, n. 1494, al contrario, la predicata eterointegrazione della disciplina di gara con quella sull’equo compenso professionale sconterebbe “... i limiti intrinseci ed estrinseci di compatibilità o sovrapposibilità dei due impianti normativi (d.lgs. n. 36/2023 e l. n. 49/2023), che incidono su campi di materie e rispondono a finalità tra loro non perfettamente coincidenti ed omogenee”.

Ed infatti, il regime dell’equo compenso non derogherebbe, bensì integrerebbe “il sistema dei contratti pubblici, senza frustrarne la sostanza proconcorrenziale di derivazione euro-unitaria (artt. 49, 56, 101 TFUE, 15 della dir. 2006/123/CE), e, quindi, senza elidere in radice la praticabilità del ribasso sui corrispettivi professionali, la cui determinazione non è da intendersi rigidamente vincolata a imm modificabili parametri tabellari, ma la cui congruità (in termini di equilibrio sinallagmatico) rimane, in ogni caso, adeguatamente assicurata dal modulo procedimentale di verifica all’uopo codificato, quale, appunto, quello dell’anomalia dell’offerta con riferimento al ribasso praticato sul corrispettivo dei servizi di progettazione”. In altri termini, il Codice dei contratti pubblici, tramite il subprocedimento di verifica di anomalia delle offerte, appresterebbe “meccanismi idonei ad evitare che le prestazioni professionali siano rese a prezzi incongrui, consentendo, nel contempo, alle amministrazioni di affidare gli appalti a prezzi più competitivi”.

Sul piano positivo, d’altro canto, occorre considerare che la legge n. 49/2023, entrata in vigore il 20 maggio 2023 e, quindi, successiva al Codice, non risulta aver derogato espressamente allo stesso, come richiesto dall’art. 227, da ciò desumendosi un indice testuale particolarmente pregnante nel senso della relativa inapplicabilità al settore degli appalti pubblici.

Inoltre, anche il codice dei contratti pubblici già perseguirebbe la finalità sottesa 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 andrebbero precipuamente lette le disposizioni di seguito richiamate: l'art. 8, comma 2, il quale prevede che la pubblica amministrazione garantisce 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'art. 108, comma 2, là dove individua, quale criterio di aggiudicazione per i servizi tecnici di importo pari o superiore a 140.000,00 euro quello del miglior rapporto qualità-prezzo, garantendo un'adeguata valutazione dell'elemento qualitativo. Nella stessa direzione andrebbe letta la previsione relativa all'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).

Così interpretato, il quadro normativo di riferimento risulterebbe, dunque, coerente sia a livello nazionale che a livello europeo. Sotto quest'ultimo profilo occorre considerare che "l'art. 3, comma 3, della legge n. 49/2023 fa salve dalla sanzione della nullità le clausole che prevedono l'applicazione di compensi inferiori ai minimi tabellari in quanto riprodotte di disposizioni di legge (tra cui rientrano le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici) o attuative di principi europei (tra cui il principio di concorrenza)".

Proprio in relazione a quest'ultimo profilo, nell'ambito di questa diversa ricostruzione si è ancora evidenziato che la previsione di tariffe minime non soggette a ribasso rischierebbe "di porsi in contrasto con il diritto euro-unitario, che impone di tutelare la concorrenza. Come chiarito dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 4 luglio 2019, causa C-377/2017, infatti, in materia di compensi professionali, l'indicazione delle tariffe minime e massime è vietata in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, ma sono comunque ammesse deroghe per motivi di interesse pubblico, come la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi e la trasparenza dei prezzi" (posizione 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).

A suffragare la tesi dell'incompatibilità tra i due sistemi normativi deporrebbe, inoltre, il rilievo che legge n. 49/2023 sarebbe applicabile ai rapporti professionali aventi ad oggetto "prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. (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"; laddove, invece, i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura sarebbero "normalmente riconducibili ai contratti di appalto ex art. 1655 c.c., con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio".

Inoltre, la concorrenza sul prezzo, in ogni sua componente, rappresenterebbe un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali delle gare pubbliche, sicché “l’eventuale limitazione alle sole spese generali o all’elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all’ingresso per gli operatori, più giovani, meno strutturati e di minore esperienza”.

Rilievo determinante assumerebbe, infine, la circostanza che l’applicazione dell’art. 3, comma 5, della richiamata legge n. 49/2023, là dove 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”.

Alla luce di tali rilievi l’illustrata specialità del sistema dei contratti pubblici, che risponde ad una sua immanente logica proconcorrenziale, per certi versi antagonista rispetto all’irrigidimento tabellare di singole voci di offerta, impedirebbe, dunque, “di cristallizzare i compensi professionali tramite la propugnata eterointegrazione automatica delle disposizioni della l. n. 49/2023”; inducendo, piuttosto, a considerare queste ultime a guisa di principi direttivi cui la stazione appaltante deve indefettibilmente improntare la propria valutazione di congruità dell’offerta provvisoriamente aggiudicataria”.

Riprova ne sarebbe offerta dalla “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»”.

In ogni caso, il predicato meccanismo di eterointegrazione non apparirebbe “fondatamente invocabile a fronte del delineato quadro normativo, tutt’altro che univoco e perspicuo circa l’incidenza della disciplina in materia di equo compenso professionale sul regime dei contratti pubblici”, posto che – per come rilevato dall’Anac nella sopra citata delibera – 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 (tutte le parti riportate tra virgolette sono tratte da TAR Salerno, n. 1494/2024 cit.).

11. Tanto chiarito in ordine alle due tesi in campo, il Collegio ritiene di condividere la seconda delle riferite ricostruzioni teoriche, apparendo la propugnata eterointegrazione dei bandi di gara che – come quello rilevante nella presente vicenda – consentano il ribasso anche della componente del ‘compenso’ con le norme dettate dalla L. n. 49/2023, sul presupposto della

loro natura imperativa, difficilmente sostenibile.

Sul punto, anche ai sensi dell'art. 74 c.p.a., è sufficiente richiamare le approfondite argomentazioni – di cui sopra si è dato sommariamente conto – svolte nella citata pronuncia dal Tar Salerno (n. 1494/2024), rimarcando, in particolare, al di là della coerente analisi condotta sul piano della compatibilità logica e sistematica dei due testi normativi, come l'individuazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta quale sede in cui misurare l'incidenza in concreto del ribasso operato sulla componente del 'compenso' sulla serietà dell'offerta e, allo stesso tempo, sulle soglie 'minime' stabilite dalle pertinenti previsioni ministeriali, costituisca un presidio idoneo a scongiurare i rischi paventati dai sostenitori dell'opposta tesi.

Ed infatti un ribasso eccessivo, tale da erodere in maniera significativa la componente del 'compenso professionale', ove non giustificato da adeguate e convincenti motivazioni di fatto (rivenienti dalle capacità 'strutturali' del concorrente, dall'interesse all'affidamento per l'arricchimento del curriculum professionale, dalle esperienze già maturate in progettazioni analoghe, etc.), potrebbe certamente essere valutato dalla stazione appaltante come indicativo di una scarsa serietà dell'offerta, con ogni conseguente determinazione.

Deve, inoltre, considerarsi che l'impiego di un simile meccanismo, in luogo della più dirompente eterointegrazione della disciplina di gara, oltre a responsabilizzare i singoli concorrenti quanto all'entità del ribasso praticabile nelle gare di progettazione sulla voce dei compensi, appare idoneo a neutralizzare il rischio di una possibile alterazione del risultato della procedura, precludendo in nuce l'eventuale attivazione da parte del concorrente che assuma la lesione del diritto presidiato dalla L. n. 49/2023 – purtuttavia conseguente alla sua scelta di offrire un ribasso oltre le soglie previste da detta legge – dello strumento ripristinatorio del sinallagma contrattuale apprestato in sede civile con la previsione della nullità di protezione.

Per le stesse ragioni, è poi da escludersi che l'ammissibilità nelle gare de quibus di un ribasso oltre le soglie del D.M. del 2016 dell'importo a base di gara possa pregiudicare le finalità di tutela dei professionisti perseguite con la L. n. 49/2023, emergendo chiaramente dal relativo impianto generale che l'ambito precipuo della relativa applicazione riguardi i rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. (contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale nell'ambito di un lavoro autonomo) e più in generale tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati dalla posizione dominante del committente, in cui può fondatamente porsi l'esigenza di ripristinare l'equilibrio sinallagmatico.

L'espressa previsione dell'applicazione dell'equo compenso anche ai rapporti con la pubblica amministrazione non può valere, invece, a inferirne tout court l'operatività nell'ambito delle contrattazioni soggette alle regole dell'evidenza pubblica, risultando per contro i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura normalmente riconducibili ai contratti di appalto ex art. 1655 c.c..

12. Orbene, la coerente applicazione alla vicenda in esame delle tracciate coordinate

interpretative non lascia residuare alcun dubbio in ordine all'infondatezza del ricorso, non potendo per le ragioni esposte ritenersi affetta dalle eccepite criticità la scelta della stazione appaltante di ammettere alla gara i tre raggruppamenti temporanei di professionisti, classificatisi nelle prime tre posizioni della graduatoria, nelle cui offerte economiche era stata sottoposta a ribasso anche la componente del compenso determinato ai sensi del D.M. 17 giugno 2016.

Occorre, infatti, a tal riguardo evidenziare che la società ricorrente ha formulato la censura, limitandosi a denunciare l'illegittimità dell'aggiudicazione e dei sottesi verbali di gara per l'omessa esclusione da parte della stazione appaltante, in ragione della dedotta violazione della L. n. 49/2023, del RTP aggiudicatario nonché dei due RR.TT.PP. posizionatisi al secondo e al terzo posto della graduatoria.

Parte ricorrente non ha, invece, domandato, neppure in via subordinata, la rideterminazione dei punteggi da effettuarsi in sede di rinnovazione della procedura nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, circoscrivendo così il petitum del ricorso alla sola domanda di esclusione degli avversari per violazione di una norma imperativa.

12.1. Da ciò consegue, allora, una volta esclusa l'adombrata illegittimità della *lex specialis* di gara nella parte in cui ha consentito ai concorrenti di operare il ribasso per l'offerta economica sull'intero importo posto a base di gara, e cioè anche sulla parte relativa al compenso, l'infondatezza della doglianza principale, dovendo ritenersi che la stazione appaltante abbia agito in conformità alle disposizioni del codice degli appalti nonché della stessa legge di gara, non contemplante peraltro, diversamente da quanto dedotto, alcuna esplicita previsione volta a perimetrare il ribasso in sede di offerta economica alle sole voci diverse dal compenso.

A tale specifico riguardo, pur reiterando le considerazioni sopra svolte quanto all'espresso richiamo nel Documento di Indirizzo alla Progettazione (decreto n. 221/2023/ADSP-MTMI) delle disposizioni della L. n. 49/2023, deve, invero, rimarcarsi che un analogo riferimento non risulta, invece, presente nel 'bando e disciplinare di gara', non contemplante, allo stesso modo, in alcuna sua parte l'asserita limitazione del ribasso alle sole componenti accessorie dell'importo complessivo posto a base di gara.

Deve, peraltro, rimarcarsi che nello stesso DIP n. 221 del 6.12.2023 il riferimento alla L. n. 49 del 2023 è presente nella sola motivazione (a pag. 5, "... per l'aggiudicazione della procedura... si dovrà ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rapporto qualità prezzo, di cui all'art.108, comma 2 lettera b) del D.Lgs. 36/2023 ... sulla base del combinato disposto dell'art. 8 comma 2 del Codice degli Appalti con la legge 21.04.2023 n.49 recante Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali"), non risultando ribadito nella parte dispositiva, dove risulta richiamato il solo art. 108, co. 2, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023 (pag. 6).

Gli stessi chiarimenti resi dal RUP con la nota dell'8.04.2024, pur non prendendo espressa posizione sulla richiesta volta a sapere se "al valore posto in gara va applicata la legge 49/2023", deponevano, peraltro, nella medesima direzione, indicando che "l'importo da

porre a base di gara soggetto a ribasso sia l'importo complessivo di € 377.000,00".

12.2. Può, dunque, conclusivamente affermarsi che la società ricorrente si sia determinata a presentare un'offerta economica con ribasso contenuto alle sole componenti accessorie dell'importo complessivo posto a base di gara, benché il tenore testuale del bando non rendesse una simile iniziativa obbligata.

13. A fronte della soluzione ermeneutica condivisa sulla quaestio iuris di cui si controverte, nulla vi è da aggiungere sulla seconda doglianza, formulata in via soltanto subordinata per l'evenienza in cui "la lex specialis dovesse interpretarsi nel senso di consentire la formulazione di offerte economiche al ribasso che erodono l'equo compenso inderogabile determinato ai sensi del D.M. 16 giugno 2016".

Ed invero, alla luce dei rilievi esposti nell'esaminare il primo motivo di ricorso, il paventato contrasto delle prescrizioni della legge di gara con le "norme imperative della Legge n. 49/2023 nonché con l'art. 8 e 108 D.Lgs. 36/2023" deve ritenersi insussistente, poggiando esso sull'erroneo presupposto della piena operatività della legge sull'equo compenso nel settore degli appalti pubblici. Evenienza, questa, che, per quanto detto, dev'essere invece esclusa, venendo con ciò meno in radice l'invocata possibilità di una eterointegrazione della legge di gara.

14. Per questi motivi il ricorso va, dunque, conclusivamente rigettato.

15. Alla luce dei rilievi esposti e della novità della questione sussistono certamente giustificate ragioni per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Roberta Mazzulla, Primo Referendario

Alberto Romeo, Primo Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Con pronuncia n. **632** dello scorso 24 ottobre, la Prima Sezione del TAR Reggio Calabria si è occupata dei rapporti tra la normativa sull'**equo compenso** di cui alla l. n. 49/2023 e le procedure di gara dirette all'affidamento **di servizi di ingegneria e architettura**, ricordando che la questione è stata affrontata recentemente dallo stesso Tribunale con **sentenza n. 483 del 25.7.2024**.

Su tale questione, come è noto, all'indomani dell'entrata in vigore della L. 21 aprile 2023, n. 49 sono andati profilandosi nelle prime prassi applicative due contrapposti orientamenti interpretativi, sostenendosi, da un parte, **l'assenza di antinomia tra la legge n. 49/2023 e la disciplina dei contratti pubblici, con conseguente piena operatività delle previsioni dettate dalla prima anche nel campo dell'evidenza pubblica**; e affermandosi, in senso opposto, dall'altra parte, **l'incompatibilità tra i due sistemi normativi, con esclusione dell'applicazione delle regole del c.d. 'equo compenso' alle procedure di gara regolate dal codice dei contratti pubblici**.

In sintesi, a fondamento della prima tesi (riconducibile a TAR Veneto, Sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 e TAR Lazio, Sez. Vter, 30 aprile 2024, n. 8580), è stata valorizzata, anzitutto, la previsione contenuta nell'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023, là dove, oltre a sancirsi il divieto, salvo casi eccezionali, di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito, è stato imposto, in via generale, alla pubblica amministrazione di **"garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso"**.

Richiamata la *ratio* sottesa alla L. n. 49/2023 – **individuata nell'esigenza di tutelare i professionisti nell'ambito dei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino nella posizione di "contraenti deboli"** –, l'orientamento in questione ha, inoltre, desunto ulteriori elementi a sostegno della sua applicabilità al settore dell'evidenza pubblica dall'interpretazione letterale ed analogica delle relative disposizioni, stante, *in primis*, l'espressa previsione della relativa operatività anche nei confronti della pubblica amministrazione. Sotto questo angolo visuale, i sostenitori di tale tesi hanno affermato che **diversamente opinando l'intervento normativo in questione risulterebbe privo di reale efficacia sul mercato delle prestazioni d'opera intellettuale, rappresentando i rapporti contrattuali tra i professionisti e la Pubblica Amministrazione nel mercato del lavoro attuale una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi per le prestazioni di tale tipologia**.

Né, poi, potrebbe concordarsi con l'obiezione secondo cui l'applicabilità della legge n. 49/2023 al settore dell'evidenza pubblica precluderebbe, di fatto, l'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione del rapporto qualità/prezzo in

quanto le gare per servizi di architettura o di ingegneria dovrebbero essere strutturate e aggiudicate sulla base di un “prezzo fisso” non ribassabile, individuato dalla stessa P.A. come corrispettivo posto a base di gara, con competizione limitata alla sola componente tecnica dell’offerta e, quindi, con una evidente compromissione della libera contrattazione, del confronto competitivo tra operatori economici e dei principi comunitari in materia di libertà di circolazione, di stabilimento e di prestazione di servizi.

Ed infatti, **il compenso del professionista costituirebbe soltanto una delle componenti del “prezzo” determinato dall’Amministrazione come importo a base di gara, al quale si affiancano altre voci, relative in particolare alle “spese ed oneri accessori”**. L’Amministrazione sarebbe, dunque, chiamata a quantificare tali voci in applicazione del D.M. 17 giugno 2016 per individuare l’importo complessivo da porre a base di gara; al tempo stesso, la voce “compenso”, individuata con tale modalità come una delle voci che costituiscono il prezzo, sarebbe da qualificare anche come compenso ‘equo’ ai sensi della legge n. 49/2023, che, sotto tale aspetto, stabilisce che è equo il compenso dell’ingegnere o architetto determinato con l’applicazione dei decreti ministeriali adottati ai sensi dell’art. 9 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1.

Ne deriva che **il compenso determinato dall’Amministrazione ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 non sarebbe suscettibile di ribasso dall’operatore economico, trattandosi di “equo compenso” il cui ribasso si risolverebbe, essenzialmente, in una proposta contrattuale volta alla conclusione di un contratto pubblico gravato da una nullità ‘di protezione’ e contrastante con una norma imperativa.**

Nondimeno, trattandosi di una delle plurime componenti del complessivo “prezzo” quantificato dall’Amministrazione, l’operatività del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in ragione del rapporto qualità/prezzo, risulterebbe fatta salva in ragione della libertà, per l’operatore economico, di formulare la propria offerta economica ribassando le voci estranee al compenso, ossia le spese e gli oneri accessori.

Tale conclusione, oltre ad assicurare la coerente e coordinata applicazione dei due testi normativi, **consentirebbe, sotto un diverso profilo, di escludere che la legge n. 49/2023 produca effetti anti concorrenziali o in contrasto con la disciplina dell’Unione Europea**, rappresentando, piuttosto, il divieto di presentazione di offerte economiche al ribasso sulla componente del prezzo costituita dai “compensi” una tutela per i professionisti, a prescindere dalla loro nazionalità, in quanto *“permetterà loro di conseguire un corrispettivo equo e proporzionato anche da un contraente forte quale è la Pubblica Amministrazione e anche in misura superiore a quella che sarebbero stati disposti ad accettare per conseguire l’appalto”* (TAR Veneto, n. 632, cit.).

Inoltre, l’operatore economico che, in virtù della sua organizzazione d’impresa, dovesse ritenere di poter ribassare componenti accessori del prezzo (ad esempio le spese generali), potrà avvantaggiarsi di tale capacità nell’ambito del confronto competitivo con gli altri partecipanti alla gara, **fermo restando il dovere dell’Amministrazione di sottoporre a controllo di anomalia quelle offerte non serie o che, per la consistenza del ribasso**

offerto su componenti accessorie del prezzo, potranno apparire in buona sostanza abusive, ossia volte ad ottenere un vantaggio indebito traslando su voci accessorie il ribasso economico che, in mancanza della legge n. 49/2023, sarebbe stato offerto sui compensi.

Dal carattere 'inderogabile' del compenso 'equo' determinato dall'applicazione dei citati parametri normativi, e dunque dalla natura imperativa delle previsioni contenute nella L. n. 49/2023 – che stabiliscono la nullità delle clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata –, conseguirebbe, poi, l'eterointegrazione delle disposizioni di gara che, in via difforme, dovessero consentire la ribassabilità della componente in questione, trattandosi di profilo sottratto alla libera disponibilità delle stazioni appaltanti.

Diversamente opinando si correrebbe d'altronde il rischio di una pericolosa 'eterogenesi dei fini', posto che il professionista concorrente potrebbe essere tentato di abusare della nullità di protezione in questione, volutamente presentando un'offerta inferiore ai minimi, per così ottenere l'aggiudicazione e, una volta stipulato il contratto far valere la nullità parziale al fine di attivare il "meccanismo" di cui al comma 6 dell'art. 3, ai sensi del quale: *«Il tribunale procede alla rideterminazione secondo i parametri previsti dai decreti ministeriali di cui al comma 1 relativi alle attività svolte dal professionista, tenendo conto dell'opera effettivamente prestata e chiedendo, se necessario, al professionista di acquisire dall'ordine o dal collegio a cui è iscritto il parere sulla congruità del compenso o degli onorari»*. Ciò che comporterebbe, peraltro, l'aggiornamento del principio di tendenziale immutabilità dell'offerta anche in sede di esecuzione del contratto.

In conclusione, **la nullità relativa o di protezione sarebbe da ritenersi giustificata proprio in relazione ai casi in cui il professionista sia sostanzialmente tenuto a subire la previsione contraria all'equo compenso, e ciò anche eventualmente quando ad imporre la riduzione al di sotto dei minimi sia la P.A..** Diversamente, **ove la violazione della normativa sull'equo compenso non sia imposta dalla P.A. ma dipenda da una volontaria scelta dell'operatore economico al fine di ottenere l'aggiudicazione superando gli altri concorrenti, la natura "relativa" della nullità non potrebbe rivestire alcun rilievo, l'imperatività della normativa medesima imponendo, al contrario, un effetto escludente delle offerte con la stessa in contrasto.**

Secondo l'opposta tesi, propugnata in ragione dell'incertezza del quadro normativo di riferimento dalla stessa Anac con la delibera n. 101 del 28.02.2024 e di recente sostenuta con approfondite argomentazioni da TAR Campania, Salerno, Sez. II, 16 luglio 2024, n. 1494, **al contrario, la predicata eterointegrazione della disciplina di gara con quella sull'equo compenso professionale sconterebbe "... i limiti intrinseci ed estrinseci di compatibilità o sovrapposibilità dei due impianti normativi (d.lgs. n. 36/2023 e l. n. 49/2023), che incidono su campi di materie e rispondono a finalità tra loro non perfettamente coincidenti ed omogenee".**

Ed infatti, **il regime dell'equo compenso non derogherebbe, bensì integrerebbe "il sistema dei contratti pubblici, senza frustrarne la sostanza proconcorrenziale di derivazione euro-unitaria (artt. 49, 56, 101 TFUE, 15 della dir. 2006/123/CE), e, quindi,**

senza elidere in radice la praticabilità del ribasso sui corrispettivi professionali, la cui determinazione non è da intendersi rigidamente vincolata a immutabili parametri tabellari, ma la cui congruità (in termini di equilibrio sinallagmatico) rimane, in ogni caso, adeguatamente assicurata dal modulo procedimentale di verifica all'uopo codificato, quale, appunto, quello dell'anomalia dell'offerta con riferimento al ribasso praticato sul corrispettivo dei servizi di progettazione". In altri termini, il Codice dei contratti pubblici, tramite il subprocedimento di verifica di anomalia delle offerte, appresterebbe *"meccanismi idonei ad evitare che le prestazioni professionali siano rese a prezzi incongrui, consentendo, nel contempo, alle amministrazioni di affidare gli appalti a prezzi più competitivi"*.

Sul piano positivo, d'altro canto, occorre considerare che **la legge n. 49/2023, entrata in vigore il 20 maggio 2023 e, quindi, successiva al Codice, non risulta aver derogato espressamente allo stesso, come richiesto dall'art. 227, da ciò desumendosi un indice testuale particolarmente pregnante nel senso della relativa inapplicabilità al settore degli appalti pubblici.**

Inoltre, anche il codice dei contratti pubblici già perseguirebbe la finalità sottesa 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 andrebbero precipuamente lette le disposizioni di seguito richiamate: **l'art. 8, comma 2**, il quale prevede che la pubblica amministrazione garantisce 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'art. 108, comma 2**, là dove individua, quale criterio di aggiudicazione per i servizi tecnici di importo pari o superiore a 140.000,00 euro quello del miglior rapporto qualità-prezzo, garantendo un'adeguata valutazione dell'elemento qualitativo. **Nella stessa direzione andrebbe letta la previsione relativa all'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).**

Così interpretato, **il quadro normativo di riferimento risulterebbe, dunque, coerente sia a livello nazionale sia a livello europeo.** Sotto quest'ultimo profilo occorre considerare che *"l'art. 3, comma 3, della legge n. 49/2023 fa salve dalla sanzione della nullità le clausole che prevedono l'applicazione di compensi inferiori ai minimi tabellari in quanto riprodotte di disposizioni di legge (tra cui rientrano le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici) o attuative di principi europei (tra cui il principio di concorrenza)"*.

Proprio in relazione a quest'ultimo profilo, nell'ambito di questa diversa ricostruzione **si è ancora evidenziato che la previsione di tariffe minime non soggette a ribasso rischierebbe "di porsi in contrasto con il diritto euro-unitario, che impone di tutelare la concorrenza.** Come chiarito dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 4 luglio 2019, causa

C-377/2017, infatti, in materia di compensi professionali, l'indicazione delle tariffe minime e massime è vietata in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, ma sono comunque ammesse deroghe per motivi di interesse pubblico, come la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi e la trasparenza dei prezzi" (posizione 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).

A suffragare la tesi dell'incompatibilità tra i due sistemi normativi deporrebbe, inoltre, il rilievo che legge n. 49/2023 sarebbe applicabile ai rapporti professionali aventi ad oggetto *"prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. (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"*; laddove, invece, i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura sarebbero *"normalmente riconducibili ai contratti di appalto ex art. 1655 c.c., con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio"*.

Inoltre, **la concorrenza sul prezzo, in ogni sua componente, rappresenterebbe un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali delle gare pubbliche**, sicché *"l'eventuale limitazione alle sole spese generali o all'elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all'ingresso per gli operatori, più giovani, meno strutturati e di minore esperienza"*.

Rilievo determinante assumerebbe, infine, la circostanza che l'applicazione **dell'art. 3, comma 5, della richiamata legge n. 49/2023**, là dove 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"*.

Alla luce di tali rilievi l'illustrata specialità del sistema dei contratti pubblici, che risponde ad una sua immanente logica proconcorrenziale, per certi versi antagonistica rispetto all'irrigidimento tabellare di singole voci di offerta, impedirebbe, dunque, *"di cristallizzare i compensi professionali tramite la propugnata eterointegrazione automatica delle disposizioni della l. n. 49/2023"*; inducendo, piuttosto, *"a considerare queste ultime a guisa di principi direttivi cui la stazione appaltante deve indefettibilmente improntare la propria valutazione di congruità dell'offerta provvisoriamente aggiudicataria"*.

Riprova ne sarebbe offerta dalla *"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».

Tanto chiarito in ordine alle due tesi in campo, **il Collegio ricorda che lo stesso Tribunale ha ritenuto di condividere la seconda delle riferite ricostruzioni teoriche.**

Così chiarita la questione, la Prima Sezione tuttavia osserva che, in tema di sub-procedimento di anomalia, la consolidata giurisprudenza è nel senso che: *“Nelle gare pubbliche **il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta** - finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - **ha natura globale e sintetica** e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'**offerta complessivamente inaffidabile**; detto giudizio costituisce espressione di un **tipico potere tecnico-discrezionale** riservato alla Pubblica amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara”* (Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2022, n. 5692).

Più nel dettaglio, anche quanto al profilo motivazionale, *“Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato all'accertamento dell'attendibilità e della serietà della stessa nel suo insieme e dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della Stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico - discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. Lo standard della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell'offerta; mentre è richiesta una articolata e approfondita motivazione laddove l'Amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale”* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV, 30 gennaio 2023, n. 1533; v. anche Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2022, n. 9691; Cons. Stato, Sez. III, 20 luglio 2022, n. 6393).