



Presidente

Cabina di regia per il codice dei contratti pubblici
Capo Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi
della Presidenza del Consiglio dei Ministri
protocollo.dagl@mailbox.governo.it

Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti
segreteria.ministro@pec.mit.gov.it

Ministro dell'Economia e delle Finanze
ufficiodigabinetto@pec.mef.gov.it

Oggetto

Problematiche applicative del nuovo codice dei contratti pubblici in materia di servizi di ingegneria e architettura.

Con nota prot. n. 13693 del 26/1/2024, l'Autorità ha trasmesso a codesta Cabina di regia il documento di consultazione recante il Bando tipo n. 2/2023 - Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, chiedendo un sollecito intervento volto a risolvere le criticità interpretative evidenziate.

La consultazione pubblica sul Bando tipo si è conclusa in data 1/3/2024, restituendo la conferma delle problematiche già evidenziate ed evidenziando, ulteriormente, la rilevanza delle questioni e la necessità di tempestiva soluzione. I numerosi contributi pervenuti sono allegati alla presente nota, con cui si intende nuovamente rilevare l'estrema urgenza di un intervento interpretativo o normativo delle competenti Istituzioni che possa consentire la corretta e uniforme applicazione della normativa di riferimento.

Attesa l'urgenza di intervenire e l'impossibilità di differire ulteriormente l'adozione degli atti di propria competenza l'Autorità, in mancanza di diverse indicazioni interpretative, procederà ad adottare il bando tipo aderendo alle opzioni regolatorie ritenute più adeguate, come di seguito riportate.

Con riferimento ai **requisiti speciali per la partecipazione alle gare**, si conferma l'esistenza di un vuoto normativo superabile soltanto con un intervento del legislatore. Nelle more, l'Autorità riterrebbe opportuno invitare le stazioni appaltanti ad adottare comportamenti volti a favorire la massima partecipazione e a scongiurare l'adozione di comportamenti discriminatori. A tal fine, si ritiene utile raccomandare vivamente il ricorso alla possibilità di prendere in considerazione la prova relativa a servizi analoghi effettuati più di tre anni prima, espressamente riconosciuta dall'Allegato XII, Parte II, lett.a) ii) della Direttiva 24/2024/UE, nel caso in cui sia necessario assicurare un livello adeguato

di concorrenza. Inoltre, sempre nell'ottica del *favor participationis*, l'Autorità riterrebbe opportuno suggerire di far riferimento, nell'individuazione dei requisiti di partecipazione, alle indicazioni fornite nelle Linee guida n. 1, adottate in vigore del decreto legislativo n. 50/2016. Ciò anche in applicazione del disposto dell'articolo 10, comma 3, del codice, secondo cui *"le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese."*

Con riferimento all'applicazione della disciplina sull'equo compenso, all'Autorità appare possibile ritenere che i due ambiti normativi (codice dei contratti pubblici e legge n. 49/2023) vadano adeguatamente coordinati tra loro, accedendo ad una soluzione interpretativa che eviti l'insorgere di contrasti. Nel definire il rapporto esistente tra i due sistemi, occorre infatti considerare che la Legge n. 49/2023, sebbene successiva al Codice, non ha derogato espressamente allo stesso, ai sensi del relativo art. 227, e pertanto la stessa si applica ai contratti pubblici nell'ambito della relativa disciplina. D'altra parte, lo stesso art. 3, co. 3 della Legge n. 49/2023 stabilisce che non sono nulle le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi europei

Occorre inoltre evidenziare che anche il codice dei contratti pubblici già persegue 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 devono essere lette le disposizioni di seguito richiamate. In attuazione dell'articolo 8, comma 2, il quale prevede che la pubblica amministrazione garantisca l'applicazione del principio dell'equo compenso; l'articolo 41, comma 15, fissa la modalità per l'individuazione dei corrispettivi da porre a base di gara facendo riferimento alle tabelle contenute nell'allegato I.13. L'articolo 108, comma 2, 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. È prevista l'applicazione di specifici meccanismi volti a scongiurare la presentazione di offerte eccessivamente basse e, quindi, non sostenibili (la disciplina sull'anomalia dell'offerta, la possibilità di prevedere un'appropriata ponderazione tra punteggio qualitativo ed economico, la possibilità di utilizzare formule per il punteggio economico che disincentivino eccessivi ribassi).

Così interpretato, il quadro normativo di riferimento appare coerente sia a livello nazionale che a livello europeo. Sotto quest'ultimo profilo occorre considerare che l'articolo 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).

Appare opportuno evidenziare, altresì, che la previsione di tariffe minime non soggette a ribasso rischia 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 4/7/2019, 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.

È inoltre opportuno evidenziare che la legge n. 49/2023 è applicabile ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 del Codice civile (contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale nell'ambito di un lavoro autonomo) e più in generale a tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati dalla posizione dominante del committente, in cui è necessario ripristinare l'equilibrio sinallagmatico. I contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura, invece, sono normalmente riconducibili ai contratti di appalto ex articolo 1655 del Codice civile, con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio.

Nel merito si ritiene utile considerare che la concorrenza sul prezzo, in ogni sua componente, rappresenta un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali delle gare pubbliche e che 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.

Sotto il profilo della spesa pubblica, l'Autorità ritiene ulteriormente necessario mettere in evidenza che, ai sensi dell'articolo 13 della Legge n. 49/2023, dall'attuazione della stessa legge *"non devono derivare, nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica"*, circostanza che, invece, si realizzerebbe in caso di gare a prezzo fisso. L'opzione individuata consente di mantenere il quadro economico finanziario della programmazione che è già stata fatta per gli investimenti del PNRR, quadro economico -finanziario che invece rischierebbe di essere compromesso, con evidenti ricadute sui tempi di attuazione ed aumento del contenzioso, in caso di valutazioni diverse. Considerazioni analoghe possono essere effettuate anche per gli investimenti non legati al PNRR.

Infine, va considerato che l'applicazione dell'articolo 3, comma 5, della richiamata legge n. 49/2023, che ammette il ricorso al giudice civile per contestare l'affidamento ad un prezzo inferiore rispetto a quello definito in ossequio all'allegato I.13 del d. lgs 36/2023, oltre a determinare una sovrapposizione con i poteri e le competenze delle stazioni appaltanti in termini di verifica della congruità delle offerte, produrrebbe una situazione di assoluta instabilità e incertezza sull'affidamento e sulle relative condizioni, con evidenti ripercussioni sulla spesa pubblica. In particolare, l'esito positivo del giudizio ordinario comporterebbe la necessaria modifica del quadro economico finanziario dell'intervento, con conseguenti ricadute, anche sulla capacità di spesa futura, che appaiono tanto più evidenti per gli interventi finanziati con i fondi del PNRR.

Tanto rappresentato, si ritiene necessario, in conclusione, richiamare nuovamente l'attenzione sulla massima urgenza che riveste l'esame delle questioni illustrate al fine di risolvere rilevanti dubbi interpretativi, nel primario interesse delle stazioni appaltanti e degli operatori del mercato, ribadendosi, al riguardo, la massima disponibilità dell'Autorità ad offrire la propria collaborazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia