



GIURISPRUDENZA

Data udienza 25 settembre 2024

Integrale

**Professioni - Compenso - Equo compenso - Garanzia - Art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 - Divieto di prestazioni d'opera a titolo gratuito**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 119 del 2024, proposto da

In. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B0CB08DB99, rappresentata e difesa dagli avvocati Lu. Ma. e He. Jö. Ga., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (omissis), in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico ex lege presso gli uffici della medesima in Trento, largo (...);

nei confronti

Ingegneri Pa. & Pa.S.r.l. ed altri, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 143 del 2.4.2024 con cui la Giunta Comunale di (omissis) ha disposto l'aggiudicazione in favore di Ingegneri Pa. & Pa. S.r.l. della procedura negoziata per l'affidamento del servizio di progettazione, direzione lavori e coordinamento della sicurezza e contabilità in relazione ai lavori di infrastrutture per la zona residenziale d'espansione Schletzes III (CIG: B0CB08DB99);

- di ogni altro atto presupposto e/o connesso e/o consequenziale, anche ove non conosciuto dalla ricorrente, ivi compresi, se e in quanto di contenuto lesivo, la nota 12.4.2024 di comunicazione della suddetta aggiudicazione e il verbale dell'Autorità di gara del 27.3.2024, recante la proposta di

aggiudicazione in favore della Ingegneri Pa. & Pa. S.r.l. nonché, in subordine, la deliberazione n. 96 del 5.3.2024 di approvazione della documentazione di gara, la lettera di invito, il disciplinare di gara e i relativi allegati, tra cui l'allegato denominato "Anlage A1- Erklärungen", "Anlage A2 - Zusammensetzung der Arbeitsgruppe" e l'"Elenco dettagliato delle prestazioni e dei relativi corrispettivi" e il Modello di offerta economica - Allegato C,

e per la condanna

della resistente Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica, mediante declaratoria del diritto all'aggiudicazione della ricorrente, con dichiarazione di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato con l'attuale illegittima aggiudicataria; nonché, in subordine, in tutto o in parte, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di (omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2024 la consigliere Edith Engl e uditi per le parti i difensori, come dal verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

La società ricorrente In. Ge.Na s.r.l. di Bolzano ha partecipato alla procedura negoziata senza bando ex art. 50, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 36/2023, avviata con lettera d'invito del 13.3.2024 dal comune di (omissis), per l'affidamento del servizio di progettazione, direzione lavori e coordinamento della sicurezza e contabilità relativi a lavori delle infrastrutture per la zona residenziale d'espansione "Schletzes III" (CUP: B75G23000000007 CIG: B0CB08DB99).

Quale criterio di aggiudicazione era stato indicato quello del prezzo (art. 5 del Disciplinare di gara) mediante ribasso percentuale con due cifre decimali da effettuare sull'importo a base di gara pari a Euro 125.361,31 (art. 3.3 del Disciplinare di gara), dato dalla somma dei corrispettivi, costituiti dagli onorari (Euro 100.540,40) e dalle spese (Euro 24.820,92) determinati sulla base del costo stimato di costruzione e delle disposizioni del D.M. 17 giugno 2016, aggiornato da all. I.13 D.lgs 36/2023.

Alla procedura hanno partecipato tre operatori economici. La Ingegneri Pa. & Pa. S.r.l., che si graduava alla prima posizione, offrendo un ribasso del 25,50% pari a un prezzo di Euro 93.394,17, lo Studio di ingegneria BA. - Ob. & Ba., secondo classificato con un ribasso del 25,00% pari a un prezzo di Euro 94.020,98 e la In. S.r.l. terza graduata, con un ribasso del 19,79% pari a un prezzo di Euro 100.552,30.

Alla proposta di aggiudicazione in favore di Ingegneri Pa. & Pa. S.r.l. per il prezzo complessivo di Euro 93.394,17 ha fatto seguito l'aggiudicazione disposta con delibera della Giunta comunale n. 143 del 2.4.2024.

Di tale aggiudicazione, oltre che degli altri atti e provvedimenti indicati nell'epigrafe del presente ricorso, In. S.r.l. chiede l'annullamento, previa adozione di idonea misura cautelare, e la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato medio tempore nonché la condanna dell'ente comunale al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

Il ricorso si fonda sui seguenti motivi:

I). Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 2 e 3 della legge aprile 2023, n. 49, nonché degli artt. 8, comma 2, 41, comma 15, allegato I.13, 14, comma 14, lett. c), e 48, comma 4, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Violazione del principio di concorrenza e di par condicio. Eccesso di potere per difetto di presupposti, difetto di istruttoria, per contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta e disparità di trattamento.

II). In subordine, doverosità di eterointegrazione della lex specialis con le norme della legge n. 49/2023 e, in ulteriore subordine, annullamento della procedura negoziata e dei relativi atti per i vizi indicati nella rubrica del motivo I).

La ricorrente si duole in sostanza della violazione della legge n. 49/2023 nella misura in cui l'Amministrazione procedente non avrebbe escluso dalla procedura di gara le offerte della prima e della seconda classificata, che indicavano un ribasso anche della componente "compenso" del corrispettivo per le prestazioni d'opera intellettuale, determinato ai sensi del D.M. 17.6.2016. Richiamando le argomentazioni spese nelle sentenze del Tar Veneto Sez. III del 3 aprile 2024, n. 632 e del Tar Lazio, Sez. V-Ter (riportate infra), che per prime hanno affrontato il tema del rapporto tra la l. 49/2023 sull'equo compenso e la disciplina degli appalti esprimendosi, a favore dell'applicabilità della legge sull'equo compenso alle gare pubbliche per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, asserisce che il compenso determinato dalla Amministrazione ai sensi del D.M. 17.6.2016 non era ribassabile dagli operatori economici partecipanti alla gara.

Da qui l'inammissibilità delle offerte della prima e della seconda classificata, che avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura "il cui ribasso si sarebbe risolto, essenzialmente, in una proposta contrattuale volta alla conclusione di un contratto pubblico gravato da una nullità di protezione e contrastante con la norma imperativa" e la deduzione che la gara avrebbe dovuto essere aggiudicata alla ricorrente, quale unico operatore che aveva formulato un'offerta conforme alla legge n. 49/2023.

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 sul compenso determinato ai sensi del decreto ministeriale, deduce che la disciplina di gara (che non prevedeva espressamente un divieto al ribasso del compenso) non potrebbe che ritenersi eterointegrata in parte qua dalle norme imperative della 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.

Si è costituito il Comune di (omissis) a mezzo dell'Avvocatura distrettuale dello Stato per contrastare le doglianze della ricorrente, eccependo altresì l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione e di interesse.

Con ordinanza n. 50/2024 questo Tribunale ha rigettato l'istanza istruttoria.

Nella memoria conclusiva dd. 5.9.2024, l'Avvocatura dello Stato si richiamava principalmente alle pronunce del Tar Campania sez. Salerno del 16 luglio 2024 n. 1494 e del Tar Calabria sez. Reggio Calabria del 25 luglio 2024 n. 483, nel frattempo intervenute sulla questione, che optano per la non applicabilità alle procedure ad evidenza pubblica delle norme sull'equo compenso. Dalla memoria risulta altresì, che medio tempore è stato stipulato il contratto con l'aggiudicataria e dato avvio al servizio (pag. 2).

Con memoria e memoria di replica la ricorrente controdeduceva alle eccezioni di inammissibilità del ricorso e insisteva nella propria posizione. Concludeva per l'accoglimento del ricorso e insisteva per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto con risarcimento del danno con reintegrazione in forma specifica. Solo qualora l'Amministrazione dichiarasse che l'esecuzione è pervenuta ad un punto tale da non consentire la reintegrazione in forma specifica, la ricorrente chiedeva la condanna del Comune al risarcimento del danno per equivalente, determinato nella misura del 10% dell'offerta di In. S.r.l.. Per il caso del mero annullamento della gara insisteva per il risarcimento del danno commisurato al c.d. "interesse negativo".

Alla pubblica udienza del 25 settembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

Preliminarmente, in merito al rilievo dell'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione e di interesse, sollevato dalla difesa dell'amministrazione comunale, sull'assunto che l'art. 3, comma 4 della legge n. 49/2023, riserverebbe al solo professionista che rende la prestazione, la legittimazione di far valere la nullità delle pattuizioni inferiori all'equo compenso, evidenzia il Collegio che l'eccezione è infondata.

È pacifico in giurisprudenza che colui, che ha partecipato alla gara pubblica è legittimato ad impugnare l'esito della gara, in ragione della vantata posizione differenziata con il potere pubblico derivante proprio dalla partecipazione. La tutela di cui all'art. 3 comma 4 della legge n. 49/2023, invocata alla difesa erariale per negare la legittimazione in capo alla parte ricorrente ad impugnare gli atti di gara, prende in considerazione la posizione del professionista che ha stipulato in concreto un contratto per prestazioni intellettuali con previsioni di corrispettivo non conformi alle regole dell'equo compenso e non riguarda la posizione dell'operatore economico leso da un affidamento ad altro professionista a condizioni contrastanti con le regole dell'equo compenso, che è quello che viene in rilievo nella gara di affidamento di servizi di ingegneria, della quale si discute.

Trattasi, nella tutela di cui all'art. 3, comma 4, della legge n. 49/2023, di una nuova tutela a favore del professionista chiamato a rendere la prestazione a un compenso inferiore a quello equo, che non esclude la (diversa) tutela, prevista dal nostro ordinamento a favore di tutti i professionisti, che partecipano a procedure di gare pubbliche di censurare i relativi atti, azionata dal ricorrente.

Nel merito il ricorso è fondato.

La questione del ricorso attiene ai 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, sulla quale, come è noto, 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.

Giova richiamare i due orientamenti in campo, come riassunti nella sentenza n. 483/2024 dal Tar di Reggio Calabria:

"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 'equò 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.

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'aggravamento 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 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 riproduttive 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".

Il Tar di Reggio Calabria, che a sua volta si è pronunciato a favore dell'indirizzo espresso dal Tar di Salerno, ha rimarcato, in particolare, come l'individuazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta sia la sede in cui misurare l'incidenza in concreto del ribasso operato sulla componente del "compenso" e, allo stesso tempo, sulle soglie "minime" stabilite dalle tabelle ministeriali.

Avuto riguardo allo stato della giurisprudenza in materia, tra i due orientamenti, ritiene il Collegio che sia preferibile il primo, che, affrontando compiutamente la questione del rapporto tra codice appalti ed equo compenso, ha ravvisato, che la disciplina sull'equo compenso (i) è compatibile con le disposizioni del vigente codice dei contratti pubblici, (ii) consente il ribasso solo delle ulteriori componenti di costo dell'offerta, ossia le spese e gli oneri accessori, (iii) non ha interferenze negative sul principio della tutela della concorrenza tramite evidenza pubblica e sulle norme eurounitarie, (iv) integra la disciplina di gara, che non ha previsto espressamente l'applicazione della legge sul c.d. equo "compenso".

Applicando dunque il suesposto condiviso orientamento ne deriva, che la legge n. 49/2023 deve essere applicata anche alla procedura negoziata senza bando, oggetto del presente giudizio, con eterointegrazione della disciplina di gara, che non ha previsto l'applicazione della legge sull'equo compenso e non ha precluso la formulazione di offerte economiche al ribasso della componente "compenso" del prezzo stabilito.

Ciò posto, va evidenziato che nella fattispecie, la stazione appaltante aveva determinato il corrispettivo ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 distinguendo i compensi (Euro 100.540,40) da riconoscere all'aggiudicatario dalle spese (Euro 24.820,92). Da una verifica aritmetica deriva che le offerte dell'aggiudicataria, pari a Euro 93.394,17% e della seconda classificata, pari a Euro 94.020,98 (cfr. verbale di gara) erano inferiori alla voce del compenso determinata dall'amministrazione nella misura di Euro 100.540,40 e che quindi erano formulate in violazione della legge sull'equo compenso. Al contrario, la ricorrente ha formulato un'offerta pari a Euro 100.552,30, che corrisponde ad un importo superiore al "compenso" fissato dall'Amministrazione comunale, formulando un'offerta che non incide sull'equo compenso.

Da quanto esposto, deriva che l'aggiudicazione e gli atti impugnati sono illegittimi nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso dalla procedura l'aggiudicataria e la seconda classificata e non ha aggiudicato la gara alla ricorrente.

Orbene, annullata l'aggiudicazione definitiva disposta in capo alla Ingegneri Pa. & Pa. s.r.l. va vagliata da richiesta della ricorrente della declaratoria di inefficacia del contratto con subentro della stessa. Come noto l'art 122 c.p.a. non comporta, in seguito all'annullamento, l'automatica "inefficacia" del contratto dovendo il g.a. tener conto di vari elementi tra i quali la gravità del vizio e lo stato di esecuzione del contratto e dovendo dosare, nel caso di inefficacia, la stessa decorrenza "ex tunc" o "ex nunc" del contratto (ex multis T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 20 novembre 2020, n. 12221).

Dunque, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto (progettazione, direzione lavori e coordinamento della sicurezza e contabilità per i lavori), tenuto conto dell'interesse delle parti e del fatto che la ricorrente ha formulato specifica domanda di subentro, rispetto alla quale il Comune non ha fornita la prova che il contratto sia stato interamente eseguito, né la stazione appaltante ha indicato - come sarebbe stato suo onere - la sussistenza di circostanze concretamente ostative al richiesto subentro, il quale, anche secondo il diritto comunitario, costituisce la forma di tutela primaria per l'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione (ex multis Consiglio di Stato sez. IV, n. 5725/2013), ritiene il Collegio di disporre il richiesto subentro, con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza, con salvezza, dunque, delle prestazioni contrattuali sin qui effettuate dalla controinteressata Ingegneri Pa. & Pa. s.r.l.

Per i suesposti motivi la domanda di annullamento dell'aggiudicazione di cui al ricorso va accolta, con l'effetto del subentro della ricorrente nel contratto e nelle prestazioni non ancora eseguite alla data di pubblicazione della sentenza, dichiarando al contempo l'inefficacia di quest'ultimo dal momento del subentro.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'aggiudicazione impugnata e dispone il subentro della ricorrente nel contratto, come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Lorenza Pantozzi Lerjefors - Presidente

Margit Falk Ebner - Consigliere

Edith Engl - Consigliere, Estensore

Andrea Sacchetti - Consigliere