

AVV. RICCARDO ROTIGLIANO
AVV. MICHELE PECORELLI
AVV. SERENA VIOLA
AVV. GIUSEPPE ACIERNO

Spett.le
Ministero della Difesa - Comando
Infrastrutture
a mezzo pec: comgenio@postacert.difesa.it

OGGETTO: *gara per l'affidamento delle indagini geognostiche e caratterizzazione strutturale, verifica di vulnerabilità sismica, diagnosi energetica e rilievo geometrico, architettonico ed impiantistico da restituire in modalità BIM- CIG: B1AAFE8FAF.*

In nome e per conto della Fondazione Architetti e Ingegneri liberi professionisti iscritti Inarcassa, con sede in Roma, via Salaria n. 229, per avere ricevuto espresso mandato dal suo Presidente, si fa presente quanto segue.

Ai sensi dell'art. 4, co. 1 e 4, dello statuto *“La Fondazione non ha fini di lucro e gli eventuali utili debbono essere utilizzati per realizzare i fini istituzionali. La Fondazione si propone in via prioritaria di porre in essere ogni attività utile o necessaria alla tutela e alla promozione, sviluppo e sostegno della figura dell'architetto e dell'ingegnere che esercita la libera professione in forma esclusiva. Tale scopo verrà svolto tramite il raggiungimento dei seguenti macro obiettivi:*

omissis

4. Proporre attività, servizi e soluzioni utili per le diverse problematiche del libero professionista. *Tali macro obiettivi saranno realizzati ponendo in essere, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le seguenti attività: **Tutela dell'interesse dei liberi professionisti alla corretta rappresentazione e trattamento della professione attraverso ogni più opportuna iniziativa precontenziosa (istanza di parere all'Anac, diffida al ritiro in autotutela, etc.) o contenziosa (ricorso giurisdizionale) volta a contrastare***

Via Filippo Cordova, 95 – 90143 - Palermo
Tel.: 091342807 – Fax: 0916260621
Email: rotigliano@studiolegalerotigliano.it – Pec: riccardo.rotigliano@legalmail.it

l'attività delle amministrazioni che risultasse affetta da vizi di legittimità pregiudizievoli degli interessi della categoria di cui la Fondazione è ente esponenziale".

Con la procedura di gara in oggetto Codesta Amministrazione intende affidare un servizio di architettura ed ingegneria attinente l'incarico di verifica della vulnerabilità sismica ed efficientamento energetico di un compendio immobiliare.

Senonché, tale bando risulta certamente illegittimo per almeno due ordini di ragione.

I

Al bando non è stato allegato il calcolo dei corrispettivi, redatto secondo le modalità di cui all'art. 41, co. 15, d.lgs. n. 36/2023, a lume del quale *"Nell'allegato I.13 sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica ed esecutiva di lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alla direzione dei lavori, alla direzione di esecuzione, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, al collaudo, agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici. I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento"*. Pertanto, non è possibile individuare il criterio attraverso il quale è stato determinato il compenso previsto a favore del professionista aggiudicatario, pari ad € 656.922,01.

Sul punto si è anche espressa la giurisprudenza, che, costantemente, ha affermato *"Benché la stazione appaltante sia dotata di una ampia discrezionalità, da esplicarsi nei limiti legalmente prestabiliti, nell'individuazione degli elementi caratterizzanti un qualsiasi appalto di servizi, in particolare le prestazioni che devono essere richieste agli offerenti, le loro modalità di esecuzione e il prezzo che verrà corrisposto per l'esecuzione dei servizi richiesti, e ciò come diretta conseguenza, oltre che del potere discrezionale amministrativo, anche della circostanza che nessun operatore privato è obbligato a contrarre con l'Ente pubblico interessato allo svolgimento del servizio, tuttavia il legislatore*

ha previsto dei temperamenti alla libertà di scelta dell'Amministrazione appaltante sia per assicurare il rispetto di finalità di carattere sociale — come la garanzia del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di categoria e la tutela della sicurezza dei lavoratori, il rispetto delle norme a tutela dei disabili, ecc. — sia per garantire le imprese operanti nel mercato, attraverso il mantenimento di una corretta dinamica concorrenziale (nel caso di specie, è emersa la non regolare individuazione, da parte della stazione appaltante, dei corretti criteri per la predisposizione del bando di gara, che ha determinato l'individuazione del prezzo posto a base d'asta in maniera del tutto incongrua)” (TAR Puglia, Bari, sent. n. 915/2013).

Secondo quanto stabilito dall'ANAC, nelle Linee Guida sui servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria, “*Per quanto riguarda la prima operazione, al fine di determinare l'importo del corrispettivo da porre a base di gara (come sarà precisato meglio oltre) per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura e gli altri servizi tecnici, occorre fare riferimento ai criteri fissati dal decreto del Ministero della giustizia 17 giugno 2016 (Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016). Ciò nel rispetto di quanto previsto dall'art. 9, comma 2, penultimo e ultimo periodo, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, così come ulteriormente modificato dall'art. 5 della legge n. 134/2012. Per motivi di trasparenza e correttezza è obbligatorio riportare nella documentazione di gara il procedimento adottato per il calcolo dei compensi posti a base di gara, inteso come elenco dettagliato delle prestazioni e dei relativi corrispettivi. Ciò permette ai potenziali concorrenti di verificare la congruità dell'importo fissato, l'assenza di eventuali errori di impostazione o calcolo. Permette, inoltre, di accertare che il procedimento non produca tariffe superiori a quelle derivanti dal sistema precedente, oltre a rappresentare una misura minima a presidio della qualità della prestazione resa*”.

La stessa Autorità ha più volte ribadito che “*per motivi di trasparenza e correttezza è obbligatorio riportare nella documentazione di gara il procedimento adottato per il calcolo dei compensi posti a base di gara, inteso come elenco dettagliato delle*

prestazioni e dei relativi corrispettivi” (delibera n.614 del 07/07/2017, resa su istanza di parere precontenzioso avanzata dalla Fondazione Inarcassa).

II

Sotto diverso ma concorrente profilo, a pag. 10 del disciplinare di gara Codesta Stazione prevede che il ribasso dovrà essere offerto rispetto all’intero ammontare della base d’asta.

Orbene, secondo quanto previsto dalla l. n. 49/2023, recante la disciplina sull’equo compenso, “*Ai fini della presente legge, per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale (art. 1) ... Le disposizioni della presente legge si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione e delle società disciplinate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (art. 2) ... Sono nulle le clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, tenendo conto a tale fine anche dei costi sostenuti dal prestatore d'opera; sono tali le pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali, fissati con decreto ministeriale ... Sono, altresì, nulle le pattuizioni che vietino al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione o che impongano l'anticipazione di spese o che, comunque, attribuiscono al committente vantaggi sproporzionati rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro svolto o del servizio reso, nonché le clausole e le pattuizioni, anche se contenute in documenti contrattuali distinti dalla convenzione, dall'incarico o dall'affidamento tra il cliente e il professionista, che consistano: c) nell'attribuzione al cliente della facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che il professionista deve eseguire a titolo gratuito (art. 3) ... Il giudice che accerta il carattere non equo del compenso pattuito ai sensi della presente legge ridetermina il compenso dovuto al professionista e condanna il cliente al pagamento della differenza tra l'equo compenso così determinato e quanto già versato al professionista. Il giudice può altresì condannare il cliente al pagamento*

di un indennizzo in favore del professionista fino al doppio della differenza di cui al primo periodo, fatto salvo il risarcimento dell'eventuale maggiore danno (art. 4)''.

Le stesse Linee Guida ANAC n. 1, prevedono che “Al fine di garantire il principio dell'equo compenso, fermo restando quanto indicato alla Parte VI, punto 1.10, al professionista non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di gara, che non sono state considerate ai fini della determinazione dell'importo a base di gara”.

A lume della delibera ANAC n. 343/2023, “dal complesso delle disposizioni citate [l. n. 49/2023] si desume che le tariffe stabilite dal D.M. 17 giugno 2016 non possono più costituire un mero “criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento”, come previsto dall'art. 24, comma 8, del D.lgs. 50/2016, ovvero un mero parametro dal quale è consentito alle Stazioni appaltanti di discostarsi, motivando adeguatamente la scelta effettuata. Le tariffe ministeriali, secondo la novella normativa, assurgono a parametro vincolante e inderogabile per la determinazione dei corrispettivi negli appalti di servizi di ingegneria e architettura e l'impossibilità di corrispondere un compenso inferiore rispetto ai suddetti parametri comporta anche la non utilizzabilità dei criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa; alla luce del nuovo quadro normativo sembra potersi ipotizzare che le procedure di gara aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi tecnici dovrebbero essere costruite come gare “a prezzo fisso”, con competizione limitata alla componente qualitativa. Diversamente opinando, non si spiegherebbe né la previsione della nullità, rilevabile anche d'ufficio, della clausola che fissi un compenso inferiore a quello stabilito dal decreto ministeriale né l'abrogazione dell'art. 2, comma 1, lettera a) del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 che, come anticipato, aveva eliminato l'obbligatorietà delle tariffe minime. Si tratta di una novità di assoluto rilievo che, volta a garantire una adeguata remunerazione per le attività libero professionali, risulta indirettamente idonea anche a tutelare la qualità delle prestazioni, obiettivo di primaria importanza nel settore dei contratti pubblici, come testimoniato dai plurimi riferimenti contenuti nel testo del d.lgs. 50/2016 (tra i tanti, si segnalano l'art. 23, in tema di livelli della progettazione, ove è previsto che la progettazione deve assicurare “la qualità architettonica e tecnico funzionale e di relazione nel contesto dell'opera” e l'art. 30, in tema di principi per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, ove la qualità è anteposta agli altri principi che devono regolare l'affidamento degli appalti pubblici)”.

Inoltre, non può non rilevarsi che diverse stazioni appaltanti, in ossequio al principio espresso dall'ANAC (che altro non fa se non dare una corretta interpretazione della

norma di legge), hanno previsto, nei propri atti di gara per servizi di architettura ed ingegneria, l'esclusione del ribasso della base d'asta per la parte di appalto riservata ai progettisti. *Ex multis*, si segnala:

- 1) il disciplinare pubblicato dall'Agenzia del Demanio – Direzione di Roma Capitale (**all. 1**), nel quale è espressamente previsto che “L'importo a base di gara è stato calcolato ai sensi del decreto del Ministro della giustizia 17 giugno 2016 “Approvazione delle Tabelle dei corrispettivi commisurati a livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8 del Codice” (*in seguito: D.M. 17.6.2016 D.M. 17 giugno 2016 del Ministero della Giustizia*), ai sensi dell'art. 41, comma 15 del D.Lgs. 36/2023 e dell'allegato I.13. Sulla base delle disposizioni di cui al citato art. 41, comma 15, del D.Lgs. 36/2023 e dell'all. I.13, e della l. 49/2023, in linea con la Delibera dell'ANAC n. 343 del 20/07/2023, **i compensi stabiliti per le prestazioni d'opera intellettuale attinenti ai servizi di ingegneria e architettura, determinati in base agli artt. 2 e ss. del suddetto D.M., sono stati considerati inderogabili e non ribassabili, riportati nella voce “compensi non soggetti a ribasso” di cui alla precedente Tabella**”;
- 2) il bando/disciplinare pubblicato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (**all. 2**), concernente un appalto integrato, nel quale è prevista l'esclusione dal ribasso d'asta per la parte riguardante i servizi di architettura ed ingegneria (pag. 4);
- 3) a seguito di una diffida fatta a nome della Fondazione Inarcassa, un'atra Amministrazione, che aveva previsto il ribasso sui servizi di architettura ed ingegneria, ha proceduto alla rettifica del bando di gara, affermando che “È stato, inoltre, predisposto un avviso nel quale la Stazione Appaltante ha evidenziato che **il ribasso proposto dagli operatori economici partecipanti, non sarà applicato al corrispettivo dei compensi determinati per i servizi di ingegneria ed architettura, che saranno riconosciuti in modo diretto ai professionisti aggiudicatari della procedura**” (**all. 3**);

- 4) infine, sempre dopo una segnalazione della Fondazione Inarcassa, la Provincia di Cosenza ha annullato una procedura di gara nella quale era previsto, parimenti, il ribasso sul compenso spettante per i servizi di architettura ed ingegneria (**all. 4**).

In altri termini, alla luce della nuova legge sull'equo compenso, è preclusa alle amministrazioni la possibilità di chiedere un ribasso sui compensi spettanti ai professionisti iscritti ad ordini professionali, rispetto ai minimi previsti dai parametri ministeriali, essendo, eventuali clausole siffatte, radicalmente nulle.

A mente della recente sentenza del TAR Veneto, sez. III, n. 632 del 03/04/2024, *“Come è noto, con l'approvazione della legge 21 aprile 2023, n. 49, pubblicata sulla G.U. 5 maggio 2023, n. 104 (ed entrata in vigore in data 20 maggio 2023), il legislatore ha riscritto le regole in materia di compenso equo per le prestazioni professionali con l'intento di incrementare le tutele per quest'ultime, garantendo la percezione, da parte dei professionisti, di un corrispettivo equo per la prestazione intellettuale eseguita anche nell'ambito di quei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino nella posizione di “contraenti deboli”. Più nel dettaglio, la novella normativa, che trova applicazione in favore di tutti i professionisti, a prescindere dalla loro iscrizione ad un ordine o collegio, ha previsto (art. 1) che per compenso equo deve intendersi la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti [...] Il successivo articolo 2, inoltre, ha specificato che la legge in esame trova applicazione ai rapporti professionali fondati sulla prestazione d'opera intellettuale ex art. 2230 c.c., regolamentati da convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività professionali prestate a favore di imprese bancarie e assicurative, delle loro società controllate e delle loro mandatarie, imprese che, nell'anno precedente al conferimento dell'incarico, hanno occupato alle proprie dipendenze più di 50 lavoratori ovvero hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro e, infine, per le prestazioni rese in favore della Pubblica Amministrazione. Il legislatore ha quindi stabilito la nullità delle clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, come determinato dall'art. 2, introducendo una nullità relativa o di protezione che consente al professionista di impugnare la convenzione, il contratto, L'ESITO DELLA GARA, L'AFFIDAMENTO, la predisposizione di un elenco di fiduciari o comunque qualsiasi accordo che prevede un compenso iniquo innanzi al Tribunale territorialmente competente in base al luogo in cui ha la residenza per far valere la nullità della pattuizione, chiedendo la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale prestata con l'applicazione dei parametri previsti dai decreti ministeriali relativi alla specifica attività svolta dal professionista. Lo scopo della normativa in esame, come visto, è quello di tutelare i*

Via Filippo Cordova, 95 – 90143 - Palermo

Tel.: 091342807 – Fax: 0916260621

Email: rrotigliano@studiodilegalerotigliano.it – Pec: riccardo.rotigliano@legalmail.it

professionisti nell'ambito dei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino nella posizione di "contraenti deboli" ed emerge ulteriormente dalla previsione per la quale gli stessi ordini e i collegi professionali sono chiamati ad adottare disposizioni deontologiche volte a sanzionare il professionista che violi le disposizioni sull'equo compenso [...] Nell'ipotesi in esame, l'interpretazione letterale e teleologica della legge n. 49/2023 depono in maniera inequivoca per la sua applicabilità alla materia dei contratti pubblici. Come già esposto, infatti, il legislatore, al dichiarato intento di tutelare i professionisti intellettuali nei rapporti contrattuali con "contraenti forti" ha espressamente previsto l'applicazione della legge anche nei confronti della Pubblica Amministrazione e ha riconosciuto la legittimazione del professionista all'impugnazione del contratto, dell'esito della gara, dell'affidamento qualora sia stato determinato un corrispettivo qualificabile come iniquo ai sensi della stessa legge. Non a caso, l'art. 8, d.lgs. n. 36/2023, oggi prevede che le Pubbliche Amministrazioni, salvo che in ipotesi eccezionali di prestazioni rese gratuitamente, devono garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso nei confronti dei prestatori d'opera intellettuale. Sul piano letterale e teleologico, pertanto, gli elementi sopra evidenziati depongono in maniera chiara per l'applicabilità delle previsioni della legge n. 49/2023 anche alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 50 del 2016; diversamente opinando, l'intervento normativo in questione risulterebbe privo di reale efficacia sul mercato delle prestazioni d'opera intellettuale qualora il legislatore avesse inteso escludere i rapporti contrattuali tra i professionisti e la Pubblica Amministrazione che, nel mercato del lavoro attuale, rappresentano una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi per la prestazione di tale tipologia (si ricorda, a titolo esemplificativo, che con riferimento al 2021 l'Anac, in un periodo ancora condizionato dall'emergenza pandemica, ha stimato in circa 70 miliardi di euro il valore totale degli appalti di servizi aggiudicati dalle Pubbliche Amministrazioni). Il Collegio ritiene, poi, che sia comunque applicabile, anche successivamente all'entrata in vigore della legge n. 49/2023, il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in ragione del rapporto qualità/prezzo. Infatti, mediante l'interpretazione coordinata delle norme in materia di equo compenso e del codice dei contratti pubblici (nel caso in esame, del d.lgs. n. 50/2016, ma il ragionamento è analogo anche con riguardo al d.lgs. n. 36/2023) si può affermare che il compenso del professionista sia 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 è 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, è 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 deve ritenersi non ribassabile 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, è 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. Siffatta conclusione, oltre ad assicurare la coerente e coordinata applicazione dei due testi normativi, consente di escludere che la legge n. 49/2023 produca di per sé effetti anti concorrenziali o in contrasto con la disciplina dell'Unione Europea (profilo che sarà esaminato più ampiamente nel prosieguo dell'esposizione). Si osserva, infatti, che escludere la proposizione di offerte economiche al ribasso sulla componente del prezzo rappresentata dai "compensi" non è un ostacolo alla concorrenza o alla libertà di circolazione e di stabilimento degli operatori economici, ma al contrario rappresenta una tutela per questi ultimi, 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 [...] deve essere evidenziato come la Stazione appaltante abbia espressamente richiamato la legge n. 49/2023 nell'ambito del controllo sull'anomalia dell'offerta del Raggruppamento aggiudicatario: tale richiamo non può essere derubricato ad un mero "aver tenuto conto", come affermato dalla Stazione appaltante, posto che l'Amministrazione non è chiamata a tenere conto discrezionalmente di una legge in vigore, ma a darvi rigorosa applicazione. Ma ciò che è dirimente osservare è che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Stazione appaltante e dal Raggruppamento aggiudicatario, la disciplina di gara deve ritenersi essere stata eterointegrata dalla legge n. 49/2023 [...] Nel caso in esame, il bando di gara non ha previsto, espressamente, l'applicazione della legge sul c.d. "equo compenso" e non ha precluso la formulazione di offerte economiche al ribasso sulla componente "compenso" del prezzo stabilito; tale lacuna, con riferimento ad un profilo sottratto alla libera disponibilità della Stazione appaltante, deve ritenersi integrata dalle norme imperative previste dalla legge n. 49/2023 che, come visto, ha stabilito la nullità delle clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata. Il fatto che il combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3, l. n. 49 del 2023 integrino un'ipotesi di norma imperativa, non può, ad avviso del Collegio essere messo in dubbio. Premesso che la già ricordata previsione testuale della nullità rappresenta, quantomeno, un indizio "forte", al riguardo, occorre ricordare come, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, «il focus

dell'indagine sulla imperatività della norma violata si appunta ora sulla natura dell'interesse leso che si individua nei preminenti interessi generali della collettività» (Cass. civ., Sez. Un., 15 marzo 2022 n. 8472). Nel caso di specie, l'imperatività della normativa in esame è associata non solo, come detto, alla previsione testuale della nullità, ma anche al fatto che lo scopo del provvedimento è quello di assicurare al professionista un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, sia in sostanziale attuazione dell'art. 36 Cost., sia per rafforzare la tutela dei professionisti nel rapporto contrattuale con specifiche imprese, che per natura, dimensioni o fatturato, sono ritenute contraenti forti, ovvero, per quanto in questa sede di interesse, con la P.a. A tale riguardo, con particolare riguardo alle procedure di evidenza pubblica, è chiaro come non possono non venire in preminente rilievo anche i principi di imparzialità e buon andamento della P.a.: sarebbe irragionevolmente discriminatorio se i limiti imposti dalla normativa in esame non fossero rispettati, in modo particolarmente cogente, proprio dalla P.a. nell'ambito delle gare, laddove vengono in gioco anche interessi generali ulteriori correlati alla tutela della concorrenza e della par condicio dei concorrenti in gara. In questo senso, con specifico riguardo alla rilevanza della disciplina sull'equo compenso nell'ambito delle procedure di gara, in combinato disposto con le previsioni contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016, il Collegio ritiene che la natura relativa o di "protezione" della nullità in questione, così come emergente dall'art. 3, comma 4, l. n. 49 del 2023 (laddove prevede che «la nullità delle singole clausole non comporta la nullità del contratto, che rimane valido ed efficace per il resto. La nullità opera solo a vantaggio del professionista ed è rilevabile d'ufficio») non possa comportare l'irrilevanza della violazione dei compensi minimi in sede di gara. Infatti, la norma in questione è di portata generale, ed è chiaramente pensata, in particolare, in funzione della già avvenuta stipula del contratto con il professionista, nell'ambito, quindi, del rapporto contrattuale con lo stesso instaurato. D'altronde, pur non contenendo la normativa in esame una previsione puntuale in ordine alle conseguenze derivanti dalla violazione in esame nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, è evidente che, in considerazione delle finalità di carattere generale sopra evidenziate, e, in particolare, al fine di garantire il puntuale rispetto del principio di imparzialità e buon andamento dell'attività della P.a., nonché dei principi anche eurolunitari alla base delle procedure ad evidenza pubblica medesime, non può ammettersi un'aggiudicazione in palese violazione di una norma imperativa, ancorché nell'ambito del rapporto contrattuale "a valle" la nullità del contratto possa essere dedotta solo dal professionista. Diversamente, infatti, si rischierebbe, proprio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, una pericolosa eterogenesi dei fini: 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 [...] È evidente

d'altronde, che ciò porterebbe ad un aggiramento del principio di tendenziale immutabilità dell'offerta anche in sede di esecuzione del contratto pubblico. In questo senso, allora, la nullità relativa o di protezione si può ritenere giustificata proprio in relazione ai casi in cui il professionista è 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, nell'ambito di gare, come quella in esame, dove la violazione della normativa sull'equo compenso non è imposta dalla P.a., ma dipende da una volontaria scelta dell'operatore economico al fine di ottenere l'aggiudicazione superando gli altri concorrenti, la natura "relativa" della nullità non può rivestire alcun rilievo, l'imperatività della normativa medesima imponendo, al contrario, un effetto escludente delle offerte con la stessa in contrasto [...] la Stazione appaltante ha determinato, ai sensi del D.M. 17 giugno 2016, il corrispettivo da porre a base di gara, distinguendo i compensi da riconoscere all'aggiudicatario dalle spese e dagli oneri accessori; il compenso, determinato in tal modo, doveva essere ritenuto non ribassabile dall'operatore economico partecipante alla gara, trattandosi di "equo compenso" ai sensi della legge n. 49/2023, in ragione della piena coincidenza dei criteri di calcolo previsti dal D.M. 17 giugno 2016 e di quello adottato ai sensi dell'art. 9, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 per la liquidazione giudiziale dei compensi del professionista. In tale quadro, nonostante la modulistica di gara prevista dalla Stazione appaltante, ciascun concorrente è stato posto in condizioni di formulare la propria offerta economica nella consapevolezza che il ribasso percentuale offerto, a seconda della sua entità, avrebbe potuto erodere i compensi equi stabiliti dall'Amministrazione. Qualora quest'ultima avesse compiuto la semplice verifica aritmetica esposta dal ricorrente, avrebbe potuto accertare agevolmente che l'offerta economica del Raggruppamento aggiudicatario era stata formulata in violazione della legge sull'equo compenso. Infatti, la stessa Stazione appaltante, con riferimento al "Lotto n. 1 - P.O. San Donà di Piave" (Valore appalto € 1.107.850,00, art. 3.2 disciplinare) aveva stabilito l'importo di € 633.920,00 per la progettazione definitiva e € 473.930,00 per la progettazione esecutiva; nel totale del lotto il compenso per l'attività di progettazione era pari a € 969.451,31 (€ 554.730,58 + 414.720,73) mentre le spese e gli oneri ammontavano complessivamente a € 138.389,17. Con riferimento, invece, al Lotto n. 2 P. O. Portogruaro (Valore Appalto € 1.099.470,00, art. 3.2 disciplinare), la lex specialis aveva stabilito l'importo di € 629.280,00 per la progettazione definitiva e di € 470.190,00 per la progettazione esecutiva; nel totale il compenso per l'attività di progettazione era pari a € 960.965,31 (550.006,44 + 410.958,87), mentre le spese e gli oneri ammontano a € 138.499,12, pari al 14,41%. Il Raggruppamento aggiudicatario ha offerto, con riferimento al Lotto n. 1, un ribasso del 40,500 %, con la conseguenza che l'importo complessivo offerto (pari ad euro 659.170,75, comprensivi anche delle spese generali e degli oneri accessori) era evidentemente inferiore alla sola voce dei compensi determinata dall'Amministrazione nella misura di € 960.965,31 [...] Da quanto esposto,

deriva che l'aggiudicazione e gli atti di gara impugnati sono illegittimi, nei limiti sopraindicati, nella parte in cui la Stazione appaltante, in ragione della proposizione di una offerta economica formulata in violazione della legge n. 49/2023, non ha escluso dalla procedura il raggruppamento controinteressato e ha aggiudicato allo stesso l'appalto in oggetto".

Quanto diffusamente rilevato dal TAR Veneto, nella citata sentenza – nella parte in cui viene rilevato il contrasto con la legge sull'equo compenso -, è, nella sostanza, riferibile anche al caso di specie. Codesta Amministrazione affiderà il servizio, nonostante l'offerta presentata sarà inferiore alla voce relativa al compenso (equo ed irrinunciabile) stimato dalla stessa Stazione Appaltante; violando, per ciò solo, la norma imperativa di cui alla l. n. 49/2023.

Tanto premesso,

si intima e diffida Codesta Amministrazione a voler annullare in autotutela il bando di gara in oggetto o, comunque, a volerlo emendare dalle illegittimità rilevate, entro 10 giorni dal ricevimento della presente. Si avverte che, in caso di perdurante inerzia, si procederà senza ulteriore avviso alla notifica di un esposto all'ANAC.

Distinti saluti.

Palermo, 22 maggio 2024.

Avv. Riccardo Rotigliano



Data: 22 maggio 2024, 10:56:59
Da: Posta Certificata Legalmail <posta-certificata@legalmail.it>
A: riccardo.rotigliano@legalmail.it
Oggetto: CONSEGNA: Diffida gara CIG: B1AAFE8FAF
Allegati: postacert.eml (5.1 MB) **Messaggio di posta elettronica**
dati-cert.xml (1.0 KB)
smime.p7s (9.1 KB)

Ricevuta di avvenuta consegna

Il giorno 22/05/2024 alle ore 10:56:59 (+0200) il messaggio "Diffida gara CIG: B1AAFE8FAF" proveniente da "riccardo.rotigliano@legalmail.it" ed indirizzato a "comgenio@postacert.difesa.it" è stato consegnato nella casella di destinazione.

Questa ricevuta, per Sua garanzia, è firmata digitalmente e la preghiamo di conservarla come attestato della consegna del messaggio alla casella destinataria.

Identificativo messaggio: 31D75834.036A1538.9F84979E.2D657642.posta-certificata@legalmail.it

Delivery receipt

The message "Diffida gara CIG: B1AAFE8FAF" sent by "riccardo.rotigliano@legalmail.it", on 22/05/2024 at 10:56:59 (+0200) and addressed to "comgenio@postacert.difesa.it", was delivered by the certified email system.

As a guarantee to you, this receipt is digitally signed. Please keep it as certificate of delivery to the specified mailbox.

Message ID: 31D75834.036A1538.9F84979E.2D657642.posta-certificata@legalmail.it

Messaggio di posta elettronica allegato :	postacert.eml
---	---------------

Data: 22 maggio 2024, 10:56:46
Da: riccardo.rotigliano@legalmail.it <riccardo.rotigliano@legalmail.it>
A: comgenio@postacert.difesa.it
Oggetto: Diffida gara CIG: B1AAFE8FAF
Allegati: all. 1).pdf (1.3 MB)
all. 2).pdf (1.3 MB)
all. 3).pdf (637.9 KB)
all. 4).pdf (1004.7 KB)
20240522 Fondazione c. Ministero della Difesa.pdf (933.5 KB)

Si allega alla presente la diffida in oggetto e gli allegati ivi citati.

Distinti saluti.

Avv. Riccardo Rotigliano

