



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI



presso il
Ministero della Giustizia

U-DC/23

Circ. CNI n. 98/XX Sess./2023

Ai Presidenti degli Ordini Territoriali degli
Ingegneri

Ai Presidenti delle Federazioni e delle
Consulte degli Ordini degli Ingegneri

LORO SEDI

Oggetto: Nuovo Codice dei contratti pubblici – **procedure di affidamento diretto ai sensi degli articoli 17 e 50 del decreto legislativo 31/03/2023 n.36** – conseguenze in materia di equo compenso - informativa

Caro Presidente,

con la presente intendiamo formulare una serie di considerazioni in tema di procedure di affidamento diretto nel settore dei contratti pubblici, ai sensi del **decreto legislativo 31 marzo 2023 n.36** (“*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022 n.78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.*”), che riteniamo possano risultare di utilità per tutti i Colleghi interessati dalla nuova disciplina, nonché per le Pubbliche Amministrazioni.

Come noto, l’introduzione di un “compenso equo” per le Professioni intellettuali era da tempo un’esigenza profondamente sentita nella società civile¹.

Adesso con l’**art.1, comma 1**, della legge n.49/2023 stabilisce espressamente il diritto del professionista ad un compenso “*proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale*”.

Il principio dell’equo compenso è uno strumento per la valorizzazione sociale e la tutela dei liberi-professionisti italiani che il Legislatore ha inteso difendere nei confronti degli operatori “forti” del mercato. La legge non introduce affatto “minimi tariffari”, ma muove dal presupposto di soddisfare l’esigenza, di matrice costituzionale, di tutela della dignità del lavoro del professionista intellettuale, al pari di qualunque altro lavoratore.

¹ Da ultimo, a proposito della Categoria degli Avvocati, ma stabilendo un principio di portata generale – con riferimento alla disciplina previgente alla legge n.49/2023 – il Consiglio di Stato aveva dichiarato la illegittimità della condotta di un Comune che aveva indetto una procedura per selezionare un professionista, affermando (tra l’altro) che: “...in quanto, pur essendo stata prevista la corresponsione di un compenso, la scelta del professionista è avvenuta avuto riguardo al criterio del prezzo più basso, senza previo accertamento del rispetto dell’equo compenso, atto a tutelare non solo la categoria forense da fenomeni anticoncorrenziali, ma anche ad assicurare la qualità della prestazione...” (**Consiglio di Stato, V Sezione, 28 febbraio 2023 n.2084**).

Difatti, nel mercato dei servizi professionali il Parlamento ha individuato una categoria di soggetti contrattuali “forti” (fra i quali è espressamente inserita la Pubblica Amministrazione) a fronte dei quali il professionista, *per definizione*, è privo di una effettiva libera capacità negoziale e pertanto la sua posizione va tutelata, dettando un regime di invalidità (*sub specie della nullità*²) del contratto “non negoziato” che risponde, come detto, ad esigenze di natura pubblicistica, il cui valore è del tutto equivalente a quelle pro-concorrenziali.

Ancora, la disciplina del Codice del 2023, con l'introduzione del principio del “divieto di gratuita della prestazione intellettuale” di cui all'art. 8³ ed in forza del rinvio al DM 17 giugno 2016 operato dalla norma dell'**art.41**⁴, **comma 15**⁵, (per il tramite dell'Allegato I.13), non solo si colloca perfettamente nell'alveo della previsione di cui all'art.1, comma, 1 lettera *b*), della legge n. 49/2023 (che demanda a specifici regolamenti adottati con Decreti Ministeriali l'individuazione dei parametri di riferimento), ma ne rappresenta anche una coerente attuazione.

Per effetto della riforma, i parametri di cui al citato DM rappresentano la base per la determinazione di un compenso equo (nel senso di cui sopra), in quanto tale non derogabile in senso riduttivo e/o peggiorativo nel *quantum*.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha chiarito la natura giuridica del c.d. “**affidamento diretto**”, definito (dall'**art.3, comma 1, lettera d**), dell'**Allegato I.1** del citato decreto legislativo) come: “*l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice;*”.

Da tale definizione emerge l'esplicita e piena esclusione dell'inquadramento dell'affidamento diretto fra le “*procedure di gara*”, nonché la centralità della “discrezionalità” della stazione appaltante nella scelta dell'operatore economico aggiudicatario (nonché futuro contraente).

Nella relazione al Codice si segnala espressamente che tale novità definitoria ha la finalità di chiarire che “*non si tratta di una procedura di gara, neanche nel caso di previo interpello di più operatori economici, il che, nell'ottica di scongiurare il rischio della 'burocrazia difensiva', segna anche il definitivo superamento dell'indirizzo giurisprudenziale che, in caso di affidamento diretto 'comparativo', ha ritenuto applicabile l'art.353-bis c.p.*⁶”.

Sul piano della disciplina sostanziale, il d.lgs. n. 36/2023, ponendo al centro del procedimento la discrezionalità assegnata alla Pubblica Amministrazione, formalizza quanto, invero, già noto nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici⁷, ossia che la scelta dell'operatore

² Si v. l'art.3 (“Nullità delle clausole che prevedono un compenso non equo”) della legge n.49/2023.

³ L'art. 8 comma 2 del d.lgs n. 36/2023 dispone che: “*Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso.*”.

⁴ Rubricato “*Livelli e contenuti della progettazione.*”.

⁵ Si riporta di seguito il testo del **comma 15 dell'art.41 d.lgs. n.36/2023**: “15. 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. In sede di prima applicazione del presente codice, l'allegato I.13 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.”.

⁶ Rubricato “*Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.*”.

⁷ Il decreto legislativo 18 aprile 2016 n.50.

affidatario diretto non deve avvenire sulla base dei criteri di aggiudicazione tipizzati dal Legislatore (offerta economicamente più vantaggiosa, nelle sue molteplici varianti, oppure criterio del prezzo più basso) che, di contro, sono necessari nel caso di attivazione di procedure negoziate.

Se ne rinviene una puntuale conferma nella previsione di cui all'art. 50, comma 4, del d.lgs. n.36/2023, ai sensi del quale: *“Per gli affidamenti di cui al comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei relativi appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso, ad eccezione delle ipotesi di cui all'articolo 108, comma 2”*.

Così come delineato, l'affidamento diretto è pienamente compatibile con l'applicazione dell'equo compenso di cui alla successiva **legge 21 aprile 2023 n.49** (*“Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali”*)⁸.

Il Consiglio Nazionale ha più volte evidenziato che il rapporto fra le esigenze di tutela del lavoro professionale e quelle pro-concorrenziali non può certamente risolversi con una acritica prevalenza di queste ultime a dispetto delle prime. Di contro, ed a maggior ragione, in un sistema ordinamentale basato su principi fondamentali enunciati dal Codice dei contratti (fra i quali vi è anche quello dell'equo compenso e dove la concorrenza assume un ruolo strumentale alla soddisfazione del “risultato”), la soluzione va rinvenuta nella ricerca di un costante equilibrio fra i corrispondenti valori di cui i principi richiamati sono espressione.

Va ricordato che l'**articolo 108** del **d.lgs. n.36/2023** fa “salve” (comma 1) *“le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici”* e dunque anche le disposizioni di cui alla legge n. 49/2023.

Logico corollario è che **non è possibile procedere all'aggiudicazione di commesse aventi ad oggetto l'esecuzione di prestazioni intellettuali sulla base del massimo ribasso**, in quanto la base d'asta determinata secondo il combinato disposto normativo di cui alla legge n. 49/2023 e al d.lgs. n.36/2023, costituisce già il compenso equo.

Come detto, per la procedura dell'affidamento diretto il Codice dei contratti pubblici non prevede l'applicazione dei criteri di aggiudicazione di cui all'art. 108 d.lgs. n.36/2023, ma questo ovviamente non esclude, ma piuttosto rafforza l'idea della necessità di giungere, anche per questo tipo procedurale, ad una individuazione dell'affidatario **sulla base di criteri “qualitativi” e non meramente economici**.

Più precisamente, anche per gli affidamenti diretti, la selezione incentrata esclusivamente su “criteri quantitativi” di ribasso economico - qualora conducesse alla determinazione di un compenso in favore del professionista inferiore al “compenso equo” come determinato ai sensi della legge n.49/2023 - dovrà ritenersi per ciò solo illegittima.

D'altra parte, anche in caso di aggiudicazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul rapporto qualità/prezzo, è previsto dal **comma 5 dell'art.108 d.lgs. n.36/2023** che: *“L'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 1, può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi”*.

Costituisce senza dubbio una vittoria delle Professioni e di tutti i liberi-professionisti l'inserimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici dell'**art.8⁹, comma 2**, che afferma

⁸ Su cui v. la **circolare CNI 7/06/2023 n.47**, pubblicata sul sito Internet istituzionale.

⁹ Rubricato *“Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito.”*.

espressamente e recisamente che: **“Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso.”**

È noto, infatti, il deprecabile fenomeno¹⁰ per cui alcune Amministrazioni – in un recente passato – hanno provato più volte a mettere a gara affidamenti di servizi professionali, prevedendo una remunerazione simbolica o addirittura inesistente per i liberi-professionisti partecipanti.

Premesso, dunque, che - ai sensi di una lettura combinata e logicamente allineata delle previsioni di cui all'art.8 del Codice dei contratti pubblici e della legge n. 49/2023 - l'equo compenso rappresenta un diritto non comprimibile del professionista intellettuale, anche l'affidamento diretto deve perfezionarsi sulla base di criteri esclusivamente qualitativi una volta che il valore della commessa, così come stimato dalla stazione appaltante, sia di pari al “compenso equo”.

Va ricordato, in questo contesto, che - ad avviso del Consiglio Nazionale - **sfugge al divieto di ribasso la componente economica delle spese stimate dell'incarico professionale**, in quanto esse non sono propriamente inquadrabili come “compenso”.

In estrema sintesi, per le Professioni intellettuali, il ribasso economico è un criterio di selezione oramai recessivo, che trova un limite nel rispetto del principio dell'equo compenso, determinato ai sensi della legge n. 49/2023, cui non si può derogare.

Qualora ciò si verificasse, si violerebbe uno dei principi fondamentali dello speciale ordinamento dei Contratti pubblici, ovvero il principio del compenso equo.

Come evidenziato in precedenza, la ricerca dell'equilibrio fra l'interesse alla tutela e valorizzazione della professione intellettuale e l'interesse pro-concorrenziale sfocia inevitabilmente nella **valorizzazione del criterio tecnico-qualitativo di selezione dell'operatore, escludendo la praticabilità di gare incentrate sul massimo ribasso dell'offerta economica**.

In proposito va rammentato come l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nella Delibera 20 luglio 2023 n.343 (allegata alla **circolare CNI 10/10/2023 n.93**¹¹), ha espressamente riconosciuto che: *“In base alla nuova disciplina dell'equo compenso recata dalla legge 49/2023, nei servizi di ingegneria e architettura non è consentita la fissazione di un corrispettivo inferiore rispetto a quello risultante dall'applicazione delle tabelle ministeriali.”*

In particolare, l'ANAC chiarisce che: *“per i servizi di ingegneria ed architettura, 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.”*

In base a tali inequivoche conclusioni va evidenziato che la difficoltà a raggiungere l'equilibrio sopra menzionato viene meno nelle procedure di affidamento diretto, per le quali il valore della “concorrenzialità” intesa come confronto competitivo, per espressa definizione legislativa, perde importanza, non essendo un'ordinaria procedura di gara.

L'affidamento diretto, infatti, non rientra, per definizione, in quelle che il Legislatore identifica come procedure di gare e pertanto non è soggetto ai criteri di aggiudicazione propri delle procedure ordinarie.

¹⁰ In quanto salito spesso all'onore delle cronache, per l'eco che ha avuto la vicenda.

¹¹ Pubblicata sul sito Internet www.cni.it.

D'altra parte, nelle procedure di affidamento diretto, la richiesta della stazione appaltante, di ottenere preventivi economici da una pluralità di diversi operatori, risulterebbe priva di reale utilità. Difatti, i compensi per i professionisti sono stabiliti in base al DM 17 giugno 2016, che non ammette e non consente alcuna possibilità di ulteriore ribasso.

Pertanto, l'eventuale richiesta di un numero indeterminato di preventivi porterebbe la stazione appaltante a ricevere un insieme di proposte pressoché identiche, ad eccezione di quelle che potrebbero violare il principio dell'equo compenso. Questo vale soprattutto per la stima degli onorari, dove le uniche possibili differenze riguardano solamente le spese previste.

Tale situazione comporterebbe notevoli difficoltà nella scelta tra le varie proposte, nonché nella giustificazione della relativa opzione, con l'evidente impossibilità di motivare la propria scelta¹², qualora venissero richiesti agli operatori esclusivamente preventivi di natura "economica".

In conclusione - nei casi di ricorso all'affidamento diretto di servizi di ingegneria ed architettura - l'assenza di una procedura concorrenziale e la necessaria prevalenza del principio dell'equo compenso, ad opinione del Consiglio Nazionale, porta a ritenere "non utilizzabile" un criterio di "individuazione" dell'affidatario incentrato sul solo "prezzo" della prestazione e questo non solo per l'affievolimento (rispetto alle gare propriamente intese) delle esigenze concorrenziali, ma anche (e in particolare) per la fisiologica incapacità di efficacemente selezionare, e dunque per la pratica inutilità, di una procedura incentrata esclusivamente sul parametro economico.

Si confida che il presente contributo di analisi, di studio e di approfondimento della nuova disciplina possa risultare di utilità per tutti gli operatori del settore, per i liberi-professionisti come per i Responsabili Unici del Progetto (RUP) delle stazioni appaltanti.

Si invitano i destinatari a diffondere nel proprio ambito territoriale la presente circolare e i principi in materia di applicabilità dell'equo compenso nelle procedure di gara secondo il nuovo Codice dei contratti pubblici, soprattutto al fine di contrastare prassi applicative errate ed interpretazioni delle Pubbliche Amministrazioni in contrasto con le indicazioni qui formulate.

Cordiali saluti.

IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
(ing. Giuseppe M. Margiotta)

IL PRESIDENTE
(ing. A. Domenico Perrini)

MC2010Circ

¹² Obbligo implicitamente richiesto dall'art.3, comma 1, lettera d), dell'Allegato I.1 al Codice, nella parte in cui richiama la natura discrezionale della scelta.