

Determinazione n. 4 del 29/03/2007

Indicazioni sull'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e della legge 4 agosto 2006, n. 248.

Il Consiglio

Considerato in fatto

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 248/2006, di conversione del Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223, sono pervenuti all'Autorità numerosi quesiti da parte delle Associazioni di Categoria, Ordini ed Albi Professionali e stazioni appaltanti circa il regime dei compensi professionali per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura.

Data la rilevanza delle questioni prospettate, l'Autorità ha proceduto ad effettuare apposite audizioni con i rappresentanti degli Ordini Professionali, dell'Organizzazione delle Società di Ingegneria e con i rappresentanti delle stazioni appaltanti e del Ministero della Giustizia.

In particolare, alcuni Ordini Professionali hanno rilevato l'inapplicabilità della abolizione dei minimi inderogabili delle tariffe professionali, disposta dall'articolo 2, della legge n. 248/06, agli appalti rientranti nell'ambito applicativo del D.lgs. 163/2006 (d'ora innanzi "Codice").

Le stazioni appaltanti hanno rappresentato difficoltà applicative in relazione alle modalità di valutazione delle offerte anomale e chiesto chiarimenti circa la possibilità di continuare ad applicare agli affidamenti in questione il comma 12-bis, dell'articolo 4, del decreto legge 2 marzo 1989 n. 65, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, che consente di ribassare i corrispettivi minimi fino al 20%. Inoltre, hanno segnalato gli elevati ribassi registrati nelle prime gare effettuate applicando la suindicata nuova normativa.

Ritenuto in diritto

In data 4 luglio 2006 è stato pubblicato il decreto legge 223/2006 che, all'articolo 2, comma 1, ha disposto che ".....sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti;.....".

In sede di conversione del suddetto decreto, da parte della legge 4 agosto 2006, n. 248, la disposizione è stata così modificata alla lettera a): l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero". Inoltre, è stata aggiunta al comma 2 del medesimo articolo 1, la seguente disposizione: "nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali".

L'articolo 92, comma 2, ultimo periodo del Codice, entrato in vigore il 1 luglio 2006, dispone che: "I corrispettivi sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo."

Disposizioni analoghe sono contenute nell'articolo 92, comma 4, nell'ultimo periodo del comma 3, dell'articolo 53, del Codice stesso.

Appare evidente come le disposizioni sopra citate disciplinano in modo confliggente il regime dei corrispettivi per le attività libero professionali ed intellettuali. Tuttavia, poiché le due fonti normative citate sono di pari grado, ma emanate in momenti diversi, detta antinomia deve essere risolta ricorrendo al criterio cronologico previsto dall'articolo 15, delle disposizioni preliminari del Codice Civile, dalla cui applicazione deriva che l'articolo 2, del D.L. 223/2006, convertito nella legge 248/2006, emanato successivamente, prevale

sulle norme contenute nel D.lgs. 163/2006 per sopravvenuta regolamentazione della materia già disciplinata da fonte anteriore (si veda una prima conferma, se pure indiretta, nella giurisprudenza in TAR Marche, 19/07/2006, n. 632).

Né si può sostenere che le disposizioni citate del D.lgs. 163/2006 costituiscano norma speciale rispetto all'articolo 2, della legge 248/2006. Dal punto di vista oggettivo, infatti, le "attività libero professionali e intellettuali" cui si riferisce il decreto Bersani, sono tutte le attività professionali o servizi professionali, compresi i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, nonché le attività tecnico-amministrative connesse; tale interpretazione è confermata dal diritto comunitario, i cui principi sono richiamati nella disposizione in esame, ed in particolare dall'articolo 50, del Trattato che precisa che i servizi comprendono, tra l'altro, le attività di libera professione. Inoltre, l'affidamento di tali servizi da parte delle amministrazioni aggiudicatrici è disciplinato dalle direttive comunitarie di settore.

Pertanto, a favore di tale interpretazione depone anche il comma 2, dell'articolo 2, della legge 248/2006, che fa esplicito riferimento alle procedure ad evidenza pubblica.

Né può condurre a conclusioni diverse il divieto di abrogazione implicita contenuto nell'articolo 255, comma 1, del Codice: sia la dottrina che la giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost. sentenza 13 gennaio 1972, n. 4) hanno precisato che il fatto stesso che tali clausole "di resistenza" siano disposte da fonti subordinate alla Costituzione porta ad escludere che le norme cui si riferiscono possano resistere agli effetti abrogativi determinati da leggi incompatibili. Nessuna fonte subcostituzionale può infatti attribuirsi potenzialità normative maggiori a quelle peculiari del tipo a cui appartiene.

Pertanto, in considerazione delle innovazioni legislative sopra richiamate, sono da considerare implicitamente abrogati l'ultimo periodo del comma 2, dell'art. 92, il comma 4, dell'art. 92, del Codice (i corrispettivi determinati ai sensi del Decreto del Ministero della Giustizia 04/04/2001 sono minimi inderogabili) e l'ultimo periodo del comma 3, dell'art. 53 (le spese di progettazione esecutiva sono minimi inderogabili). Attualmente, l'applicazione di tale ultima disposizione è sospesa fino al 1 agosto 2007, per effetto del D.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6. Tuttavia, può considerarsi implicitamente abrogata la identica disposizione, applicabile fino al 1 agosto 2007, contenuta nell'articolo 19, comma 1-ter, della legge 109/94.

Per quanto riguarda il DPR 21 dicembre 1999 n. 554, le disposizioni di cui all'art. 62, e quelle di cui all'art. 210, che prevedono rispettivamente che "la quota del corrispettivo complessivo riferita alla progettazione è determinata sulla base delle percentuali ed aliquote di prestazioni parziali previste dalle vigenti tariffe professionali....." e che "i compensi spettanti ai collaudatori non appartenenti all'organico della stazione appaltante per l'effettuazione del collaudo e della revisione degli atti contabili, si determinano applicando le tariffe professionali degli ingegneri ed architetti...." si devono intendere nel senso che gli importi così determinati non sono più da considerare come minimi inderogabili.

Stante, quindi, l'asserita applicabilità dell'articolo 2, della legge 248/2006, anche al settore degli affidamenti di servizi di ingegneria e di architettura disciplinati dal Codice, si ritiene opportuno affrontare le problematiche applicative derivanti dall'abrogazione dei minimi tariffari.

Innanzitutto, va precisato che la questione qui trattata non riguarda gli incarichi di progettazione interna all'amministrazione, in quanto i dipendenti non percepiscono un compenso professionale per le attività richieste dall'amministrazione stessa, ma un mero compenso incentivante. Quindi le previsioni del codice dei contratti (art. 92, comma 5) in merito alla percentuale da destinare ai dipendenti interni all'amministrazione per le attività di progettazione, direzione lavori e collaudo rimangono in vigore.

Per quanto riguarda, poi, l'importo stimato da porre a base di gara, si deve anzitutto ribadire quanto già affermato nella determinazione di questa Autorità 19 gennaio 2006, n. 1, circa la necessità che le stazioni appaltanti indichino nelle procedure di conferimento degli incarichi gli elementi essenziali della prestazione ed in particolare l'importo stimato, dovendosi ritenere insufficiente il semplice richiamo all'applicazione delle tariffe professionali da effettuarsi ex post, ancor più alla luce dell'abrogazione dei minimi tariffari.

Si deve, poi, tenere presente che prima dell'entrata in vigore della legge 248/2006, in presenza di tariffe minime stabilite per legge, le gare per gli affidamenti prevedevano il

ribasso soltanto sulle spese per l'espletamento dell'incarico. Con l'abolizione dei minimi tariffari, il ribasso riguarda ora l'intero importo della prestazione (onorario più le spese).

Per quanto riguarda le modalità di definizione dell'importo stimato dell'appalto, l'articolo 2, comma 2, della legge 248/2006, indica quale criterio per individuare l'importo da porre a base di gara le vigenti tariffe "ove motivatamente ritenute adeguate". Al riguardo si deve richiamare il principio di adeguatezza previsto dal secondo comma, dell'articolo 2233, del Codice Civile, che stabilisce che "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione". Ciò significa che per gli affidamenti di servizi di architettura ed ingegneria, le stazioni appaltanti possono legittimamente determinare il corrispettivo a base d'asta applicando il D.M. 4 aprile 2001, che è richiamato dall'articolo 253, comma 17, del Codice e la cui validità è stata confermata dalla Corte Costituzionale con ordinanza n. 352 del 2006.

In relazione alla questione dell'applicabilità del comma 12-bis, dell'articolo 4, del decreto legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 1989, n. 155 - disposizione citata espressamente dall'articolo 92, comma 4, del Codice - si ritiene che la riduzione del 20% disposta dalla norma in questione non abbia più rilevanza alcuna in relazione al fatto che l'importo effettivo verrà stabilito dal mercato (in sede di gara).

Sono state, poi, segnalate ulteriori problematiche connesse alla liberalizzazione delle tariffe e segnatamente, gli elevati ribassi e la valutazione delle offerte anomale.

Si deve premettere che le stazioni appaltanti possono affidare i servizi di ingegneria ed architettura sia con il criterio del prezzo più basso che con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche se tale ultimo criterio appare più indicato in relazione alla specificità ed alla complessità dei servizi in questione, la cui natura richiede spesso la valutazione aspetti qualitativi ed innovativi.

Negli affidamenti con il criterio del prezzo più basso, che ad oggi è pienamente utilizzabile stante la abolizione dei minimi tariffari, si rammenta che, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, è possibile, ai sensi dell'articolo 124, comma 8, del Codice, procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale individuate secondo il criterio previsto nell'articolo 86, comma 1, del Codice. Per gli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria si deve invece sempre applicare la procedura di valutazione delle offerte anomale prevista dagli articoli 86-88, del Codice.

In caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si applica per i contratti di qualsiasi importo, l'articolo 86, comma 2, sulla valutazione della congruità delle offerte. Sempre in relazione a tale criterio di aggiudicazione, al fine di evitare le problematiche rilevate in fase di scelta dell'esecutore della prestazione professionale, si suggerisce alle stazioni appaltanti di utilizzare i fattori ponderali indicati dal comma 3, dell'art. 64, del DPR 554/99, anche per gli appalti soprasoglia, ove possibile.

Si ritiene, infine, utile fornire alcune indicazioni circa gli aspetti procedurali delle gare per i servizi di architettura ed ingegneria, a seguito dell'entrata in vigore del Codice.

Per i servizi tecnici di importo inferiore ad euro 100.000, l'articolo 91, comma 2, del Codice dispone che detti incarichi possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ad operatori economici in possesso di specifiche qualificazioni economiche finanziarie e tecnico organizzative uguali a quelle previste per l'affidamento di contratti di pari importo mediante le procedure aperte, ristrette o negoziate con bando, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara (articolo 57, comma 6, del Codice) previa selezione di almeno cinque operatori economici da consultare se sussistono in tale numero soggetti idonei; l'affidamento all'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, determinate sulla base del criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Al riguardo si rinvia alle indicazioni formulate da questa Autorità con la citata determinazione 19.1.2006, n. 1.

Per completezza del tema in esame, si pone, infine, la rilevante questione dell'applicabilità agli incarichi di progettazione dell'art 125, del D.lgs. 163/2006, recante la disciplina di lavori, servizi e forniture "in economia", e in particolare della parte finale del comma 11, che per servizi (e forniture) di importo inferiore a ventimila euro, consente, l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

In merito a ciò, in linea generale, si osserva che difficilmente i servizi tecnici in materia di lavori pubblici possano essere ricompresi *tout court* tra i servizi in economia, sia perché

l'affidamento dei servizi tecnici è sottoposto a specifica ed autonoma disciplina, dove le regole si diversificano a seconda che l'importo stimato del compenso superi o meno la soglia di 100.000 euro, sia perché l'acquisizione in economia deve essere preceduta dall'assunzione di specifico provvedimento interno da parte di ciascuna stazione appaltante con cui essa individui i singoli servizi da acquisire con lo speciale metodo dell'economia, con riguardo alle proprie specifiche esigenze e in relazione all'oggetto ovvero in riferimento coerente alle categorie indicate dal comma 10, del detto art. 125.

Fermi restando tali limiti, dal combinato disposto degli articoli 91, comma 2, e 125, comma 11, del Codice, non si può tuttavia escludere che una stazione appaltante, in relazione alle proprie specifiche esigenze ed attività, possa ricomprendere nel regolamento interno per la disciplina della propria attività contrattuale, anche l'affidamento in economia dei servizi tecnici e, pertanto, per le prestazioni di importo inferiore a 20.000 euro, in base all'articolo 125, comma 11, del Codice, procedere alla scelta del tecnico mediante affidamento diretto. In tal caso il ribasso sull'importo della prestazione, stimato ai sensi del citato decreto del Ministro della Giustizia del 4 aprile 2001, viene negoziato fra responsabile del procedimento e l'operatore economico cui si intende affidare la commessa.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

a. E' dell'avviso che l'abrogazione dell'obbligatorietà dei minimi tariffari disposta dall'articolo 2, della legge 248/2006, si applica anche agli affidamenti di servizi di ingegneria ed architettura disciplinati dal D.lgs. 163/2006;

b. Ritiene che siano da considerarsi implicitamente abrogate le seguenti disposizioni del decreto legislativo 163/2006: l'ultimo periodo del comma 2, dell'art. 92, il comma 4, dell'art. 92 e l'ultimo periodo del comma 3, dell'art. 53;

c. Ritiene che le stazioni appaltanti possono legittimamente determinare il corrispettivo a base d'asta utilizzando il D.M. 4 aprile 2001, attualmente in vigore;

d. E' dell'avviso che non ha rilievo la norma richiamata dal comma 12 bis, dell'articolo 4, del decreto legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 1989, n. 155;

e. Ritiene che i servizi tecnici di importo stimato inferiore a 100.000 euro possano essere affidati dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 91, comma 2, del Codice, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, previa selezione di almeno cinque operatori economici da consultare se sussistono in tale numero soggetti idonei; al riguardo si rinvia anche alle indicazioni formulate da questa Autorità con la determinazione 19.1.2006, n. 1;

f. Ritiene che per i servizi tecnici di importo inferiore a 20.000 euro le stazioni appaltanti possono procedere mediante affidamento diretto, ai sensi del combinato disposto degli articoli 91, comma 2 e 125, comma 11, del Codice, previa indicazione dei servizi tecnici nel regolamento interno per la disciplina dell'attività contrattuale in economia.

I Consiglieri Relatori: Guido Moutier, Alessandro Botto

Il Presidente: Alfonso M. Rossi Brigante