amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Equo compenso e gare pubbliche per l'affidamento di servizi professionali nella prospettiva del risultato

di Giuseppe La Rosa

(Professore associato di diritto amministrativo)

Gianluigi Delle Cave

(Assegnista di ricerca in diritto amministrativo)

Sommario

1. Premesse e obiettivi dell'indagine. – 2. L'equo compenso: da principio… – 3. …a norma cogente. – 4. L'equo compenso nelle gare pubbliche: i controversi rapporti tra la l. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023. – 5. Una possibile diversa ricostruzione. – 6. L'applicabilità dell'OEPV alle gare di servizi di ingegneria e architettura. – 7. Considerazioni conclusive: l'equo compenso e gli appalti pubblici nella convergenza di interessi.

Abstract

The essay deals with the relations between the provisions set forth by Law No. 49/2023, relating the *equo compenso* and the provisions provided by the new Code of Public Contract. It aims at evaluating the possibility for the Public Authority to derogate the binding provisions laied down by the aforesaid Law No. 49, assigning public contracts, for professional services, having a total fee amount below the threshold indicated in the national regulation.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premesse e obiettivi dell'indagine[1]

La questione circa la giusta remunerazione per le prestazioni professionali rese a favore di un terzo si colloca al centro di esigenze tra loro assai eterogenee e talvolta anche in – almeno apparente – antitesi. Si fa riferimento all'interesse di colui il quale è chiamato a rendere la prestazione professionale, di quello relativo alla categoria di riferimento e, infine, all'interesse del committente, che nel caso in cui sia una pubblica amministrazione risulta strettamente connesso all'interesse pubblico dalla stessa perseguito. Ciascuno di questi interessi ha una propria autonomia sostanziale e, spesso, anche normativa e si pone in rapporto, talvolta, antitetico rispetto agli altri, sebbene non manchino tentativi legislativi di riequilibrio dei valori: una chiara prova si ricava dall'art. 2233, comma 2, c.c. che nello stabilire che "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione" sottende l'obiettivo di considerare il compenso non solo nella prospettiva individuale del prestatore d'opera, ma anche nella più ampia prospettiva della tutela del decoro e della dignità della categoria di riferimento.

Quanto al primo degli interessi sopra richiamati, ossia quello del professionista, sembra di immediata evidenza come esso consista nella remuneratività della prestazione. Tale interesse, peraltro, sembra rilevare non tanto (o, quantomeno, non solo) in una prospettiva meramente soggettiva (potremmo dire, etica o morale) del prestatore d'opera intellettuale, assumendo più propriamente rilievo nella dimensione economico/imprenditoriale dello stesso. Al di là della ontologica formale distinzione tra la figura del libero professionista e quella dell'imprenditore, mancando nel primo la necessità circa la componente organizzativa e l'apporto di lavoratori subordinati, che invece rappresenta la cifra distintiva del secondo, ai sensi dell'art. 2082 c.c.[2], non può tacersi come, nei fatti, esse tendono sempre più a sovrapporsi. A fondamento di tale sostanziale avvicinamento si ritiene militi la profonda modifica che ha interessato, nel corso almeno degli ultimi anni, le libere professioni. La maggiore complessità dei servizi professionali resi e le specifiche, tempestive e altamente specializzate esigenze di supporto richieste dai committenti, infatti, spingono sempre di più la figura del libero professionista verso quella dell'imprenditore. In particolare, il libero professionista, da un lato, necessità in modo sempre più consistente di una organizzazione para-imprenditoriale e, dall'altro, è chiamato a svolgere l'attività in modo abituale e prevalente, e non meramente occasionale o saltuario. Prendendo a riferimento, a titolo esemplificativo,

[1] Sebbene il lavoro sia frutto di riflessioni e analisi congiunte degli Autori, i parr. 1, 5 e 7 sono da attribuire a Giuseppe La Rosa e i parr. 2, 3, 4, e 6 sono da attribuire a Gianluigi Delle Cave.

[2] Sul punto, si v., ad esempio «la nozione di imprenditore portata dall'art. 2082 c.c. non comprende il libero professionista in ragione dell'assenza, nell'attività da lui svolta, della necessaria componente organizzativa di un apparato stabile e complesso, formato da beni strumentali e lavoratori» (Cass. civ., sez. lav., 26 giugno 2013, n. 16092, in *Dir. e giust.*, 2013).

ISSN 2036-7821

la professione forense[3] non può sfuggire come in questo senso militino una pluralità di previsioni: quanto alla complessità della struttura organizzativa, si pensi alla disciplina delle associazioni tra avvocati e multidisciplinari ovvero all'esercizio della professione in forma societaria (di cui agli artt. 4 e 4 *bis* l. n. 247/2012), alla previsione che "l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati" (art. 2, comma 6, l. n. 247/2012), al rilievo che l'organizzazione ha anche con riguardo all'attività di informazione del professionista legale (si veda l'art. 17 del Codice deontologico forense); quanto alla non occasionalità dell'attività, si veda l'art. 21 l. n. 247/2012 che subordina la permanenza dell'iscrizione "all'esercizio della professione in modo effettivo, continuativo, abituale e prevalente" e al Regolamento recante disposizioni per l'accertamento dell'esercizio della professione" emanato dal Ministero della Giustizia (decreto 25 febbraio 2016, n. 47), che, tra gli altri, ai fini di cui all'art. 21 cit., prevede che il professionista abbia la disponibilità di almeno un locale ove svolgere la professione, oltre che di un domicilio informativo PEC. Il descritto avvicinamento sostanziale tra la figura del libero professionista e quella dell'imprenditore comporta, dunque, una necessaria convergenza dell'interesse del primo verso il tipico interesse di cui è portatore il secondo, ossia l'economicità[4], intesa quale "attitudine dell'impresa a riprodurre o a creare continuamente le condizioni per la propria sopravvivenza nel tempo in condizioni di autonomia, rimunerando a condizioni di mercato tutti i fattori produttivi impiegati"[5]. In questa prospettiva, dunque, deve essere inteso il compenso per le attività professionali, quale remunerazione idonea a ripagare i fattori produttivi impiegati e, quindi, a garantire la sopravvivenza dell'attività nel mercato. In altre parole, il compenso per l'attività prestata sembra uscire dalla dimensione squisitamente soggettiva del singolo professionista per assumere una più ampia rilevanza, quale strumento necessario per garantire il costante mantenimento di tutti i fattori produttivi (e organizzativi) di cui il professionista si avvale.

Il compenso rileva anche in una prospettiva ultra-individuale, ossia quale strumento

[3] Cfr.voce *Avvocato e Procuratore*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, e, in particolare, la *Premessa* di F. CARNELUTTI (che richiama il passo di Cicerone secondo cui il "*iuris et legum consultus*" è chi "*ad cavendum, vel ad agendum, vel ad respondendum peritus est*", ricordando poi come la figura, con il passaggio all'età moderna, abbia abbandonato l'attività del respondere, ossia di risolvere casi giuridici con autorità).

[4] Sul concetto e la definizione di economicità si vedano G. AIROLDI, G. BRUNETTI, V. CODA, *Economia Aziendale*, Il Mulino, Bologna, 1994, cap. IX; sulla necessità di rispettare simultaneamente alcune condizioni perché si possa dire che l'azienda opera in economicità, si veda P. ONIDA, *Economia d'azienda*, UTET, 1965, p. 59 ss.

[5] L'espressione è tratta da M. MINOJA, *La valutazione dell'economicità di lungo periodo dell'impresa: il contributo informativo della nota integrativa al bilancio e della relazione degli amministratori sulla gestione*, in *Riv. dottori comm.*, 1996, 6, p. 1051 ss.

ISSN 2036-7821

idoneo a garantire la dignità e il decoro della categoria professionale di riferimento, nonché elemento dirimente per una corretta concorrenza. Del resto, già l'art. 2233, comma 2, c.c. nel consentire l'ingresso della *dignità della professione* tra i criteri cui il giudice deve attenersi nella determinazione del compenso per le prestazioni professionali, si fa carico della sua dimensione istituzionale, trascendendo i meri rapporti sinallagmatici tra le parti in contesa[6]. È vero che tale criterio, nella sistematica di cui all'art. 2233 cit., ha rilievo in tanto in quanto le parti non abbiano convenuto espressamente il compenso per la prestazione resa e che, quindi, non impedisce *ex se* che l'accordo tra le parti deroghi, anche sensibilmente, al ridetto parametro[7], ma è proprio in questo caso che si coglie, con ogni evidenza, la dimensione collettiva. E infatti, il quadro è completato, proprio a livello deontologico e, quindi, di categoria, dal necessario rispetto dei precetti contenuti nei codici deontologici, che impongono al professionista di non offrire la propria prestazione in cambio di compensi lesivi della dignità e del decoro professionale[8], nel rispetto dei principi della corretta e leale concorrenza. La dimensione collettiva del sotteso interesse, quindi, sul piano processuale radica la legittimazione dell'ordine professionale "ad impugnare il regolamento comunale per il conferimento di incarichi a professionisti esterni, con specifico riferimento alla misura dei compensi, poiché la parte ricorrente agisce al fine di tutelare l'interesse all'equo compenso della categoria rappresentata, nonché l'indipendenza e il decoro professionale"[9].

Da ultimo, il compenso è destinato ad assumere rilievo, seppur in una prospettiva meno diretta rispetto alle due ipotesi sopra viste, anche rispetto agli interessi della parte a beneficio della quale la prestazione viene resa. A tutta prima, sembrerebbe che in questa ipotesi il rapporto tra l'interesse del committente e il compenso si atteggi in modo opposto rispetto a quanto si verifica con riguardo al prestatore d'opera e alla intera categoria professionale, nel senso che l'interesse del committente sarebbe tanto più soddisfatto quanto minore fosse il compenso con cui è tenuto a

[6] Invero, Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238, in *www.giustizia-amministrativa.it* (qui sono consultabili tutte le pronunce richiamate nel presente scritto, ove non diversamente indicato) ha affermato che «non si può ritenere che la regola deontologica che impone di praticare compensi commisurati al decoro della professione possa trovare una copertura normativa nell'art. 2233, comma 2, cod. civ. che, occupandosi del contratto d'opera intellettuale, prevede espressamente che "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione". Tale norma, contenuta nel codice civile, si indirizza, infatti, al singolo professionista, disciplinando i suoi rapporti con il cliente nell'ambito del singolo rapporto contrattuale, senza attribuire alcun potere di vigilanza agli Ordini in merito alle scelte contrattuali dei propri iscritti».

[7] Infatti, secondo Cass. civ., sez. II, 22 novembre 1995, n. 12095 «qualora il compenso del professionista sia stato liberamente pattuito con il cliente, il giudice non ha il potere di modificarlo al fine di adeguarlo, ai sensi dell'art. 2233 comma 2 c.c. all'importanza dell'opera prestata ed al decoro della professione».

[8] Sul concetto di decoro e sulla sua rilevanza anche quale elemento necessario a garantire la dignità del professionista, si v. M. CHIARELLI, *Decoro e libera determinazione del compenso professionale: ordinamento francese e italiano a confronto*, in *Rassegna Forense*, 2012, 1-2, p. 89 ss.

[9] T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 marzo 2023, n. 815, in *Foro amm.*, 2023, 3, p. 509 ss.

ISSN 2036-7821

retribuire la prestazione d'opera resa a suo favore. Declinando tali generali considerazioni all'ipotesi in cui il committente sia una pubblica amministrazione, la questione si arricchisce delle *nuances* tipiche del diritto pubblico, laddove la scelta dell'operatore economico deve avvenire nel rispetto delle norme cogenti sull'evidenza pubblica e sulla base di criteri non limitati ai profili economici. In queste ipotesi, sebbene in via giurisprudenziale sia stato rilevato come, da un lato, "l'interesse dell'amministrazione al corretto adempimento delle prestazioni professionali non è certo garantito dall'importo del compenso, quanto, piuttosto, dal possesso dei requisiti professionali"[10] e, dall'altro, che il concetto di equo compenso rispetto alla pubblica amministrazione deve "ancorarsi a parametri di maggiore flessibilità legati ad esigenze di contenimento della spesa pubblica"[11], si ritiene che tali considerazioni debbano essere rimeditate alla luce del mutato contesto ordinamentale. La recente – ravvicinata e poco coordinata - entrata in vigore della l. n. 49/2023, che in modo sistematico disciplina l'equo compenso dei professionisti nei rapporti con i clienti c.dd. "forti", e del d.lgs. n. 36/2023, che, recando il nuovo codice degli appalti, richiama l'equo compenso unicamente all'art. 8, quale principio al cui perseguimento l'Amministrazione deve tendere e all'art. 41, comma 15, quale parametro per la individuazione della base d'asta per gli appalti relativi ai servizi di architettura e ingegneria, ha suscitato non poche difficoltà interpretative, conducendo anche a ipotizzare la inapplicabilità della disciplina posta dalla legge n. 49 agli appalti pubblici. Il presente studio si propone l'obiettivo di analizzare in modo sistematico le due discipline e, anche per il tramite della valorizzazione del principio del risultato in cui il d.lgs. 36/2023 rinviene uno dei suoi pilastri portanti, di supportare la tesi della loro piena compatibilità, con la conseguenza che in tutte le gare per l'affidamento di prestazioni professionali, quale che sia il criterio di aggiudicazione prescelto (o imposto dalla legge), il compenso offerto non potrà che essere in linea con i limiti imposti dalla legge n. 49.

2. L'equo compenso: da principio…

Il diritto a una retribuzione "equa" del professionista intellettuale per il servizio reso è un principio presente e regolamentato da tempo nel nostro ordinamento. Non a caso, l'art. 2233, comma 2, c.c., con precipuo riferimento alle prestazioni di siffatta natura, stabilisce che la misura del compenso deve essere "in ogni caso adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione"[12]. Proprio in virtù di tale

[10] T.A.R. Genova, sez. I, 17 febbraio 2022, n. 137.

[11] T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 17 novembre 2022, n. 919.

[12] Non a caso, detto inciso, prima delle modifiche intervenute a opera del d.l. n. 223/2006 e del d.l. n. 1/2012, è stato particolarmente valorizzato anche in via pretoria. In tema di liquidazione degli onorari di avvocato e procuratore in materia civile, ad esempio, la Cassazione ha evidenziato che, qualora le prestazioni siano state svolte in epoca antecedente all'introduzione della normativa di cui sopra, in applicazione del principio

ISSN 2036-7821

disposto, il sistema ordinistico si è a lungo contraddistinto per la determinazione della retribuzione attraverso il riferimento a parametri obbligatori - fissi o minimi - prestabiliti dal legislatore nazionale[13].

Senonché con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. "Bersani")[14], il sistema ordinistico viene radicalmente modificato, ribaltando la prospettiva: si è proceduto, infatti, all'abrogazione dell'obbligo di adottare i tariffari minimi[15], passando all'opposto sistema di libera contrattazione tra il professionista e il committente[16]. In sostanza, si è proceduto alla eliminazione dei minimi tariffari inderogabili spingendo in direzione della determinazione consensuale e omnicomprensiva del prezzo della prestazione.

Questo impianto normativo è stato confermato anche successivamente dal d.l. 12 gennaio 2012, n. 1 (c.d. "Decreto Cresci Italia o Monti")[17], con cui sono state definitivamente abrogate le tariffe delle professioni regolamentate[18] lasciando

dell'inderogabilità dei minimi tariffari stabilito dall'art. 24 della l. n. 794 del 1942, «sono nulle le convenzioni stipulate tra una parte ed il proprio legale, ove esse contemplino una rinuncia totale o parziale ai suddetti minimi, salvo che sussistano motivi di rinuncia meritevoli di tutela che devono essere oggetto di accertamento da parte del giudice di merito»; Cass. civ., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 9030, in *Giust. civ. mass.*, 2023.

[13] Si veda, a titolo esemplificativo, la l. n. 149/1943 per gli ingegneri e gli architetti.

[14] Decreto convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248, "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale".

[15] L'articolo 2 del d.l. cit., rubricato "Disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali", prevede infatti che, in conformità al principio comunitario di libera concorrenza e a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, «dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti».

[16] Circostanza bene evidenziata anche dalla giurisprudenza civile, ove si è affermato, quanto ai requisiti di detta contrattazione, che «ai sensi dell'art. 2233 c.c., come modificato dall'art. 2, d.l. n. 223 del 2006, conv., con modif., dalla l. n. 248 del 2006, l'accordo di determinazione del compenso professionale tra avvocato e cliente deve rivestire la forma scritta "ad substantiam" a pena di nullità, senza che rilevi la disciplina introdotta dall'art. 13, comma 2, l. n. 247 del 2012, che, nell'innovare il solo profilo del momento della stipula del negozio individuato, di regola, nella data del conferimento dell'incarico, ha lasciato invariato quello sul requisito di forma, con la conseguenza che, da un lato, l'accordo, quando non trasfuso in un unico documento sottoscritto da entrambe le parti, si intende formato quando la proposta, redatta in forma solenne, sia seguita dall'accettazione nella medesima forma e, dall'altro, che la scrittura non può essere sostituita con mezzi probatori diversi e la prova per presunzioni semplici, al pari della testimonianza, sono ammissibili nei soli casi di perdita incolpevole del documento ex artt. 2724 e 2725 c.c.»; Cass. civ., sez. II, 12 gennaio 2023, n. 717, in *Foro it.*, 2023, 4, p. 1189 ss.; Cass. civ., sez. II, 4 giugno 2015, n. 11597, in *Giust. civ. mass.*, 2015.

[17] Decreto convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27, "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività".

[18] Il riferimento è all'art. 9, comma 1, il quale prevede che sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico. Il comma 2, poi, specifica che "ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1, nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante, da adottare nel termine di centoventi giorni successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Entro lo

ISSN 2036-7821

massimo spazio alla libera determinazione privata del compenso per le prestazioni professionali[19].

L'abolizione del regime tariffario (in parte mitigato, per il settore dei contratti pubblici, da alcune disposizioni speciali relative alla predeterminazione dei compensi per l'assegnazione degli incarichi tecnici[20]) ha tuttavia generato, quale - apparentemente incontrollato - effetto collaterale, un preoccupante vuoto normativo, venendo meno per i soggetti interessati un parametro oggettivo per la negoziazione della retribuzione dovuta per l'esercizio dell'attività intellettuale e professionale.

Ebbene, nuovamente intervenendo sulla materia, il legislatore nazionale, con d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 (c.d. "Decreto fiscale")[21], ha introdotto, sotto forma di principio, una regola volta ad assicurare anche al lavoratore autonomo una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro, pure in ossequio agli artt. 35 e 36 Cost. che tutelano il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni[22]. Nel dettaglio, il

---

stesso termine, con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono anche stabiliti i parametri per oneri e contribuzioni alle casse professionali e agli archivi precedentemente basati sulle tariffe. Il decreto deve salvaguardare l'equilibrio finanziario, anche di lungo periodo, delle casse previdenziali professionali".

[19] Si segnala, quanto alla previsione di "tariffe minime", C.G.U.E., sez. IV, 04 luglio 2019, C-377/17, in *curia.it*, ove si afferma che, 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. Sul punto, si veda Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2015, n. 238, in *Foro amm.*, 2015, 1, p. 109 ss., con la quale si è menzionata criticamente la circostanza che «la prospettiva ordinistica è tesa a ritenere che un prezzo inferiore alla tariffa minima non risulterebbe decoroso per la professione, comportando di fatto una reintroduzione dei minimi tariffari, eludendo così l'abolizione degli stessi disposta dal legislatore». Nella predetta pronunzia, peraltro, si è affermato anche che il principio secondo cui «in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione» è già insito nell'ordinamento ed è previsto nell'art. 2233 c.c. che espressamente si occupa del contratto d'opera intellettuale, precisando che tale norma, contenuta nel codice civile, si indirizza, infatti, al singolo professionista, disciplinando i suoi rapporti con il cliente nell'ambito del singolo rapporto contrattuale, senza attribuire alcun potere di vigilanza agli Ordini in merito alle scelte contrattuali dei propri iscritti. Per una accurata ricostruzione delle principali tappe normative e delle frizioni con il diritto europeo, si v. A. BURATTI, *Le professioni liberali nel diritto europeo*, in *Diritto e Società*, 2018, 2; seppur più risalente nel tempo, interessanti spunti critici si rinvengono in A. BERLINGUER, *Sulla vexata quaestio delle tariffe professionali forensi*, in *Mercato concorrenza regole*, 2011, 1, p. 65 e ss.

[20] Ci si riferisce, in particolare, all'art. 9, comma 2, del d.l. 1/2012 cit., ove si prevede, con riferimento al settore dei contratti pubblici (in specie gli affidamenti di servizi relativi all'architettura e all'ingegneria di cui alla parte II, titolo I, capo IV del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), che «ai fini della determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara […], si applicano i parametri individuati con il decreto di cui al primo periodo, da emanarsi, per gli aspetti relativi alle disposizioni di cui al presente periodo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti; con il medesimo decreto sono altresì definite le classificazioni delle prestazioni professionali relative ai predetti servizi. I parametri individuati non possono condurre alla determinazione di un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali vigenti prima dell'entrata in vigore del presente decreto».

[21] Decreto convertito, con modificazioni, in legge 04 dicembre 2017, n. 172, "Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili".

[22] In argomento, molteplici sono le riflessioni della dottrina, anche risalenti nel tempo. Tra i molti cotributi, si veda, C. LEGA, *Principi costituzionali in tema di compenso del lavoro autonomo*, in *Giur. it.*, 1960, 1, p. 343 e ss.; A.

ISSN 2036-7821

primigenio riconoscimento del c.d. "equo compenso" è da rinvenirsi nel suo art. 19 *quaterdecies*[23]: esso, da un lato, introduce l'art. 13 *bis* alla legge 31 dicembre 2012, n. 247, prevedendo che il compenso si intende "equo", con riferimento al settore legale, se è "proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale"[24]; dall'altro, quanto alla natura del compenso, stabilisce che la pubblica amministrazione, in linea con gli obiettivi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il *principio* dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della relativa legge di conversione[25]. Il medesimo art. 19 *quaterdecies* si premura, poi, di specificare che le disposizioni appena esaminate, checché immediatamente riferite al settore della professione forense, si applicano, in quanto compatibili, anche alle prestazioni rese dai professionisti regolamentati e autonomi[26], anche iscritti a ordini e collegi, rinviando a successivi decreti ministeriali [*i.e.* quelli citati dall'art. 9, comma 2, del d.l. 1/2012 per: *(i)* la determinazione dei parametri da utilizzarsi per il caso di liquidazione del compenso in sede giurisdizionale; *(ii)* i corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria[27]] l'individuazione dei parametri per l'eventuale determinazione giudiziale dei compensi del professionista in presenza di una clausola *contra legem*.

Dette disposizioni, sebbene abbiano avuto l'innegabile merito di alzare

---

PALAZZO, *La prestazione d'opera professionale e l'art. 36 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 4, p. 1643 ss. Più recentemente, M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli, 2019; E. MINERVINI, *L'equo compenso degli avvocati e degli altri liberi professionisti*, Torino, 2018.

[23] In realtà, una traccia di tale principio è da rinvenirsi ben prima, ossia nella l. n. 233/2012 recante "equo compenso nel settore giornalistico" che, ha richiamato, quali parametri per la determinazione del compenso per i giornalisti, i principi di cui all'art. 36 Cost. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2016, n. 1076, in *Foro amm.*, 3, 2016, 559 ss. Con specifico riferimento ai rapporti con la P.A., ancor più risalente, poi, è la trattazione, in via pretoria, del "principio dell'equo compenso" rispetto al personale degli enti pubblici o *ex* pubblici: si legge infatti in Cons. Stato, sez. VI, 01 agosto 1986, n. 616, in *Foro amm.*, 1986, 1409, che «in base al principio dell'equo compenso spettante ai sensi degli art. 3 e 97 cost. ed in esplicazione dei principi di uguaglianza sostanziale e di buon andamento amministrativo, ogni attività lavorativa, che, sia pure prestata in forza di un titolo di investitura non professionale, si risolva in vantaggio per l'amministrazione in vista della cura di interessi pubblici, deve essere correlata ad un giusto ristoro, secondo criteri di riferimento quantitativo desunti dal trattamento economico attribuito in situazioni identiche o simili e non rimessi alla mera discrezionalità dell'autorità vigilante».

[24] Nonché conforme ai parametri determinati dal decreto del Ministro della Giustizia per la determinazione del compenso dell'avvocato per ogni ipotesi di mancata determinazione consensuale e liquidazione giudiziale (art. 13 *bis* cit.).

[25] F. MANNA, *Gli onorari di avvocato nella giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Giur. mer.*, 2012, 1, p. 269 ss.

[26] Si tratta delle figure di cui all'art. 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81, vale a dire ai rapporti di lavoro autonomo di cui al titolo III del libro quinto del Codice civile, ivi inclusi i rapporti di lavoro autonomo che hanno una disciplina particolare ai sensi dell'art. 2222 c.c.

[27] Ora contenuti nell'Allegato I.13 del d.lgs. n. 36/2023, "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici".

ISSN 2036-7821

definitivamente il sipario sul principio dell'equo compenso (rinverdendo il dibattito dottrinale in materia[28]), anche a costo di una stigmatizzata[29] frizione con le liberalizzazioni e con i sottesi meccanismi concorrenziali, hanno ricevuto una limitata e assai disarmonica applicazione, al punto da porre in discussione la loro concreta utilità. Tralasciando l'applicazione del principio in parola rispetto ai rapporti tra privati[30], con riferimento ai contratti affidati dalla pubblica amministrazione[31], la giurisprudenza amministrativa ha assunto posizioni non sempre univoche, non facendo sempre buon governo del principio in parola. Infatti, oltre a confermare la

[28] Cfr. M.R. FAVIA, *La disciplina dell'equo compenso nei rapporti con la P.A., in Lavoro Diritti Europa*, 2022, 3; G. IMPELLIZZIERI, *Sulla controversa questione della legittimità del lavoro gratuito per la Pubblica amministrazione*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2022, 3, pp. 294-299; G. ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018; G. MUSOLINO, *L'equo compenso quale applicazione del principio di decoro professionale*, in *Riv. not.*, 2020, 6, p. 1203 ss.; A. CAROSI, *L'economicità dell'azione amministrativa con particolare riguardo alla gestione dei contratti passivi*, in *Riv. Corte conti*, 2006, p. 318 ss.; G. COGLIANDRO, *Appunti sulla nozione di economicità delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Riv. Corte conti*, 2000, p. 177 ss.; S. MONTICELLI, *L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione rimediale dell'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, 3, p. 300 ss.; G. DONZELLI, *La legittimita` delle tariffe minime nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1, p. 626 ss.; G. COLAVITTI, *"Fondata sui lavori". Tutela de lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2018, 1; B. DE MOZZI, *Le tariffe professionali: cosa rimane?*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, 4.

[29] Con riferimento all'articolo in commento, si evidenzia che - in data 24 novembre 2017 – l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, ha deliberato l'invio di una segnalazione ai presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri, avente ad oggetto alcune disposizioni previste nel d.l. 148/2017 (e nel DDL AC 4741 di conversione dello stesso). In primo luogo, è stata segnalata la contrarietà ai principi concorrenziali di quanto previsto dall'art. 19 *quaterdecies* in tema di "equo compenso" per le professioni, che introduce il principio generale per cui le clausole contrattuali tra i professionisti e alcune categorie di clienti, che fissino un compenso a livello inferiore rispetto ai valori stabiliti in parametri individuati da decreti ministeriali, sono da considerarsi vessatorie e quindi nulle. Secondo l'Autorità, la disposizione, nella misura in cui collega l'equità del compenso a parametri tariffari contenuti nei decreti anzidetti, reintroduce di fatto i minimi tariffari, con l'effetto di ostacolare la concorrenza di prezzo tra professionisti nelle relazioni commerciali con alcune tipologie di clienti c.d. "forti" e ricomprende anche la Pubblica Amministrazione. L'Autorità ha sottolineato come, secondo i consolidati principi antitrust nazionali e comunitari, le tariffe professionali fisse e minime costituiscano una grave restrizione della concorrenza, in quanto impediscono ai professionisti di adottare comportamenti economici indipendenti e, quindi, di utilizzare il più importante strumento concorrenziale, ossia il prezzo della prestazione. L'Autorità ha quindi concluso che «l'articolo 19-quaterdecies in quanto idoneo a reintrodurre nell'Ordinamento un sistema di tariffe minime, peraltro esteso all'intero settore dei servizi professionali, non risponde ai principi di proporzionalità concorrenziale, oltre a porsi in stridente controtendenza con i processi di liberalizzazione che, negli anni più recenti, hanno interessato il nostro ordinamento anche nel settore delle professioni regolamentate».

[30] Per i quali, tuttavia, non può farsi a meno di rilevare come secondo Cass. civ., sez. I, ord. 17 aprile 2020, n. 7904, in *Foro it.*, 2020, 9, p. 2737 ss., la disciplina trova applicazione esclusivamente ai rapporti del professionista con contraenti in posizione economica dominante, in grado di esercitare una pressione contrattuale abusiva e, in definitiva, di impedire al professionista l'esercizio di una propria influenza sul contenuto dell'accordo contrattuale.

[31] G. MANFREDI, *Appunti sull'affidamento degli incarichi legali nelle pubbliche amministrazioni: competenza, procedimento*, forma, in *Urb. e app.*, 2013, 8-9, p. 877 ss.; R. DANOVI, *L'onorario dell'avvocato tra parametri ed equo compenso*, in *Corr. giur.*, 2018, 5, p. 589 ss.; A. GRIECO, *Accordi amministrativi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestione e necessità di sistema*, *Dir. Amm.*, 2002, p. 423 ss.

ISSN 2036-7821

legittimità di bandi che prevedono quale base d'asta compensi meramente simbolici[32], la giurisprudenza amministrativa è giunta finanche a riconoscere, seppur con qualche voce contraria[33], la legittimità di bandi che prevedessero le prestazioni professionali a titolo gratuito, giustificando l'evidente antinomia con il ridetto principio discendente dalla legge del 2017 sul presupposto che «la normativa sull'equo compenso sta a significare soltanto che, laddove il compenso sia previsto, lo stesso debba necessariamente essere equo, mentre non può ricavarsi dalla disposizione l'ulteriore (e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto (a meno di non sostenere, anche in questo caso, che non vi possa essere alcuno spazio per la prestazione di attività gratuite o liberali da parte dei liberi professionisti)»[34] e che l'equo compenso «esprime l'attenzione del legislatore ordinario per le libere professioni quando l'attività è esercitata al di fuori dei rapporti di lavoro dipendente, che di per sé ricadono sotto la copertura costituzionale dell'art. 36 Cost., in relazione alla necessità della congruità del compenso, qualora un compenso sia previsto, ferma rimanendo la possibilità che la prestazione sia resa anche gratuitamente»[35]. Sul versante del grado di vincolatività dei criteri di determinazione dell'equo compenso rispetto alla definizione del corrispettivo dell'affidamento pubblico, ad eccezione di qualche isolata pronuncia che ne ha valorizzato la imprescindibile inderogabilità[36], la giurisprudenza amministrativa ha piuttosto adottato un approccio elastico: quanto al profilo oggettivo, è stato osservato che il regime dell'equo compenso troverebbe applicazione unicamente laddove la pubblica amministrazione definisca unilateralmente la misura del compenso spettante al professionista, non trovando, invece, ragionevole applicazione ove la clausola contrattuale relativa al compenso per la prestazione professionale sia oggetto di trattativa tra le parti o, nella fattispecie di formazione della volontà dell'Amministrazione secondo i principi dell'evidenza pubblica, "ove l'Amministrazione non imponga al professionista il compenso per la

[32] Cons. Stato, sez. V, 03 ottobre 2017, n. 4614, in *Foro amm.*, 2017, 10, p. 2001 ss.

[33] Ad esempio, si v. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 02 agosto 2018, n. 1507, in *Dir. e giust.*, 2018, secondo cui «è illegittimo il bando del Comune con il quale si intende affidare la redazione del piano regolatore senza alcun compenso al professionista ma soltanto il rimborso spese, atteso che la configurabilità di un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito si pone in disarmonia rispetto al quadro di riferimento normativo, tenuto conto che non ogni servizio prestato reca con se vantaggi curricolari e di immagine tali da garantire, sia pure indirettamente, vantaggi economici tali da soddisfare il diritto a un equo compenso».

[34] Cons. Stato, sez. IV, 09 novembre 2021, n. 7442.

[35] Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2084.

[36] Si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 14 novembre 2022, n. 7037, in *Foro amm.*, 2022, 11, p. 1515 ss., secondo cui «la circostanza che il singolo professionista resti libero di valutare la convenienza dell'incarico e di rifiutarlo nel caso in cui ritenga non equo il compenso non esclude la violazione dell'art. 19-quaterdecies, comma 3, d.l. n. 148/2017, cioè la violazione dell'obbligo dell'Amministrazione di garantire un compenso equo. In altri termini, la disposizione violata impone all'Amministrazione di prevedere compensi equi e non consente la previsione di compensi non equi, anche se, ovviamente, il singolo professionista non è certo obbligato, ove inserito nell'elenco, ad accettare l'incarico e quindi di beneficiare di un compenso non equo».

ISSN 2036-7821

prestazione dei servizi legali da affidare"[37]; in ordine ai profili quantitativi, si è largamente diffusa una applicazione "morbida" dei criteri di determinazione del compenso, dichiarandone il carattere meramente indicativo e non cogente, a tal fine valorizzando, vuoi le esigenze di contenimento della spesa pubblica, vuoi la eterogeneità delle prestazioni da rendere a favore delle pubbliche amministrazioni[38].

3. …a norma cogente

L'intero apparato fin qui delineato è stato però oggetto di una profonda riforma. Il legislatore, infatti, ha mosso un deciso - e decisivo - passo in avanti sul tema, consacrando l'equo compenso da "mero" principio generale (volto alle tutele già sopra menzionate) a vera e propria norma cogente[39].

Tanto è possibile evincersi, infatti, dalla legge 21 aprile 2023, n. 49, volta proprio a tutelare con risoluto vigore normativo la posizione contrattuale del professionista, quale lavoratore e parte debole[40], esposta ad una crisi dovuta a mutamenti radicali del sistema sociale ed economico[41]. La legge, in altri termini, vuol costituire una sorta di "statuto del professionista intellettuale" che, se non raggiunge una completa organicità, comunque denota l'ambizione di intervenire su un arco articolato di profili come si dirà appena nel seguito.

Ebbene, superando la normativa previgente[42] e per perseguire l'obiettivo tratteggiato,

---

[37] T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 18 febbraio 2022, n. 1114, in *Foro amm.*, 2022, 2, p. 274 ss. In termini, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 20 dicembre 2021, n. 1088.

[38] *Ex multis*, cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 marzo 2023, n. 815; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 17 novembre 2022, n. 919; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 17 febbraio 2022, n. 137.

[39] M. GAZZARA, *La nuova disciplina sull'equo compenso delle prestazioni professionali, con particolare riguardo ai servizi legali*, in *Le nuovi leggi civili commentate*, 2023, 3, p. 556 ss.; P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 Cost.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, p. 719 ss.

[40] Il tema, peraltro, era stato già anticipato ed evidenziato in via pretoria. Secondo Cass. civ., sez. I, 30 novembre 2016, n. 24492, in *cortedicassazione.it*, il riequilibrio delle posizioni contrattuali, con riferimento alla figura del professionista autonomo, doveva necessariamente riavviarsi e basarsi su «ragioni sistematiche volte a tutelare il lavoro e il lavoratore anche nelle prestazioni d'opera intellettuale […], ribadendo il doveroso richiamo alla disciplina codicistica: esiste dunque un limite nell'articolo 2233, comma 2, c.c., che preclude di liquidare, al netto degli esborsi, somme praticamente simboliche, non consone al decoro della professione».

[41] Secondo il *dossier* 15 maggio 2023 predisposto dall'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense ("La riforma dell'equo compenso. Osservazioni a prima lettura sulla legge 21 aprile 2023, n. 49"), la c.d. "povertà lavorativa" appare diffusa più nel lavoro autonomo (17,6%) che nel lavoro dipendente (10,3%), dove evidentemente il paradigma del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, seppur economicamente e sociologicamente meno diffuso che in passato, sembra ancora garantire soglie di tutela più alte rispetto a forme di avvalimento del lavoro apparentemente più libere, ma in realtà sempre più deboli e precarie. Per le professioni regolamentate, i dati delle Casse professionali segnalano come addirittura il 50% dei professionisti abbia un reddito inferiore alla media.

[42] L'art. 12 della legge cit. abroga l'art. 13 *bis* dell'ordinamento forense (legge n. 247/2012) e la lettera a) del comma 1 dell'art. 2 del decreto Bersani (d.l. 04 luglio 2006, n. 223). Sul punto, si precisa che l'abrogazione in esame non sembrerebbe far comunque "rivivere" le tariffe minime inderogabili, dal momento che resta immune dalle misure di cui all'art. 12 cit. l'art. 9 del d.l. n. 1 del 2012 (Decreto Monti), con cui si è disposta l'abrogazione *in toto* (e non solo relativamente ai minimi) delle norme tariffarie.

ISSN 2036-7821

la legge 49/2023 - che qui, senza pretese di completezza, verrà esaminate nelle sole disposizioni rilevanti ai fini del presente scritto[43] -, in vigore dal 20 maggio 2023 (G.U. n. 104 del 05 maggio 2023), prende le mosse da una nuova e, in parte, inedita definizione di equo compenso, ponendo due condizioni essenziali per la sua caratterizzazione; esso, cioè, dovrà necessariamente essere: *(i)* proporzionato alla quantità e qualità del lavoro svolto e al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale; e *(ii)* conforme ai parametri per la determinazione dei compensi previsti dalla legge[44] (art. 1).

Così disponendo la norma, quindi, si ottiene un duplice obiettivo: da un lato, argina l'apprezzamento discrezionale della parte contraente "forte" e del giudice nell'ipotesi di tutela della posizione "debole"; dall'altro, si determina il corrispettivo alla luce di parametri obiettivi, certi, nonché coerenti con i valori etici che devono necessariamente sorreggere l'attività del professionista (come, peraltro, è dato ricavarsi dall'art. 2233 c.c., in forza del quale "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione", di guisa che l'accettazione di compensi inferiori rappresenta, nei fatti, un illecito disciplinare del professionista medesimo). Proprio su quest'ultimo aspetto, peraltro, l'art. 5 della legge cit. prevede, *inter alia*, che gli ordini e i collegi professionali adottano disposizioni deontologiche volte a "sanzionare la violazione, da parte del professionista, dell'obbligo di convenire o di preventivare un compenso che sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta"[45] e determinato

[43] Per una disamina completa e puntuale degli articoli di legge, si rinvia, *inter alia*, alla circolare CNI n. 76/XX SESS/2023 del Contro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri recante "La disciplina dell'equo compenso e gli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura secondo il d.lgs. 36/2023". Si veda anche, più in generale, M. ZULIANI, *Professioni intellettuali ed equo compenso: che cosa viola il principio di concorrenza?*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 5, p. 1747 ss.; C. MUCIO, *Legittimità dell'affidamento del patrocinio legale senza gara*, in *Urb. e app.*, 2012, 11, p. 1181 ss.; P. CERBO, *L'affidamento dei "servizi legali" fra giurisprudenza nazionale e nuova direttiva appalti*, in *Urb. e app.*, 2015, 12, p. 1331 ss.; M. MANFREDI, *Le professioni legali nel mercato unico europeo tra libertà di circolazione e concorrenza*, in *Jus-Online*, 2017, p. 306 ss.; A. PASTORE, *Equo compenso e pareri dei consigli notarili*, in *Notariato*, 2018, 3, p. 266 ss.

[44] Vale a dire: a) per gli avvocati, dal decreto del Ministro della giustizia emanato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247; b) per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27; c) per i professionisti di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 2013, n. 4, dal decreto del Ministro delle imprese e del *Made in Italy* da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e, successivamente, con cadenza biennale, sentite le associazioni iscritte nell'elenco di cui al comma 7 dell'articolo 2 della medesima legge n. 4 del 2013.

[45] Il ruolo fondamentale degli Ordini nell'applicazione della legge sull'equo compenso è stato evidenziato anche in via pretoria, ove i giudici amministrativi hanno evidenziato, con riferimento al caso della scelta dei difensori da parte di una società *benefit* cessionaria e della loro successiva remunerazione, che gli Ordini professionali, quali enti esponenziale della categoria, «hanno certamente interesse alla visione dei documenti, per la verifica del rispetto delle norme che presiedono all'attività professionale ed alla sua remunerazione nel rispetto della legge n. 49 del 2023»; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 29 novembre 2023, n. 2852, in *Guida al diritto*, 48, 2023. In punto di legittimazione processuale degli Ordini sul punto, si veda pure T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 marzo 2023, n. 543, in *Foro amm.*, 3, 2023, 509 ss., ove si chiarisce che «l'ordine professionale è legittimato ad impugnare il

ISSN 2036-7821

in applicazione dei parametri previsti. Gli illeciti deontologici sono dunque già prefigurati dal legislatore e consistono propriamente nella pattuizione e/o accettazione di compensi iniqui, in violazione dei parametri vigenti e nella violazione, allorquando le condizioni contrattuali siano predisposte dal professionista, dell'obbligo di avvertire il cliente che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare in ogni caso, pena la nullità della pattuizione, i criteri stabiliti dalle disposizioni vigenti in materia di equo compenso[46].

Si assiste, quindi, a un cambio di scenario non di poco momento: il professionista non è più operatore di mercato esposto *tout court* alle regole della concorrenza, quantomeno sui profili economici, ma visto, valorizzato e tutelato come "lavoratore" a tutti gli effetti (tant'è che riecheggia nella definizione di equo compenso proprio la formulazione letterale dell'art. 36 Cost.[47]) e sottoposto pure a "sanzioni" disciplinari qualora deliberatamente frustri la finalità e la tutela - cogente - imposta dalla norma in parola. Da tale angolo visuale, peraltro, il profilo così brevemente riassunto già subito richiama, quasi fisiologicamente, la disciplina di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 c.d. "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici" (sui cui meglio ci si soffermerà *infra*), laddove proprio l'assolutismo del principio di tutela della concorrenza[48] viene attenuato dal confronto comparativo con altri valori di pari rango (es. il

regolamento comunale per il conferimento di incarichi a professionisti esterni, con specifico riferimento alla misura dei compensi, poiché la parte ricorrente agisce al fine di tutelare l'interesse all'equo compenso della categoria rappresentata, nonché l' indipendenza e il decoro professionale».

[46] In applicazione di detto articolo, si veda, ad esempio, l'art. 25 *bis* del Codice Deontologico Forense (approvato nella seduta del 23 febbraio 2023, in G.U. n. 102 del 03.05.2024), ove si prevede, a rime obbligate con la l. n. 49/2023, che "l'avvocato non può concordare o preventivare un compenso che, ai sensi e per gli effetti delle vigenti disposizioni in materia di equo compenso, non sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta e non sia determinato in applicazione dei parametri forensi vigenti" (comma 1), obbligo sanzionato con "l'applicazione della sanzione disciplinare della censura. La violazione dell'obbligo di cui al secondo comma comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento" (comma 3).

[47] Art. 36, comma 1, Cost.: "Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

[48] Sulla concorrenza la dottrina è copiosa. Recentemente, con riferimento al d.lgs. n. 36/2023, alla concorrenza e ai suoi principi, si veda F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 1, p. 31 ss.; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 1, 141 ss.; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia Insieme*, 2023; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astrid*, 2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, 2023; G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia Insieme*, 2022. Sulla rilevanza dell'esecuzione del contratto anche in tema di concorrenza, cfr. R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 325 ss.

ISSN 2036-7821

raggiungimento del risultato, cui la concorrenza - nel Nuovo Codice - è funzionale[49]). Tornando, però, al dato normativo della l. n. 49/2023, l'art. 2 si occupa, poi, di tracciare l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in commento[50]. Viene, in particolare, previsto - ampliando l'ambito applicativo rispetto alla normativa previgente - che essa trovi applicazione con riferimento a: *(a)* rapporti professionali che hanno ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 c.c.) regolati da convenzioni[51] aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività professionali svolte in favore di imprese bancarie e assicurative nonché delle loro società controllate, delle loro mandatarie e delle imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno occupato alle proprie dipendenze più di cinquanta lavoratori o hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro; *(b)* per quanto qui di precipuo interesse, "prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione e delle società disciplinate dal testo unico in

[49] Prendendo le mosse dall'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, per come illustrato nella Relazione di accompagnamento al Codice, si evince come la concorrenza sia "funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti". Si collega così il risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo (sulla scorta di quanto avviene per l'art. 97 Cost., in cui il buon andamento è legato all'imparzialità, al punto da essere stati considerati per lungo tempo una vera e propria endiadi). Il nesso tra "risultato" e "concorrenza", la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del comma 1, dove si specifica che non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, etc.

[50] Qui risiede, peraltro, la differenza tra equo compenso e "tariffe": ed infatti, mentre le tariffe comportavano *ab origine* restrizioni del mercato applicabili a qualunque rapporto contrattuale, la normativa sull'equo compenso conosce invece una significativa limitazione soggettiva fin dall'origine, in quanto può riguardare unicamente determinati soggetti (tra cui la P.A.) collocati su di una posizione economica di forza, tanto è vero che il criterio per stabilire l'equità o meno del compenso sono i parametri ministeriali, e di essi terrà conto anche il giudice nella eventuale fase contenziosa.

[51] Il profilo dei "rapporti professionali regolati convenzioni" ha suscitato non pochi dubbi interpretativi quanto alla sua esatta portata. Come evidenziato da A. CACCIATO, U. MALVAGNA, L. PURPURA, *Equo compenso dei professionisti: ambito applicativo della legge*, in *Diritto bancario*, 2023, nella pluralità di significati che sono astrattamente riferibili al lemma "convenzione" (incluso quello "aulico" che lo intende come sinonimo di contratto), la genesi della norma nonché del suo antecedente storico, come per l'appunto costituito dall'art. 13 *bis* della legge professionale forense, indicano che «il legislatore ragionevolmente intendeva, e intende, il termine "convenzione" nel senso, effettivamente più comune, dell'accordo di "convenzionamento", cioè dell'accordo inteso a disciplinare l'erogazione di una pluralità di prestazioni lungo un dato arco di tempo», trattandosi di accordi effettivamente sempre più in uso nella prassi, particolarmente utilizzati nei rapporti tra grandi (e forti) committenti e professionisti e ciò «al fine della disciplina omogenea di relazioni professionali di durata, in un quadro di tendenziale standardizzazione utile anche a radicare un principio di prevedibilità (prima ancora che di contenimento) dei costi a beneficio della stessa committenza, a fronte dell'attesa di volumi di lavoro (potenzialmente) continuativi da parte dei professionisti interessati». Secondo gli A., appare quindi ragionevole affermare, anche scorrendo il catalogo delle "pattuizioni nulle" di cui all'art. 3, comma 2, della l. n. 49/2023, che è «nella convergenza di un simile e particolare schema negoziale con la natura medio-grande dell'impresa cliente, che il legislatore ritiene di ravvisare l'esigenza di approntare una speciale tutela al professionista, per mantenere, in detto specifico contesto e tenuto conto degli obiettivi rischi di squilibrio che allo stesso possono associarsi, un ordine concorrenziale del mercato che non sfoci in una *race-to-the-bottom* tra i professionisti».

ISSN 2036-7821

materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175"[52], da qui evincendosi chiaramente la *voluntas* del legislatore di rafforzare la vincolatività[53] della riforma pure per le P.A., superando il richiamo del "mero" principio contenuto nel d.l. n. 148/2017 cit.

Rafforza il quadro sopra delineato la disposizione di cui all'articolo 3, comma 1, della legge in commento, che introduce inoltre uno speciale regime di nullità delle clausole[54] che prevedano 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, o ai parametri determinati con decreto

[52] L'espresso riferimento alle Pubbliche Amministrazioni, ai fini dell'applicazione dell'equo compenso, costituisce un elemento di particolare rilevanza. Ed infatti, in passato, non sono mancati casi controversi con riferimento al (mancato) riconoscimento dei compensi ai professionisti autonomi per prestazioni rese nei confronti della P.A. È il caso di Cons. Stato, sez. V, 03 ottobre 2017, n. 4614 (avente, però ad oggetto la specifica fattispecie dei contratti di "sponsorizzazione") e Corte Conti, sez. reg. contr. Calabria, 10 febbraio 2016, ove si è affermato che una P.A. può «procedere alla indizione di un bando pubblico per il conferimento di incarico gratuito di redazione del nuovo piano di sviluppo comunale, con la previsione del mero rimborso delle spese sostenute. Tuttavia, il bando dovrà integrare tutti gli elementi necessari per l'esatta individuazione del contenuto della prestazione richiesta, onde consentire la valutazione oggettiva degli elaborati tecnici che vengono così prodotti, senza pretesa di corrispettivo, dai tecnici interessati a prestare appunto gratuitamente la propria opera professionale». Sul tema della "gratuità" delle prestazioni rese nei confronti di una P.A., si veda anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 settembre 2019, n. 11411, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, 1, p. 135 ss., ove si legge che «la disciplina dell'equo compenso di cui alla l. n. 172/2017 prevede che, laddove stabilito a favore del professionista, esso debba essere equo. Nulla impedisce, tuttavia, al professionista, di prestare la propria consulenza senza alcun corrispettivo in denaro. Il carattere gratuito di consulenze a favore della Pubblica Amministrazione non è escluso dalla fonte legale ed appare legittimo. Il professionista può trarre vantaggi di natura diversa, in termini di arricchimento professionale legato alla partecipazione ad eventuali tavoli, allo studio di particolari problematiche ed altro, nonché quale possibilità di far valere tutto ciò all'interno del proprio curriculum vitae». Cfr. sul punto P. STAROPOLI, *Il lavoro gratifica, quindi è gratuito*, in *Amministrazione in cammino*, 2018.

[53] Sull'equo compenso quale "mero principio", si è più volte espressa anche la giurisprudenza amministrativa, che ha rilevato, con riferimento ad esempio alla categoria degli avvocati, come «per la pubblica amministrazione trova applicazione il concetto di "equo compenso" degli avvocati, ma non entro i rigidi e ristretti parametri di cui al D.M. citato dall'art. 13, comma 6, della Legge n. 247/2012 (ora il D.M. 55/2014), dovendo ancorarsi a parametri di maggiore flessibilità legati ad esigenze di contenimento della spesa pubblica nonché alla natura ed alla complessità delle attività defensionali da svolgere in concreto»; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 17 novembre 2022, n. 919; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 27 agosto 2021, n. 9404, in *Dir. e giust.*, 2021 (con nota di F. VALERINI). Di tutt'altro tenore, invece, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 14 novembre 2022, n. 7037, in *Foro amm.*, 2022, 11, p. 1515 ss., ove si è rilevato che «la circostanza che il singolo professionista resti libero di valutare la convenienza dell'incarico e di rifiutarlo nel caso in cui ritenga non equo il compenso non esclude la violazione dell'art. 19-quaterdecies, comma 3, d.l. n. 148/2017, cioè la violazione dell'obbligo dell'Amministrazione di garantire un compenso equo. In altri termini, la disposizione violata impone all'Amministrazione di prevedere compensi equi e non consente la previsione di compensi non equi, anche se, ovviamente, il singolo professionista non è certo obbligato, ove inserito nell'elenco, ad accettare l'incarico e quindi di beneficiare di un compenso non equo».

[54] Ciò che rileva qui, quindi, è l'oggettiva presenza delle clausole "inique" elencate dalla norma, mentre è del tutto irrilevante la natura dell'atto contrattuale (convenzione, proposta contrattuale, accordo preliminare e/o definitivo) così come il ruolo assunto dal professionista nel procedimento di formazione del contratto (proponente o destinatario della proposta).

ISSN 2036-7821

del Ministro della giustizia[55]. Lo stesso articolo prevede poi una ampia serie di clausole vessatorie affette da una presunzione di nullità *iuris et de iure*, e quindi non superabile[56]. Si consideri, poi, che la disciplina della tutela reale opera quando lo squilibrio economico - dovuto alla clausola "fuori parametro" - nasca non solo da "contratti o convenzioni" (siano essi privatistici o pubblicistici), ma anche quando esso dipenda da un "esito della gara, affidamento, predisposizione di un elenco di fiduciari" (art. 3, comma 5, l. n. 49/2023), così estendendosi l'ambito di applicazione dell'equo compenso pure a quelle ipotesi di "contatti qualificati" di natura procedimentale tra professionista e P.A.

Infine, in punto di tutela giurisdizionale, si prevede che il giudice che accerta il carattere non equo del compenso pattuito "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[57]. Il giudice può altresì condannare il cliente al pagamento di un indennizzo in favore del professionista, fatto salvo il risarcimento dell'eventuale maggiore danno (art. 4). In sostanza, accanto al rimedio "demolitorio" (la nullità prevista dall'art. 3 della legge n. 49/2023) si prevede qui anche un contributo da parte del giudice in termini di "rideterminazione" del compenso per l'attività professionale prestata (art. 4 e art. 3, comma 5, l. cit.).

Dal quadro sopra delineato, e in particolare dal combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3 della legge in esame, sembrerebbe, quindi, emergere una vera e propria norma imperativa[58], a maggior ragione laddove si consideri pure la previsione testuale della "nullità". Imperatività associata, quindi, non solo, come detto, alla previsione

[55] Ai sensi dell'art. 3 cit., sono nulle anche quelle clausole che vietano al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione, o che impongano l'anticipazione di spese, o che, comunque attribuiscano al committente vantaggi sproporzionati rispetto alla quantità del lavoro svolto o del servizio reso.

[56] Si tratta di casi tassativi che danno luogo a nullità relativa, anche se rilevabili d'ufficio dal giudice; la clausola *vitiatur sed non viziat*, quindi il rapporto contrattuale non viene travolto. Tale prescrizione sembrerebbe attingere all'esperienza normativa in tema di tutela del consumatore dove è prevista per le clausole vessatorie una forma di invalidità che sfocia nella nullità parziale (che dunque non si estende all'intero contratto) a prescindere dalla essenzialità della clausola.

[57] Con riferimento ai contratti pubblici, l'ANAC ha evidenziato che l'applicazione dell'articolo 3, comma 5, della l. n. 49/2023, che ammetterebbe 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. n. 36/2023 ("determinazione dei parametri per la progettazione"), 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 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 (cfr. la nota ANAC del 19 aprile 2024 inviata al Ministero dell'Economia e delle Finanze e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti).

[58] Secondo orientamento pretorio consolidato, il *focus* dell'indagine sull'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, in *Foro it.*, 2022, 5, p. 1650 ss.

ISSN 2036-7821

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.

4. L'equo compenso nelle gare pubbliche: i controversi rapporti tra la l. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023

Così inquadrata l'evoluzione normativa della disciplina sull'equo compenso, la questione giuridica su cui il presente Studio intende indugiare è rappresentata dal rapporto tra la legge n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023 (come noto entrato in vigore in data 01 aprile 2023 ma con efficacia al 01 luglio 2023[59]).

Come sopra rilevato, l'equo compenso, non più principio ma norma cogente, porta con sé una serie di precipitati di assoluta rilevanza operativa, e ciò se sol si consideri che esso, in primo luogo, si applica inderogabilmente pure alle P.A. (viste dalla norma, pacificamente, come "contraenti forti")[60] e, in secondo luogo, trova applicazione non solo nella fase squisitamente "contrattuale" ma anche nelle fasi "della gara e dell'affidamento" dei contratti medesimi. Peraltro, tale regola è stabilmente presidiata da una misura di tutela reale, tant'è che l'ordinamento fulmina con la nullità tutte quelle clausole che si pongono in violazione con i compensi individuati dai parametri sopra citati.

Così sintetizzate le principali coordinate dispositive, per quanto qui di interesse, della l. n. 49/2023, e prima ancora di interrogarsi sulla sua compatibilità - o meno -

[59] Cfr. art. 230 del d.lgs. n. 36/2023. Si è parlato, sul punto, di una attivazione "a tre velocità": una prima -con decorrenza 01 aprile e con scadenza 30 giugno 2023 - in cui il Nuovo Codice, praticamente, non ha efficacia in quanto il d.lgs. n. 50/2016 viene utilizzato sia per i procedimenti in corso che ai nuovi procedimenti; una seconda in cui - a partire dal 01 luglio e sino al 31 dicembre 2023 - il Nuovo codice ha efficacia "parziale", con salvezza di alcune disposizioni del d.lgs. n. 50 cit.; una terza in cui - a partire dall'01 gennaio 2024 - il Nuovo Codice ha compiutamente efficacia per tutti i nuovi procedimenti.

[60] Diversamente, prima dell'entrata in vigore della l. n. 49/2023, secondo T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 29 aprile 2021, n. 1071, in *Dir. e giust.*, 2021 (con nota di G. MILIZIA), «la disciplina dell'equo compenso è rivolta a tutelare la posizione del professionista debole e non l'indipendenza, la dignità e il decoro della categoria professionale, la quale si realizza attraverso il rispetto dei precetti contenuti nel codice deontologico, che impongono al professionista di non offrire la propria prestazione in cambio di compensi lesivi della dignità e del decoro professionale, nel rispetto dei principi della corretta e leale concorrenza (articolo 9, comma 1, del Codice deontologico forense) e dei doveri di lealtà e correttezza verso i colleghi e le Istituzioni forensi (articolo 19 del codice deontologico forense)» di guisa che è «lecito derogare ai minimi tariffari ed all'equo compenso del legale che partecipa ad una procedura comparativa per il conferimento del mandato difensivo di una pubblica amministrazione. Infatti, secondo le linee guida n. 12 dell'ANAC sull'affidamento dei servizi legali, la natura degli stessi e l'importanza degli interessi coinvolti raccomandano di utilizzare in ogni caso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo».

ISSN 2036-7821

con il d.lgs. n 36/2023[61], pare opportuno brevemente isolare i riferimenti principali del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici quanto alle prestazioni professionali rese nei confronti della P.A. e relativo trattamento economico in termini di compenso equo.
Rileva, anzitutto, il disposto di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 ("Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito"), secondo cui 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 P.A. "garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso". Il divieto di prestazione gratuita[62] dell'attività sancito dal Codice[63] - qui perfettamente allineato, in principio, alla l. n. 49/2023 - si riferisce proprio alle prestazioni intellettuali/professionali[64] (cfr. art. 2229 c.c.) per le quali, quindi, stando al tenore letterale della disposizione, deve necessariamente operare la regola dell'equo compenso (art. 2233 c.c. e art. 19 *quaterdecies* d.l. 148/2017, già citati al §2).

---

[61] Si veda, in materia di equo compenso e appalti pubblici, A. SOLA, *Gare pubbliche ed equo compenso tra passato, presente e futuro*, in *Appalti&contratti*, 2023; A.E. BASILICO, *Equo compenso degli avvocati e Pubblica Amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2021, 4, pp. 536-545; F. BRUNETTI, *Equo compenso e nuovo codice dei contratti pubblici*, in Dir. banc., 2023.

[62] M. CLARICH, *Sull'affidamento gratuito il rischio sotto tracciadi un rapporto di scambio*, in *Ediliziaeterritorio*, 2017; G. PIZZONIA, *Prestazioni gratuite e compensi virtuali. Criticità fiscali a margine di una sentenza del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2018, 1, p. 9 ss.; A. ROTA, *Lavoro gratuito per la P.A.: ''un'opportunita` per arricchire il curriculum''*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 145 ss.

[63] La norma, *ante* Codice del 2023, era stata interpretata in maniera restrittiva dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui «la normativa sull'equo compenso sta a significare soltanto che, laddove il compenso sia previsto, lo stesso debba essere necessariamente equo, mentre non può ricavarsi dalla disposizione l'ulteriore (e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto […] La disposizione non esclude il (e nemmeno implica la rinuncia al) potere di discrezione dell'interessato, che resta libero di rinunciare al compenso, qualunque esso sia anche indipendentemente dalla equità dello stesso, allo scopo di perseguire o ottenere vantaggi indiretti o addirittura senza vantaggio alcuno, nemmeno indiretto, come tipicamente accade nelle prestazioni liberali (donazioni o liberalità indirette)»; Cons. Stato, sez. IV, 09 novembre 2021, n. 7442. Di segno opposto T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 02 agosto 2018, n. 1507, in *Dir. e giust*., 2018 (con nota di M. BOMBI), secondo cui è illegittimo «il bando del Comune con il quale si intende affidare la redazione del piano regolatore senza alcun compenso al professionista ma soltanto il rimborso spese, atteso che la configurabilità di un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito si pone in disarmonia rispetto al quadro di riferimento normativo, tenuto conto che non ogni servizio prestato reca con se vantaggi curricolari e di immagine tali da garantire, sia pure indirettamente, vantaggi economici tali da soddisfare il diritto a un equo compenso». Cfr. anche T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 06 febbraio 2017, n. 334, ove si è disposta l'illegittimità di un bando di gara per l'affidamento del servizio giuridico-legale di un Comune nel caso in cui esso risulti violare non solo i principi in tema di equo compenso, ma anche le regole delle procedure selettive pubbliche, della massima partecipazione della leale concorrenza, comunque applicabili anche in ipotesi di procedure selettive nei settori esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici.

[64] L. CARBONE, *La disciplina dell'equo compensodelle prestazioni professionali*, in *Foro it.*, 2023, 5, p. 181 ss.; C. MAZZANTI, *Le tutele del lavoratore autonomo: equo compenso, invalidità delle clausoleabusive e risarcimento del danno*, in *Lav. dir. eu.*, 2022, 2; B. ALICE, *La pubblica amministrazione deve sempre garantire un equo compenso per leprestazioni rese dai professionisti?*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, 2; M. GALLO, *L'equo compenso e la ratio della norma nel difficile equilibrio fra regole di mercato etutela degli interessi del legale*, in *Dir. it.*, 2021.

ISSN 2036-7821

Ulteriore disposizione di interesse è contenuta nell'art. 41, comma 15, del Codice[65], ove si rimanda all'allegato I.13 al fine di stabilire le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, mediante attualizzazione del quadro tariffario di cui alla tabella Z-2 del d.m. 17 giugno 2016. Inoltre, il medesimo comma 15 statuisce nel senso che i corrispettivi in esame sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento[66].

Ora, è indiscutibile come l'entrata in vigore, pure in tempi ravvicinatissimi, della l. n. 49/2023 (05 maggio 2023) e del d.lgs. n. 36/2023 (01 aprile 2023 ma con efficacia da 01 luglio 2023), ponga importanti interrogativi in termini di compatibilità, intersezioni e interferenze tra le due discipline.

Ebbene, un primo punto di confronto e dibattito riguarda l'applicabilità, o meno, delle disposizioni della legge 49/2023 al d.lgs. n. 36 cit. e ciò dal momento che l'art. 8 del Nuovo Codice, come visto, richiama sì il principio dell'equo compenso ma non le sue disposizioni applicative (*i.e.* la disciplina cogente sull'equo compenso).

La risposta, secondo parte delle opinioni espresse sul punto[67], parrebbe - astrattamente - affermativa, dato il tenore letterale dell'art. 2 della legge 49 (che, come detto, include nell'ambito soggettivo di applicazione anche le prestazioni rese nei confronti della P.A.) e dell'art. 5 della legge cit. (laddove si prevede la sanzione della nullità anche con riferimento a momenti tipicamente procedimentali della contrattualistica pubblica, ossia l'"esito della gara" e l'"affidamento", con quest'ultimo termine lasciando intendere l'applicabilità dell'equo compenso anche a procedure non tecnicamente "a competizione pubblica", come gli affidamenti

[65] Così recita il comma 15 cit: "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".

[66] Viene superata, pertanto, la previgente disciplina di cui all'art. 24, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, secondo la quale i corrispettivi di cui al d.m. del 17 giugno 2016 venivano utilizzati dalle stazioni appaltanti quale mero parametro ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara, consentendo così alle P.A. di derogarvi (cfr., sul punto, ANAC, parere di precontenzioso n. 566 del 01 luglio 2020 e Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094).

[67] È il caso del Consiglio Nazionale degli Ingegneri (cfr. circolare CNI n. 76 cit.), ove si rileva che a previsione dell'art. 8 del Codice dei contratti risponde ed è coerente con il quadro normativo vigente al 31 marzo 2023 (data della sua entrata in vigore) e dunque anteriore all'entrata in vigore della disciplina organica e generale dell'equo compenso, essendo la disposizione del Codice conforme a quanto prescriveva allora l'art. 19 *quaterdecies*, del d.l. 148/2017; articolo abrogato dall'art. 12 della l. n. 49/2023.

ISSN 2036-7821

diretti)[68].

Secondo una diversa posizione, invece, tutta la normativa del Nuovo Codice dovrebbe ritenersi pienamente vigente, anche nella parte dell'equo compenso quale mero "principio", dovendosi considerare invece abrogata, *in parte qua*, la l. n. 49/2023. Più nel dettaglio, si giungerebbe a tale conclusione attraverso il disposto di cui all'art. 15 delle Preleggi[69], per cui la prevalenza deve essere data a quella disciplina "entrata in vigore" successivamente (ossia, nel caso di specie, al d.lgs. n. 36/2023, che, sebbene entrato in vigore in data 01 aprile 2023, ha acquisito efficacia definitiva in data 01 luglio 2023, quindi successivamente al 20 maggio 2023, data di entrata in vigore, "piena", della l. n. 49/2023)[70].

Quindi, a seguire tale impostazione, l'interprete dovrebbe soffermarsi non tanto (e non più) sui rapporti tra d.lgs. n. 36/2023 e l. n. 49/2023, quanto piuttosto, e con specifico riferimento agli incarichi tecnici, solo sul disposto dell'art. 41, comma 15 cit. e dell'allegato I.13 (nel loro rapporto con l'art. 8 del Codice e quindi con l'equo compenso quale "principio"). Ciò a maggior ragione laddove si consideri, secondo detta posizione, la totale "incompatibilità" tra l. n. 49 cit. e Nuovo Codice dei Contratti con precipuo riferimento all'affidamento di servizi di ingegneria, ove da un lato (quello del d.lgs. n. 36) si ammetterebbe, attraverso la disciplina dei criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (rapporto qualità/prezzo o solo prezzo), un compenso inferiore ai parametri del d.m. 2016 cit.; dall'altro (la disciplina equo compenso), si esclude *tout court* qualsiasi sforamento verso il basso, a pena di nullità del contratto o dell'affidamento[71].

Prendendo le mosse proprio da quest'ultimo profilo (ossia la questione degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura), si giunge, poi, ad un secondo,

---

[68] Si veda, sul punto, la circolare n. 100 del 17.11.2023 del Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori, nella quale si invitano le stazioni appaltanti a non richiedere, proprio negli affidamenti diretti di servizi di architettura e ingegneria sotto soglia *ex* art. 50, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023, alcun ribasso all'operatore economico, in quanto «i corrispettivi - in ottemperanza alla legge sull'equo compenso e al nuovo Codice dei contratti - devono essere quelli fissati dal decreto Parametri».

[69] Art. 15 cit.: "Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore".

[70] Si veda sul punto F. BOTTEON, *L'equo compenso nei servizi tecnici affidati dalla pubblica amministrazione e l'individuazione del diritto vigente: entrata in vigore o efficacia del codice?*, in *LexItalia*, 2023, ove l'A. specifica che la legge "posteriore" è, agli effetti dell'art. 15 delle Preleggi, alla luce del comma 2 dell'art. 229, del d.lgs. n. 36/2023, quella del codice dei contratti e ciò dal momento che «è pacifico, invero, che prima del 1 luglio 2023, il codice dei contratti non ha prodotto alcun effetto, in nessuna norma. Nessun effetto giuridico è rilevabile come conseguenza dell'"entrata in vigore" del comma 1 dell'art. 229 d.lgs. 36/23. Tutto quello che ordinariamente produce l'"entrata in vigore" è ricollegabile, con riguardo alla disciplina concreta e sostanziale del d.lgs. 36, all' efficacia delle relative norme e non alla "formale", lessicale "entrata in vigore"»; peraltro, sottolinea l'A., «l'art. 15 delle preleggi non parla di entrata in vigore ma solo di "posteriorità", e tale concetto mobile può benissimo riferirsi al concetto innovativo di efficacia del corpo normativo introdotto dall'art. 229 d.lgs. 36».

[71] Sullo specifico punto, si veda la posizione espressa da L. PASSERI MENCUCCI per il Consiglio Nazionale degli Ingegneri pubblicato sul sito istituzionale del Consiglio citato il 01 agosto 2023.

ISSN 2036-7821

ulteriore, elemento controverso - segnalato in prima battuta da ANAC - legato alla interpretazione stessa dell'art. 41, comma 15, del Codice, ossia su come vadano trattati e considerati i corrispettivi dovuti ai professionisti. E ciò dal momento che: *(i)* la disposizione in parola sembrerebbe statuire che le tariffe del d.m. 17 giugno 2016 (riportate nell'allegato I.13) 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 precedentemente previsto dall'art. 24, comma 8, del d.lgs. 50/2016[72]), ossia un mero parametro dal quale è consentito alle Stazioni appaltanti di discostarsi, ma assurgerebbero a parametro vincolante e inderogabile per la determinazione dei corrispettivi; *(ii)* alla luce della l. n. 49/2023, il legislatore sembrerebbe aver reintrodotto dei parametri professionali minimi di guisa che, accogliendo tale impostazione, non si comprenderebbe "quale possa essere il ribasso massimo che conduce a ritenere il compenso equo nell'ambito delle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura"[73].

L'Autorità Anticorruzione, sul punto, ha inizialmente fornito una lettura "originale" della questione, sostenendo, in sostanza che se dette tariffe assurgono a parametro inderogabile - e quindi è impossibile corrispondere un compenso inferiore a quello equo (*i.e.* quello stabilito dai parametri ministeriali) - allora ne discenderebbe, per gli affidamenti in esame, la non utilizzabilità dei criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dovendosi preferire inedite gare costruite "a prezzo fisso" con competizione limitata alla componente qualitativa[74].

---

[72] Si veda l'irridente articolo *Equo compenso e aria fritta*, 2023, ove si rileva che «nell'articolo 24, comma 8, si disponeva che 'I predetti corrispettivi (le tariffe del decreto parametri - n.d.r.) sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo a porre a base di gara dell'affidamento', ebbene 'criterio o base di riferimento' non può significare conformità inderogabile, per cui legittimamente con opportuna motivazione ci si poteva discostare […] mentre nell'articolo 41, comma 15 recita 'Nell'allegato I.13 sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti' cosi imponendo una sorta di inderogabilità del decreto parametri (sopprimendo la possibilità di discostarsene)».

[73] Cfr. nota ANAC del 07 luglio 2023, avente ad oggetto "Criticità attinenti al coordinamento tra la disciplina del c.d. equo compenso e il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", ove l'Autorità, ritenuto che «non può fornire indicazioni sulla percentuale legittima di ribasso, in quanto sussiste il rischio di individuazione di una nuova soglia minima per i compensi diversa da quella per i compensi fissati dai decreti ministeriali per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, con l'ulteriore possibile effetto di trasformare la gara in una gara a prezzo fisso», ha segnalato la questione rimettendola alla competente Cabina di Regia presso la Presidenza del Consiglio, al fine di evitare pareri difformi e contenzioso, restando comunque a disposizione per ogni eventuale ulteriore approfondimento in un'ottica di collaborazione istituzionale.

[74] Il riferimento è alla delibera ANAC n. 343 del 20 luglio 2023, ove l'Autorità, sebbene con riferimento al d.lgs. n. 50/2016, ha rilevato che «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 tratterebbe, quindi, a detta dell'Autorità «di una novità di assoluto rilievo che, volta a garantire una adeguata remunerazione per le attività libero professionali, risulta

ISSN 2036-7821

Successivamente, in sede di predisposizione dello schema di Bando tipo n. 2/2023 ("Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo", in consultazione), l'ANAC ha individuato non più una ma tre soluzioni interpretative così brevemente riassunte: *(i)* necessità di svolgere gare a prezzo fisso, sulla base della inderogabilità del compenso individuato dalle tabelle ministeriali[75]; *(ii)* possibile ribasso limitato alle "spese generali", quale parte del corrispettivo a base d'asta che esula dal compenso professionale *tout court*[76]; *(iii)* non applicabilità della disciplina dell'equo compenso alle procedure di evidenza pubblica[77], in quanto in contrasto con il principio di concorrenzialità sancito a livello di normativa comunitaria[78].

---

indirettamente idonea anche a tutelare la qualità delle prestazioni, obiettivo di primaria importanza nel settore dei contratti pubblici».

[75] C.d. "Opzione 1: Necessità di svolgere gare a prezzo fisso". Si prevede che "sulla base del dato normativo, potrebbe sostenersi che il compenso professionale individuato sulla base delle tabelle ministeriali da porre a base di gara sia in ogni caso inderogabile e, pertanto, non possa essere assoggetto al ribasso in sede di offerta. Conseguentemente le gare che hanno ad oggetto esclusivamente prestazioni professionali devono essere aggiudicate a prezzo fisso, in applicazione delle indicazioni fornite dall'articolo 108, comma 5, del codice dei contratti pubblici. La competizione tra i concorrenti quindi potrà essere soltanto di tipo qualitativo ed avere ad oggetto specifiche caratteristiche del servizio, ferma restando la possibilità di premiare l'offerta di un tempo di esecuzione inferiore rispetto a quello previsto nel bando di gara".

[76] C.d. "Opzione 2: Possibile ribasso limitato alle spese generali". Si prevede che "fermo restando il divieto di sottoporre a ribasso il compenso professionale individuato sulla base delle tabelle ministeriali, si potrebbe mantenere ferma la possibilità di effettuare una gara con valutazione dell'offerta economica limitatamente alla parte di costo che esula dal compenso professionale e, pertanto, sostanzialmente, limitata alle spese generali. Con riferimento a tale possibilità, si evidenzia che consentendo il ribasso su una quota di tali spese, potrebbe verificarsi che i concorrenti più strutturati offrano il massimo ribasso sostenibile, attestandosi tutti su una quota fissa. In sostanza, ci sarebbe il rischio di attivare, anche in questo caso, ad una gara a prezzo fisso. Inoltre, si verificherebbe l'aspetto negativo che i professionisti singoli o le società di piccole dimensioni potrebbero essere costretti ad offrire un ribasso inferiore, non riuscendo ad abbattere nella stessa misura i costi. Quindi, sostanzialmente, la competizione verrà svolta sulle dimensioni dell'operatore economico o sulla capacità organizzativa e non sulla qualità del servizio".

[77] Recentemente, in via pretoria, si veda anche Cons. Stato, sez. III, 05 aprile 2024, n. 3176, ove si è specificato (checché senza alcun riferimento alla l. n. 49/2023) che l'applicazione della disciplina sull'equo compenso presuppone l'impossibilità di un'effettiva trattativa tra le parti, tenuto conto della diversa "forza contrattuale" tra professionista e cliente e "la sussistenza di un significativo squilibrio contrattuale" a carico del professionista ovvero "un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi", Ciò non ricorrerebbe «nell'ipotesi in cui vi sia libera adesione da parte del professionista ad un avviso (come nel caso di specie) o bando pubblico, predisposto dalla P.A., che contiene una disciplina che regola il rapporto convenzionale, ivi compreso il compenso; in questo caso, infatti, l'amministrazione pubblica non impone ai professionisti il compenso per la prestazione dei servizi legali da affidare, ma si limita a offrire loro la possibilità di svolgere un'attività professionale dietro un determinato compenso da essa prefissato; ogni singolo professionista può valutare liberamente se aderire o meno».

[78] C.d. "Opzione 3: Non applicabilità della disciplina dell'equo compenso alle procedure di evidenza pubblica". Si precisa che "i sostenitori di tale tesi affermano che la previsione di tariffe minime si pone in netto contrasto con il principio di concorrenzialità, con evidenti dubbi di compatibilità anche a livello di normativa comunitaria. Inoltre, occorre considerare che l'articolo 2, comma 1 della legge 49/2023 definisce il proprio ambito di applicazione in relazione ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui

ISSN 2036-7821

In attesa dell'esito della consultazione citata, l'ANAC ha espresso preferenza, in particolare, per la posizione *sub* (ii): in sostanza, a detta dell'Autorità, il "compenso", quale componente del corrispettivo posto a base d'asta, non sarebbe ribassabile (essendo precluso il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso); il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (peraltro obbligatorio per le gare c.d. "sopra soglia", ossia di importo pari o superiore a Euro 140.000), quindi, dovrà essere applicato, sulla base di soli criteri qualitativi e comunque "a prezzo fisso", al netto della ribassabilità delle sole "spese" - elemento, in breve, che concorrerebbe sì alla determinazione del corrispettivo da porre a base d'asta[79] ma che non sarebbe da considerare elemento costitutivo della diversa voce "compenso" (e da qui la sua ribassabilità) -, con la precisazione che, però, detto ribasso non potrà comunque "incidere" sull'equità del "compenso" medesimo (a pena di nullità della clausola *ex* art. 3 della l. n. 49/2023).

Proprio con riferimento alla suddetta "ribassabilità", recentemente la stessa ANAC,

all'articolo 2230 del codice civile. Ciò significa che la relativa disciplina è circoscritta alle ipotesi in cui la prestazione professionale trova fondamento in un contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale, in cui il singolo professionista assicura lo svolgimento della relativa attività principalmente con il proprio lavoro autonomo. Resterebbero, quindi, escluse dall'applicazione della disciplina sull'equo compenso le ipotesi in cui la prestazione professionale viene resa nell'ambito di un appalto di servizi, attraverso una articolata organizzazione di mezzi e risorse e con assunzione del relativo rischio imprenditoriale. Altro argomento portato a favore di tale ricostruzione è l'espressa applicazione della normativa sull'equo compenso alle 'convenzioni' che sarebbero identificabili in particolari rapporti contrattuali caratterizzati da una posizione dominante del committente, con conseguente necessità di ristabilire gli equilibri contrattuali proprio attraverso l'introduzione di tariffe minime. Tale situazione non ricorrerebbe nell'ambito delle procedure di gara caratterizzate dalla presentazione di offerte libere e adeguatamente ponderate da parte degli offerenti e dalla previsione di adeguati meccanismi atti proprio ad evitare la presentazione di offerte eccessivamente basse e quindi non sostenibili (anomalia dell'offerta). Ulteriori considerazioni muovono dall'esigenza di interpretare le disposizioni appartenenti a diversi ordinamenti in modo sistematico, tenendo conto del contesto ordinamentale complessivo in cui si inseriscono, pena l'annullamento dei principi di concorrenzialità e di evidenza pubblica che governano l'affidamento dei contratti pubblici".

[79] Secondo il Consiglio Nazionale degli Ingegneri (cfr. circolare CNI n. 76 cit.), in aderenza all'opzione n. (ii) individuata dall'ANAC, l'Allegato I.13 al Nuovo Codice distingue il "compenso" dal "corrispettivo" che, ai sensi dell'art. 1 dell'Allegato *supra*, è costituito dal compenso e dalle spese ed oneri accessori. Tanto sarebbe evincibile pure dal d.m. del 2016 ove l'art. 4 individua, per l'appunto, il "compenso" ("determinato dalla sommatoria dei prodotti tra il costo delle singole categorie componenti l'opera 'V', il parametro 'G' corrispondente al grado di complessità delle prestazioni, il parametro 'Q' corrispondente alla specificità della prestazione distinto in base alle singole categorie componenti l'opera e il parametro base 'P', secondo l'espressione che segue: $CP= \sum(V\times G\times Q\times P)$", mentre le "spese" sono definite al successivo art. 5 ("l'importo delle spese e degli oneri accessori è stabilito in maniera forfettaria; per opere di importo fino a euro 1.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 25 per cento del compenso; per opere di importo pari o superiore a euro 25.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 10 per cento del compenso; per opere di importo intermedio in misura non superiore alla percentuale determinata per interpolazione lineare". Le "spese", quindi, andrebbero distinte dal "compenso" vero e proprio in quanto, congiuntamente, determinano il corrispettivo che determina la base d'asta. Secondo la circolare sopra citata, quindi, poiché oggetto della legge n. 49/2023 è quello di tutelare il "compenso" equo e non le spese, «sul piano generale non sembrerebbero frapporsi ostacoli alla ribassabilità di queste ultime. Qualora si ammettesse la ribassabilità delle spese, la Stazione appaltante potrebbe quindi individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa per le prestazioni professionali sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo».

ISSN 2036-7821

chiamata ad esprimersi se sia da considerare "anomala" (con susseguente esclusione dell'O.E. per violazione della normativa sull'equo compenso) un'offerta formulata con percentuale di ribasso impattante anche il compenso professionale (oltre alle spese), ha evidenziato, con non pochi dubbi applicativi, che - data l'incertezza circa le modalità applicative della normativa sull'equo compenso nelle procedure di gara dirette all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura unitamente ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento e al principio dell'autovincolo - "non può operare l'eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, si commini a carico dei partecipanti una sanzione espulsiva per aver presentato un'offerta che, perfettamente aderente ai contenuti della *lex specialis*, risulti non conforme alla l. n. 49/2023"[80]. Secondo l'Autorità, in sostanza, i principi *supra* richiamati impedirebbero l'operatività dell'eterointegrazione del bando di gara di guisa che, per tale via, non può disporsi l'esclusione dei concorrenti per aver eventualmente formulato un ribasso incompatibile con le disposizioni di cui alla l. n. 49/2023 in commento.

Un terzo e ultimo profilo, derivante proprio dalla opzione *sub* (iii) evidenziata dall'ANAC e quindi con evidentissime ripercussioni in punto di applicabilità dell'equo compenso al d.lgs. n. 36/2023, riguarderebbe, invece, la compatibilità *ex se* della l. n. 49/2023 con le disposizioni eurounitarie a tutela della concorrenza[81]; e ciò

[80] Trattasi della delibera ANAC n. 101 del 28 febbraio 2024, ove l'Autorità ha pure evidenziato che, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, di regola, 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 (Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2016, n. 4553, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 6, p. 1123 ss.); si è osservato, in particolare, che l'eterointegrazione del bando «costituisce - in relazione alla sua attitudine ad incidere in maniera significativa sull'affidamento che la platea dei potenziali concorrenti deve poter nutrire sulla chiarezza, precisione ed univocità delle condizioni richieste per l'accesso alle procedure evidenziali, la cui formulazione incombe alla stazione appaltante – dispositivo del tutto eccezionale, suscettibile di operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa, la cui deroga sia in principio preclusa alle opzioni programmatiche della stessa amministrazione aggiudicatrice»; Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 2019, n. 5922). Sul punto, anche la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, consentendo allo stesso un termine per regolarizzare la posizione (C.G.U.E., sentenza 02 giugno 2016, C-27/15).

[81] Secondo C.G.U.E., sez. IV, 04 luglio 2019, C- 377/17, infatti, le tariffe minime e massime in materia di prestazioni professionali (in specie di progettazione fornite da architetti e ingegneri), rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2006/123 se soddisfano le seguenti condizioni: (i) non essere discriminatorie e (ii) essere necessarie e proporzionate alla realizzazione di un motivo imperativo di interesse generale. Con riferimento a tale aspetto, si veda *Equo compenso e aria fritta*, 2023, ove si evidenzia che «nulla toglie alla necessità che i minimi tariffari per poter vantare la compatibilità col diritto unionale (semplificando al massimo l'alveo dell'articolo 15, paragrafo 1, paragrafo 2, lettera g), e paragrafo 3, lettera c), della direttiva Bolkestein) siano finalizzati all'obiettivo di assicurare un elevato livello di qualità delle prestazioni di progettazione e che il legislatore nazionale dimostri le ragioni per cui il fatto di mettere a disposizione dei clienti una misura meno restrittiva, non sia sufficiente a conseguire il suddetto obiettivo in modo adeguato; in assenza di tali presupposti la fissazione di tariffe obbligatorie per le prestazioni di progettazione degli architetti e

ISSN 2036-7821

anche alla luce di una recente sentenza della Corte di Giustizia Europea, ove è stata ritenuta illegittima, in violazione dell'art. 101 T.F.U.E.[82], la determinazione "orizzontale" (per il tramite, cioè, di "accordi" *infra* categoria, resi vincolanti dalle norme locali) dei prezzi fissati direttamente dal Consiglio forense bulgaro in quanto determina un grado sufficiente di dannosità nei confronti della concorrenza (a prescindere quindi dal livello a cui è fissato il prezzo minimo)[83]. *Mutatis mutandis*, poiché in Italia le tariffe sono, di fatto, determinate con decreto ministeriale "sentiti gli ordini professionali" o "su proposta" dei medesimi[84], le conclusioni della

degli ingegneri non può essere considerato proporzionato a tale obiettivo». Per cui secondo l'A., permane il dubbio circa la compatibilità della legge nazionale (l. n. 49/2023) con i requisiti di cui alla direttiva Bolkestein e cioè «a) è necessaria in quanto giustificata da un motivo imperativo di interesse generale? O solo l'interesse delle categorie professionali? b) garantisce la realizzazione dell'obiettivo perseguito o eccede quanto necessario per raggiungerlo e sia impossibile sostituirla con altre misure meno restrittive che permettono di conseguire lo stesso risultato?». Cfr. E. BERGAMINI, B. NASCIMBENE, *Libere professioni, servizi e concorrenza. norme nazionali e diritto UE a confronto*, in *Dir. comm. int.*, 2019, 1, p. 14 ss.; F. CASOLARI, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sugli onorari (minimi) previsti per l'esercizio della professione forense e sulla loro compatibilità col diritto UE antitrust: un passo avanti e due indietro?*, in *Giur. comm.*, 2018, 3, p. 406 ss.

[82] Art. 101 T.F.U.E.: "Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno".

[83] Si tratta di C.G.U.E., sez. IV, 25 gennaio 2024, C-438/22, ove è stato rilevato che «l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE , in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui un giudice nazionale constati che un regolamento che fissa gli importi minimi degli onorari degli avvocati, reso obbligatorio da una normativa nazionale, è contrario a detto articolo 101, paragrafo 1, esso è tenuto a rifiutare di applicare tale normativa nazionale nei confronti della parte condannata a pagare le spese corrispondenti agli onorari d'avvocato, anche qualora tale parte non abbia sottoscritto alcun contratto di servizi d'avvocato e di onorari d'avvocato». La questione prende le mosse dalla possibilità o meno, per il giudice bulgaro, di fissare i compensi dell'avvocato in misura inferiore alla soglia determinata da un regolamento adottato da un'organizzazione professionale di avvocati (richiamato dalla normativa interna). In particolare il quesito posto alla Corte è riassumibile in questi termini cioè se una normativa nazionale, come quella bulgara relativa agli onorari degli avvocati, che, da un lato, non consente all'avvocato e al proprio cliente di pattuire un onorario d'importo inferiore al minimo stabilito dal regolamento (adottato dall'associazione di imprese costituita da un'organizzazione di categoria dell'ordine forense) e, dall'altro, non autorizza i giudici nazionali aditi a disporre la rifusione degli onorari d'importo inferiore a tale minimo, sia idonea a restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, T.F.U.E. La norma è stata ritenuta rilevante in quanto le tariffe in questione erano state determinate dal Consiglio superiore dell'ordine forense bulgaro, i cui membri sono tutti avvocati eletti da colleghi. Tale organo agisce in particolare, in assenza di qualsiasi controllo da parte delle autorità pubbliche e di disposizioni idonee a garantire che esso si comporti quale emanazione della pubblica autorità, come un'associazione di imprese quando adotta i regolamenti diretti alla fissazione degli importi minimi degli onorari forensi. Sulla natura del Consiglio bulgaro, C.G.U.E., sez. III, 23 novembre 2017, C-427/16 e C-428/16.

[84] Sulla natura degli ordini professionali, *inter alia*, si veda Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164, ove, con riferimento al CNF e all'adozione del - diverso rispetto alla determinazione delle tariffe professionali - codice deontologico, si legge che «il Consiglio nazionale forense (CNF), a seconda degli ambiti in cui interviene, può svolgere 'attività amministrativa', 'giurisdizionale' e 'di impresa'. A tale ultimo proposito, la giurisprudenza europea e nazionale ha affermato che la nozione europea di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale, con la conseguenza che l'Ordine professionale può essere qualificato alla stregua di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE. In particolare, si è rilevato che un'organizzazione professionale, quando

ISSN 2036-7821

C.G.U.E., quanto alla violazione della concorrenza in siffatti casi, sarebbero astrattamente applicabili anche al piano nazionale[85] (*i.e.* alla l. n. 49/2023).
Dette, plurime, perplessità dell'Autorità Anticorruzione ben si evincono, del resto, pure nella Relazione annuale ANAC del 14 maggio 2024, ove la questione dell'equo compenso - posta suggestivamente tra le "regole restrittive della partecipazione alle gare"[86] - viene significativamente riassunta da ANAC come una "antinomia" tra la l. n. 49/2023, che attribuisce agli importi calcolati ai sensi del decreto ministeriale giugno 2016 un carattere inderogabile (con la conseguenza che non sarebbero ammessi riduzioni dell'importo a base di gara né ribassi in sede di gara inferiori al minimo tariffario) e il Codice dei contratti pubblici, che richiama i suddetti parametri ai fini della determinazione dell'importo a base di gara che, di regola, è invece soggetto a ribasso. Peraltro, secondo l'Autorità, il d.lgs. n. 36/2023 già perseguirebbe *ex se* la finalità sottesa alla l. n. 49/2023 (ossia tutelare il compenso "equo" del professionista) - 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[87] - di guisa che l'applicazione di quest'ultima alle procedure ad evidenza pubblica non riserverebbe alcuna utilità "pratica"[88].

---

adotta un atto come il codice deontologico, non esercita né una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà né prerogative tipiche dei pubblici poteri. Essa appare come l'organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce, peraltro, un'attività economica».

[85] Si segnala, però, che la peculiarità del sistema bulgaro è che la norma di legge - come detto - rende vincolante direttamente il regolamento adottato dal "*Visshia advokatski savet*" (Consiglio superiore dell'ordine forense bulgaro) mentre nel caso della legge italiana sull'equo compenso (l. n. 49/2023) sono i parametri a stabilire le tariffe, il che già renderebbe evidente una prima, dirimente, differenza: in Italia non vi è alcuna determinazione "orizzontale" delle tariffe (*i.e.* non sono figlie di un accordo di categoria) ma al più "verticale", essendo queste direttamente, immediatamente ed esclusivamente fissate dall'autorità pubblica, senza coinvolgimento "determinante" o ruolo fondamentale delle associazioni di categoria.

[86] Secondo l'Autorità, le problematiche più ricorrenti con riferimento al tema in esame sarebbero da rinvenire: (i) nella mancata corretta applicazione del decreto ministeriale giugno 2016; (ii) nell'indeterminatezza della quantificazione delle voci del corrispettivo, non sempre supportata dall'allegazione del computo della parcella e all'incompletezza delle voci del compenso computate in sede di gara, soprattutto nei casi di unificazione dei livelli progettuali; (iii) nella prassi di alcune stazioni appaltanti di operare una riduzione dell'importo determinato secondo le tabelle dei corrispettivi, mettendo in gara per il confronto concorrenziale un corrispettivo già scontato.

[87] Cfr., *amplius*, la nota del 19 aprile 2024 inviata dall'ANAC al Ministero dell'Economia e delle Finanze e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ove si specifica, con riferimento a dette "modalità", che è prevista «l'applicazione di specifici meccanismi volti a scongiurare la presentazione di offerte eccessivamente basse e, quindi, non sostenibili (la disciplina sull'anomalia dell'offerta, la possibilità di prevedere un'appropriata ponderazione tra punteggio qualitativo ed economico, la possibilità di utilizzare formule per il punteggio economico che disincentivino eccessivi ribassi)».

[88] Specifica l'ANAC, inoltre, che la l. n. 49/2023 sarebbe comunque applicabile solo ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. (*i.e.* 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. Secondo l'Autorità, i contratti pubblici aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e

ISSN 2036-7821

5. Una possibile diversa ricostruzione

Alla luce delle suddette, controverse, posizioni che emergono con riferimento al rapporto tra il d.lgs. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023 (in specie circa l'applicazione della novella disciplina sull'equo compenso agli appalti di servizi di ingegneria e architettura), si evince, invero, chiaramente come il campo - "minato" - di indagine rischi di generare non poche perplessità e dubbi operativi su una disciplina, quella dell'equo compenso, che sembrerebbe invece reclamare con forza una sua primaria - e strettamente collegata - rilevanza[89] rispetto alla normativa sui contratti pubblici.

Contrariamente, quindi, a quelle tesi che vorrebbero le procedure ad evidenza pubblica, per servizi professionali, soggiacere solo ed esclusivamente alle regole cristallizzate nel d.lgs. 36 (con esclusione di tutto quello che, astrattamente, "ruota" intorno agli affidamenti di che trattasi), preme, anzitutto, evidenziare come la disciplina sull'equo compenso pone una netta e imprescindibile tutela, quale bene pure costituzionalmente protetto, nei confronti della "quantità" e della "qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale". Tutele che - sebbene, si badi, con riferimento ai lavoratori "dipendenti" - già *ex se* trovano dimora nel d.lgs. n. 36/2023, laddove, ad esempio, l'art. 11 del Codice dei Contratti Pubblici prevede, tra i principi generali, l'obbligo di applicazione del "contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro" attraverso disposizioni pregnanti e vincolanti (pure con riferimento alla scelta stessa del CCNL) che mirano a garantire al lavoratore le migliori tutele sia sotto il profilo normativo che economico[90].

Anzitutto, in punto di sistematica, la l. n. 49 costituisce, di fatto, norma di relazione a tutela di un diritto soggettivo (quello, cioè, all'equo compenso), di guisa che il diritto in questione, così perimetrato, risulterebbe immune dal potere amministrativo (tant'è che la legge stessa dispone, peraltro, la "nullità" di pattuizioni lesive del compenso "equo"). Ora, se è vero che le disposizioni della legge hanno, come evidenziato, carattere imperativo e cogente (quantomeno con riferimento ai rapporti tra privati),

---

architettura, invece, sono normalmente riconducibili ai contratti di appalto *ex* articolo 1655 c.c., con cui una parte assume l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio.

[89] Rilevanza che si evince anche dalla recente giurisprudenza sul punto: si veda, ad esempio, quanto evidenziato da Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2024, n. 2694, ove i giudici amministrativi hanno riconosciuto il diritto di accesso all'Ordine degli Avvocati di Roma a una convenzione stipulata tra un'associazione di enti pubblici e una società privata per cedere a quest'ultima il contenzioso qualora emergano informazioni, anche a mezzo stampa, «potenzialmente idonee a consentire la violazione delle prescrizioni di legge che impongono di remunerare le prestazioni professionali con un equo compenso».

[90] La previsione, ovviamente, non è diretta a estendere *ex lege* ed *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato qualora, sulla base di una propria scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività, purché consapevole, in caso di non accettazione della clausola dell'appalto pubblico, dell'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica.

ISSN 2036-7821

se spostiamo l'angolo visuale alle procedure ad evidenza pubblica con la P.A. di cui al d.lgs. n. 36/2023, quest'ultima, nell'individuazione di una base d'asta per i servizi professionali (momento di esercizio del potere da parte dell'amministrazione), non potrà giammai violare il diritto *ivi* cristallizzato[91] (è evidente che l'auto-attribuzione di poteri a danno dell'equo compenso si porrebbe in insanabile contrasto pure con il principio di legalità).

Sul piano dei principi, poi, non può tacersi come lo stesso art. 12 del Nuovo Codice dei Contrati Pubblici preveda un "rinvio esterno" a quelle disposizioni che non trovano nel d.lgs. n. 36/2023 immediata dimora (sebbene il riferimento espresso sia alla l. n. 241/1990 e al Codice civile). Il Codice, però, si atteggia qui come "porta aperta" a tutte quelle norme che disciplinano, di fatto, aspetti specifici e inderogabili riferiti al rapporto tra privato e P.A. (come l'equo compenso, che, a maggior ragione, trova la sua genesi proprio nelle disposizioni del Codice civile, cfr. art. 2233 c.c.). Ingresso, quello dell'equo compenso nel Codice dei Contratti Pubblici, avvalorato pure dalla stessa l. n. 49/2023 che prevede, come detto all'art. 2, che "le disposizioni della presente legge si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione". Già solo da tale angolo visuale, adunque, risulterebbe sconfessata qualsiasi collisione tra la legge sull'equo compenso con le disposizioni del codice dei contratti pubblici.

Ora, posto che, come ampiamente rilevato, quella sull'equo compenso costituisce una disciplina a portata "obbligatoria e generale" oltre che cogente e imperativa (cfr. §3. del presente scritto), la chiave di lettura per sancire la compatibilità "piena" tra la l. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023, anche con riferimento ai servizi di ingegneria e architettura per quanto qui di precipuo interesse, la si rinviene non solo tra i principi generali del Codice dei Contratti Pubblici ma pure nelle disposizioni immediatamente applicabili agli affidamenti di che trattasi (*i.e.* l'art. 41 del d.lgs. n. 36 cit.).

[91] Non è questa la sede per ripercorrere, anche in chiave evolutiva, l'alluvionale e denso dibattito dottrinario e giurisprudenziale con riferimento alle norme "di relazione" e "di azione". Per quanto qui di precipuo interesse, giova giusto rilevare che le norme di relazione hanno proprio la funzione di definire «i confini esterni dei poteri autoritativi della pubblica amministrazione», di determinare «l'assetto dei rapporti specifici fra soggetti pubblici e soggetti privati (delimitando) le rispettive situazioni dei soggetti in gioco, […] configurando la stessa capacità giuridica degli uni e degli altri». Le norme di relazione, in altri termini, determinano il modo di essere della pubblica amministrazione, ed in particolare il suo modo di essere nei rapporti di cui è parte. Talché, dicendo per metonimia ciò che essa può fare (quali sono i poteri di cui è titolare), «le norme di relazione individuano i tratti costitutivi dell'esistenza di una data pubblica amministrazione. E ciò, si badi bene, in un sistema delle fonti nel quale tali tratti costitutivi debbono essere determinati dalla legge ex art. 97 Cost.». M.A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1984, p. 648 ss.; ID., *Precisazioni in tema di mancanza di potere ed inesistenza dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, p. 200 ss.; ID., *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. Dir. pubb.*, 1949, p. 126 ss.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 261 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1975.

ISSN 2036-7821

Ed infatti l'asserita "antinomia" (pure richiamata da ANAC) tra le disposizioni di legge sopra citate - entrambi plessi "speciali" - ben può essere risolta attraverso una interpretazione letterale, teleologica e adeguatrice delle norme in apparente contrasto, al fine di determinarne il significato che è loro proprio, coordinandole anche in un più ampio sistema di norme, rappresentato dall'ordinamento giuridico.
Proprio da un'interpretazione così perimetrata si rinviene, invero, l'inequivoca applicabilità dell'equo compenso alla materia dei contratti pubblici e la loro piena compatibilità.
Al di là del fatto che già la l. n. 49/2023, come detto, espressamente prevede l'applicazione di detta legge anche con riferimento alla P.A., riconoscendo la legittimazione del professionista all'impugnazione del contratto, dell'esito della gara e dell'affidamento qualora sia stato determinato un corrispettivo qualificabile come "iniquo" dalla legge cit., sul piano dei principi, è chiaro anche il tenore letterale dell'art. 8, comma 2, del Codice dei Contratti, ove si prevede che "le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione". Salvo i suddetti casi eccezionali, "la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso"[92].
Sul piano letterale e teleologico, pertanto, già l'art. 8 cit. depone in maniera chiara per l'applicabilità delle previsioni della l. n. 49/2023; diversamente opinando, infatti, 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 P.A. che, nel mercato del lavoro attuale, rappresentano pure una percentuale preponderante del totale dei rapporti contrattuali conclusi per la prestazione di tale tipologia[93]. Quindi, se, da un lato, la l. n. 49/2023 prevede esplicitamente l'applicazione alle prestazioni rese in favore della P.A., senza esclusioni, dall'altro lato, l'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 impone chiaramente alle P.A. di garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso nei confronti dei prestatori d'opera intellettuale (salvo che in ipotesi eccezionali di prestazioni rese gratuitamente)[94].

[92] Superando, quindi, quel filone giurisprudenziale restrittivo secondo cui, in breve, l'equo compenso, ove non espressamente previsto nella legge di gara, poteva essere obliterato (tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 09 novembre 2021, n. 7442), la legge delega ha imposto che il compenso non solo deve esserci ma deve anche essere "equo", in virtù dell'art. 2223 c.c. ma anche dell'art. 13 *bis* della l. n. 247/2012.

[93] ANAC, nel 2021, ha stimato in circa 70 miliardi di euro il valore totale degli appalti di servizi aggiudicati dalle P.A.

[94] Sul punto, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. V *ter*, 30 aprile 2024, n. 8580, ove si legge, con riferimento all'applicabilità della l. n. 49/2023 alle procedure ad evidenza pubblica, che «la scelta di applicare la disciplina sull'equo compenso esclusivamente alle prestazioni di natura intellettuale rese in favore della P.A. dal singolo professionista, che non necessiti (o comunque non si avvalga) di un'organizzazione di mezzi e risorse, sarebbe difficilmente giustificabile dal punto di vista logico, considerata l'ontologica corrispondenza tra le prestazioni rese dal singolo e quelle rese nell'ambito di una società/impresa (tanto più che per 'servizi di natura intellettuale'

ISSN 2036-7821

Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, nemmeno sembrerebbero sussistere eventuali limiti all'applicazione della l. n. 49/2023, come detto legge speciale, collegati alla parimenti specialità delle norme di settore di cui al Codice dei contratti pubblici. Ed infatti, al di là degli aspetti squisitamente cronologici che legano i due plessi normativi oggetto di analisi (che vedono, peraltro, l'entrata in vigore della legge 49/2023 in data successiva a quella del d.lgs. n. 36/2023 in punto di deroga), è evidente, proprio ai sensi dell'art. 15 delle Preleggi, che tanto può sussistere una "abrogazione" (e quindi un conflitto) solo laddove vi sia: (i) una dichiarazione espressa del legislatore (assente nel caso di specie); (ii) una incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti (anche tale profilo, come visto, del tutto insussistente); (iii) una nuova legge che regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore (lì dove chiaramente si è visto come, *de contrario*, l'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 funge proprio da porta scorrevole per l'ingresso della disciplina sull'equo compenso, da principio a norma cogente).

Né sembrerebbero sussistere antinomie con riferimento alla disposizione di cui all'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 che, in ossequio ai criteri delega di cui all'art. 1 della l. n. 78/2022, prevede la possibilità da parte della P.A., in casi eccezionali e previa adeguata motivazione di prevedere la gratuità della prestazione; ed infatti, tanto si collega con l'art. 3, comma 3, della l. n. 49/2023, ai sensi del quale "non sono nulle le clausole che riproducono le disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione Europea o l'Unione Europea". Anche da tale angolo visuale, infatti, la norma non fa altro che confermare la natura eccezionale della gratuità della prestazione, rispetto alla sua equa onerosità che resta, invece, la regola generale.

Peraltro, a dipanare qualsiasi dubbio in merito alla compatibilità tra la l. n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023, militerebbe pure l'art. 1 stesso del Codice dei Contratti Pubblici laddove si prescrive, con riferimento al c.d. "principio del risultato"[95], che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto[96] e della sua esecuzione con la massima tempestività e il "migliore rapporto

---

oggetto di appalto, come i servizi di ingegneria e architettura, si intendono 'quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse'».

[95] In via pretoria, sull'applicazione di detto principio, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 25 marzo, 2024 n. 5834; Id., sez. I *bis*, 12 marzo 2024, n. 5004; Cons. Stato, sez. III, 05 marzo 2024, n. 2149; Id., sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 25 marzo 2024, n. 1910; Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2024, n. 1372; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 28 febbraio 2024, n. 541; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 12 febbraio 2024, n. 122.

[96] In dottrina, G. TERRACCIANO, *Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia*, in questa *Rivista*, 2023, 3, p. 1275 ss.

ISSN 2036-7821

possibile tra qualità e prezzo"[97], nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza[98]. È di interesse notare come la concorrenza, nel Nuovo Codice, è funzionale proprio a conseguire il migliore risultato[99] possibile nell'affidare ed eseguire i contratti; si collega, cioè, il risultato inteso come fine alla concorrenza[100] intesa come metodo. Il nesso tra "risultato" e "concorrenza" (la seconda in funzione del primo[101]), per quanto qui di precipuo interesse, risulta fondamentale con riferimento alle prestazioni professionali di che trattasi, dal momento che il Codice non prevede il perseguimento di "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso"[102], che, per l'appunto, accresca la qualità in ragione del prezzo[103].

Orbene, con riferimento alle prestazioni professionali di che trattasi (e al di là del dato riferibile ai servizi di ingegneria e architettura), ciò che viene qui viene in rilievo è il fatto che l'equo compenso, con precipuo riferimento alle prestazioni professionali, non solo rappresenta il punto di caduta del sopra citato principio del risultato ma la stessa concorrenza è chiaramente tutelata dall'istituto qui in esame[104],

---

[97] Il tema della "qualità" della prestazione viene richiamato, peraltro, proprio dall'art. 1 della l. n. 49/2023, ove si legge, per l'appunto, che "per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto"

[98] Sulle diverse letture del principio di concorrenza si veda, in dottrina, A. BARONE, R. D'AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, p. 273 ss.

[99] Ben prima della codificazione di detto principio nel Codice, si vedano i pregnanti contributi della dottrina tutti pubblicati in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004. Si v. M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, p. 4845 ss.

[100] A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

[101] Si veda anche Corte cost., n. 131/2020, in *cortecostituzionale.it*, dove si afferma che la concorrenza non è un fine ma uno strumento che può essere sacrificato se ci sono interessi superiori da realizzare. La "demitizzazione" della concorrenza come fine da perseguire ad ogni costo è anche alla base della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. sentenza n. 218/2021, in *cortecostituzionale.it*, che chiarisce come il perseguimento della tutela della concorrenza incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti).

[102] Non a caso si è affermato in via pretoria come il principio del risultato costituisce «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la concorrenza, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più virtuoso, viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali sintomi di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento»; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

[103] In giurisprudenza si è pure affermato come «*sebbene il Codice abbia aumentato gli spazi di discrezionalità dell'Amministrazione,* […] *vi sono casi in cui invece la discrezionalità viene ridotta: ciò accade quando il legislatore ritiene necessario limitare detti spazi di discrezionalità rispetto all'interesse pubblico primario del Codice, e cioè rispetto al principio del risultato*»; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 15 marzo 2024, n. 386.

[104] Del resto, il risultato stesso si inquadra nel contesto della legalità e per l'appunto della concorrenza: tramite la codificazione del principio del risultato si vuole ribadire, come evidenziato nella Relazione al Nuovo Codice dei

ISSN 2036-7821

dal momento che, in assenza della retribuzione "equa" delle prestazioni, si andrebbe di fatto surrettiziamente a restringere la platea di operatori economici interessati alla partecipazione alla gara stessa[105] (si pensi, ad esempio, a soggetti con strutture organizzative e gestionali "complesse" e di grandi dimensioni, che, a vantaggio dell'elemento qualitativo, potrebbero però essere "discriminate" in punto di base d'asta non equa o addirittura sottostimata[106]). Da tale prospettiva, quindi, l'equo compenso si atteggia a vero e proprio collettore di interessi, privati certamente (in punto di equa retribuzione delle prestazioni) ma pure pubblici, dal momento che esso persegue quegli obiettivi di risultato (art. 1 del Codice dei Contratti Pubblici), di accesso al mercato (si veda l'art. 3 del Codice cit., nel senso della tutela della concorrenza e di non discriminazione tra O.E.[107]) e di equa remunerazione della prestazione (art. 8 del Codice) che devono sussistere *ex lege* nell'affidamento di commesse pubbliche[108].

Contratti Pubblici, che "legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività".

[105] Si consideri, inoltre, che i professionisti i cui Ordini già prevedano sanzioni nel caso in cui il soggetto accetti contratti al di sotto di equo compenso (cfr., ad esempio, l'art. 25 *bis* del Codice Deontologico Forense) sarebbero pure discriminati rispetto a quei professionisti i cui Ordini (nazionali o territoriali) non abbiano previsto misure sanzionatorie a riguardo.

[106] Da diversa prospettiva, il professionista concorrente potrebbe pure essere "tentato" di abusare della nullità di protezione prescritta dalla l. n. 49/2023, 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, come ampiamente rilevato nei paragrafi precedenti, "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, che costituisce elemento di prova sulle caratteristiche, sull'urgenza e sul pregio dell'attività prestata, sull'importanza, sulla natura, sulla difficoltà e sul valore dell'affare, sulle condizioni soggettive del cliente, sui risultati conseguiti, sul numero e sulla complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate". Ciò con il non trascurabile rischio di giungere ad un aggiramento del principio di tendenziale immutabilità dell'offerta anche in sede di esecuzione del contratto pubblico. Sul punto, secondo T.A.R. Veneto, Venezia, sez. III, 03 aprile 2024, n. 632, «nell'ambito di gare […] 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».

[107] Il principio dell'accesso al mercato, codificato all'art. 3 del d.lgs. n. 36/2023 ("Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità"), mira, del resto, proprio a garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle gare pubbliche.

[108] Come evidenziato da T.A.R. Veneto, n. 632/2024 cit., in punto di piena compatibilità e applicabilità della l. n. 49/2023 al d.lgs. n. 36/2023, 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

ISSN 2036-7821

Peraltro, sempre con riferimento al tema della concorrenza, nemmeno sembrerebbero sorrette da ragionevoli basi quelle teorie volte a censurare l'equo compenso (per come perimetrato dalla l. n. 49/2023) in punto di compatibilità con il diritto eurounitario.

Ed infatti, vale la pena evidenziare come l'impostazione seguita dalla l. n. 49/2023 deriva dal dichiarato intento del legislatore italiano di preservare il professionista intellettuale nell'ambito dei rapporti con "contraenti forti" (inclusa la P.A.). Viste le peculiarità dei servizi professionali di che trattasi, la previsione dell'inderogabilità - al ribasso - dell'equo compenso, oltre a trovare applicazione omogenea nei confronti di ogni operatore economico, non sembrerebbe *ex se* in grado di ostacolare la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. La legge in oggetto, infatti, mira "semplicisticamente" al riconoscimento, in favore del professionista aggiudicatario, di un compenso che sia proporzionato alla prestazione intellettuale eseguita (cioè "equo"), ridondando tali disposizioni, di fatto, in un rafforzamento delle tutele e dell'interesse alla partecipazione alle gare pubbliche, rispetto alle quali l'operatore economico, sia esso grande o piccolo, italiano o di provenienza UE, è consapevole del fatto che la competizione si svolgerà anzitutto sul profilo qualitativo e tecnico dell'offerta formulata, fermo restando l'elemento "prezzo" che comunque non potrà essere ribassato al di sotto di quanto stabilito dai decreti ministeriali di riferimento (e ciò, in punto pro-concorrenziale, sia a tutela dei piccoli operatori che di quelli di grandi dimensioni)

Visto quanto sopra, dunque, il meccanismo derivante dall'applicazione della l. n. 49/2023 è tale da garantire sia dei margini di flessibilità e di competizione anche sotto il profilo economico, sia la valorizzazione del profilo qualitativo e del risultato (in piena aderenza, quindi, alle ragioni che sottostanno al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa-OEPV, di cui meglio si dirà *infra*) in coerenza con il dettato normativo nazionale e eurounitario e con i principi di cui al T.F.U.E. (art. 101) e del T.U.E. (art. 4)[109].

Tanto è stato confermato, peraltro, anche in via pretoria, ove, proprio con riferimento alla citata pronuncia della C.G.U.E. (*i.e.* C-438/22 del 25 gennaio 2024, invocata "a supporto" dell'asserita incompatibilità della l. n. 49/2023 con le disposizioni a favore della concorrenza), si è evidenziato come, in detta fattispecie, gli importi minimi degli onorari degli avvocati, pur essendo stati recepiti dal legislatore nazionale, erano

gare, laddove vengono in gioco anche interessi generali ulteriori correlati alla tutela della concorrenza e della par condicio dei concorrenti in gara».

[109] Devesi necessariamente evidenziare, infatti, con riferimento alle ipotesi di restrizione della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, che la "restrizione" è configurabile solo a fronte di misure che effettivamente vietino, ostacolino o scoraggino l'esercizio di tali libertà (cfr., *ex multis*, C.G.U.E., C-439/99 del 15 gennaio 2002; Id., C-442/02 del 05 ottobre 2004). Ciò si può configurare «a fronte di misure che, per quanto indistintamente applicabili, pregiudichino l'accesso al mercato per gli operatori economici di altri Stati membri».

ISSN 2036-7821

stati determinati dalla stessa associazione di categoria nel perseguimento di un proprio interesse specifico e settoriale, con una finalità, quindi, del tutto diversa dall'obiettivo perseguito dal legislatore italiano attraverso la novella in esame che, imponendo di preservare l'equo compenso di tutti i professionisti intellettuali nei rapporti con la P.A., nell'ambito delle procedure di gare, ove, evita l'offerta di prestazioni al ribasso e la possibile eliminazione, dalle pubbliche gare, degli operatori che offrono prestazioni maggiormente qualitative[110].
In buona sostanza, quindi, l'esistenza di una "restrizione" ai sensi del T.F.U.E. e del T.U.E. non può essere desunta dalla mera circostanza che i professionisti stabiliti in Stati membri diversi dall'Italia debbano, per il calcolo dei loro onorari, tenere necessariamente conto delle norme applicabili in tale Stato membro. Semmai verrebbe a crearsi detta restrizione - in contrasto, adunque, con i principi eurounitari richiamati - laddove detti professionisti fossero concretamente privati della possibilità di "entrare" nel mercato italiano in condizioni di concorrenza normali ed efficaci (concorrenza che la *ratio* stessa dell'equo compenso, per come ripercorsa, mira, invece, a tutelare).

6. L'applicabilità dell'OEPV alle gare di servizi di ingegneria e architettura

Così meglio esplicitate le ragioni che militano per una piena compatibilità tra la disciplina dell'equo compenso e le disposizioni di cui al d.lgs. n. 36/2023, pare opportuno soffermarsi pure sulle modalità procedurali di affidamento delle commesse pubbliche in esame (ossia quelle relative ai servizi professionali), con specifico riferimento a quelle inerenti ai servizi di ingegneria e architettura.
L'analisi non può che prendere le mosse dal chiaro tenore letterale dell'art. 108, comma 2, lett. b), del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, ove si prevede che "i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro" sono aggiudicati - si badi -"esclusivamente" sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. La disposizione in questione non abbisogna di delucidazione alcuna: l'OEPV rappresenta, per detti affidamenti, l'unica modalità procedurale perseguibile ai fini dell'aggiudicazione.
Il dettato normativo, quindi, già per come formulato mina *ex se* - e a tutta evidenza - le opzioni predicate da ANAC, *supra* riportate, con riferimento all'applicazione, per

[110] Si è evidenziato, peraltro, come un maggior onere per le finanze pubbliche potrebbe derivare non tanto dall'applicazione in sede di gara dalle previsioni della l. n. 49/2023, quanto dalla stipulazione di contratti nulli da parte delle P.A. che abbiano operato in contrasto con la norma imperativa, dal momento che non può ragionevolmente affermarsi che sia quest'ultima norma a dover stanziare le risorse economiche per far fronte alle possibili e indeterminate (sotto il profilo dell'*an* e del *quantum*) violazioni del suo contenuto (T.A.R. Veneto, n. 632/2024 cit.).

ISSN 2036-7821

gli affidamenti in esame, di inediti criteri del "prezzo fisso"; criterio che, da un lato, contrasterebbe *tout court* con il nitido disposto dell'art. 108 cit., e, dall'altro, si porrebbe in netta antitesi con la tutela concorrenziale posta non solo dall'equo compenso stesso (come detto) ma pure dal diritto eurounitario, dal momento che un "prezzo fisso" finirebbe per escludere quegli operatori economici che, a fronte di una qualità maggiore (dovuta, ad esempio, ad aspetti organizzativi, gestionali e dimensionali), non potrebbero partecipare, in punto economico, muovendo da una base d'asta già fissata al "minimo ribassabile" (ossia l'equo compenso).

Le medesime perplessità, quanto all'adozione di criteri di aggiudicazione "a prezzo fisso", derivano pure dalla lettura dell'art. 41, comma 15, del d.lgs. n. 36/2023 che, con riferimento ai servizi di ingegneria e architettura, stabilisce che "nell'allegato I.13[111] 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". Si specifica altresì che "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".

La norma, anzitutto, non prevede che i corrispettivi di cui all'Allegato I.13 (ossia i valori del d.m. 17 giugno 2016 che costituiscono, di fatto, l'equo compenso a norma della l. n. 49/2023) costituiscano *de plano* la base d'asta per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ma che gli stessi fungano da "parametri" per una più corretta individuazione dell'importo da porre a basa di gara. In buona sostanza, la disposizione *de qua* sembrerebbe spingere la P.A. a prevedere una base d'asta che non sia lo stesso equo compenso (importo non ribassabile, giuste le disposizioni imperative e cogenti di cui alla l. n. 49/2023[112]) ma semmai "in funzione" dell'equo compenso (quindi, necessariamente, più alta rispetto al *minimum* inderogabile del compenso in esame).

Ben lungi, quindi, dal frustrare il criterio dell'OEPV, una lettura di sistema dell'art. 41, comma 15, cit. e dell'art. 108 cit. non può che condurre alla conclusione che se certamente la competizione pubblica non può prescindere dall'elemento qualitativo

[111] Si badi che detto allegato riporta le aliquote previste dal d.m. 17 giugno 2016, ripartite in relazione alle fasi progettuali così come disciplinate dall'art. 41 del Codice dei Contratti Pubblici.

[112] Il ribasso sull'equo compenso, infatti, 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.

ISSN 2036-7821

(tutelato pure *iuris et de iure* dalla l. n. 49/2023), tantomeno può farlo, però, con riferimento all'elemento quantitativo, lasciando quindi la possibilità all'operatore di differenziarsi anche sotto il profilo economico.

E ciò dal momento che l'equo compenso - ossia quello proporzionato ai parametri ministeriali in termini di giustezza della retribuzione - se da un lato, come detto, non è ribassabile, dall'altro nemmeno può essere previsto *ex se* quale base d'asta fissa per gli affidamenti dei servizi in oggetto, pena lo stravolgimento della sua natura - nell'economia della contrattualistica pubblica relativa ai servizi di ingegneria e architettura - da "parametro" di calcolo (per importi da porre a base di gara necessariamente superiori allo stesso, ai sensi dell'art. 41 *supra*) a "*standard*" statico per la giustificazione di gare a "prezzo fisso".

Da tale prospettiva, quindi, sorgono dubbi pure con riferimento a quelle posizioni, ANAC e giurisprudenziali[113], che vorrebbero limitare la competizione economica alle sole "spese" accessorie (in punto di ribassabilità delle stesse, così preservando l'OEPV), mantenendo però comunque il compenso quale parametro "fisso". Secondo tale tesi, in sintesi, il "compenso" del professionista sarebbe 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", queste sì ribassabili e quindi soggette alla competizione tra concorrenti.

Ebbene, anzitutto, detta "scomposizione" in due voci dell'elemento "prezzo" non sembrerebbe trovare dimora né nella l. n. 49/2023 (ove, però, si parla di compenso equo in termini di retribuzione proporzionata "alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale") né nel d.lgs. n. 36/2023, ove, all'art. 41, comma 15, cit., si parla espressamente di "corrispettivi" - intesi però quali compensi (quelli ministeriali[114]), tant'è che l'Allegato I.13, in chiave teleologica, si premura di richiamare le sole aliquote relative al calcolo dei compensi[115] - da porre a base d'asta per l'operatività dell'OEPV, non certamente di "spese accessorie". Ma vi è di più. A ben vedere, lo stesso fondamento normativo su cui si basa detta tesi (trattasi del d.l. n. 1/2012), presta il fianco a letture non univoche: ed infatti, l'art. 9, comma 2, del d.l. cit., prevede che "ai fini della determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria di cui alla parte II, titolo I, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, si

[113] Il riferimento è a TAR Veneto, n. 632/2024.

[114] Art. 1 dell'Allegato I.13 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: "Il presente allegato disciplina le modalità di determinazione dei corrispettivi dovuti per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, determinati, mediante attualizzazione del quadro tariffario di cui alla tabella Z-2 del decreto del Ministro della giustizia 17 giugno 2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 174 del 27 luglio 2016".

[115] Cfr. aliquota "Q" in specie, relativo alla specificità della prestazione, individuato per ciascuna categoria d'opera nella tavola Z-2 allegata al decreto ministeriale.

ISSN 2036-7821

applicano i parametri individuati con il decreto di cui al primo periodo, da emanarsi, per gli aspetti relativi alle disposizioni di cui al presente periodo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti". Anche qui, dunque, ai fini dello svolgimento della competizione pubblica, il "prezzo" da porre a base d'asta altro non è che il "corrispettivo" calcolato secondo i parametri ministeriali (cioè il compenso), non rivenendosi alcun addentellato tale da giustificare l'operatività dell'OEPV con riferimento alle sole spese accessorie.

Ora, dal momento che l'Amministrazione è chiamata a quantificare il "corrispettivo" in applicazione dei d.m. di riferimento - per individuare l'importo da porre a base di gara ai fini dell'applicazione del criterio di selezione dell'OEPV -, va da sé come lo stesso sia costituito, di fatto, dal "compenso", che, ai sensi della l. n. 49/2023, non potrà che essere sempre equo (giammai al di sotto dello stesso). L'O.E. potrà, quindi, formulare la propria offerta economica ribassando non solo le voci, per l'appunto, "estranee" al compenso - cioè le spese e gli oneri accessori - ma, necessariamente e ai fini del rispetto di quanto disposto dall'art. 108, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, pure il compenso stesso, negli ovvi limiti della soglia "equa" (inderogabile).

Del resto, la ribassabilità delle sole spese non garantirebbe, comunque, alcuna adeguata compatibilità tra i due plessi normativi qui esaminati, dal momento che, a ben vedere, le spese generali concorrono e impattano certamente sull'individuazione del compenso equo, considerato il fatto che esse attengono non già alla prestazione in sé da fornire ma ai costi di struttura e funzionamento degli O.E. medesimi, di guisa che la limitazione della competizione sul piano economico alle sole spese potrebbe, invero, generare effetti distorsivi non solo della concorrenza ma anche della *par condicio* tra concorrenti stessi (in piena violazione dei principi di cui all'art. 3 e 8 del d.lgs. n. 36/2023). Tanto è confermato, peraltro, pure dall'ANAC laddove l'Autorità - sebbene con riferimento all'asserita antinomia tra l. n. 49/2023 e d.lgs. n. 36/2023 - ha evidenziato proprio come la concorrenza sul prezzo "in ogni sua componente" rappresenta un elemento essenziale per il corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali delle gare pubbliche, dal momento che «l'eventuale limitazione alle sole spese generali o all'elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all'ingresso per gli operatori, più giovani, meno strutturati e di minore esperienza»[116].

Il riconoscimento, quindi, della piena competizione sul "corrispettivo" posto a base di gara (nei limiti anzidetti e prevedendo quindi una base d'asta sempre superiore

[116] Si veda la nota ANAC del 19 aprile 2024 inviata al MEF e al MIT. Sotto il profilo della spesa pubblica, peraltro, l'Autorità, smentendo di fatto quanto individuato nel bando tipo per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, ha evidenziato che - ai sensi dell'articolo 13 della l. n. 49/2023 - dall'attuazione della stessa legge non devono derivare, nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, «circostanza che, invece, si realizzerebbe in caso di gare a prezzo fisso».

ISSN 2036-7821

all'equo compenso)[117] potrebbe assicurare allora la coerente e coordinata applicazione dei due testi normativi considerati (l. n. 49/2023 e d.lgs. n. 36/2023), permettendo di conseguire con la P.A. un corrispettivo mai al di sotto dei limiti dell'equità e della proporzionalità, che tenga in debita considerazione il corretto bilanciamento tra aspetti qualitativi e quantitativi[118]. Non a caso, infatti, la l. n. 49/2023, oltre a perseguire, come detto, obiettivi di protezione del professionista, mediante l'imposizione di un'adeguata remunerazione per le prestazioni da questi rese, contribuisce – quasi analogamente al giudizio di anomalia dell'offerta[119] - a evitare che il libero confronto competitivo comprometta gli *standard* professionali e la qualità dei servizi da rendere a favore della P.A.

7. Considerazioni conclusive: l'equo compenso e gli appalti pubblici nella convergenza di interessi.

L'analisi condotta ha dimostrato come i dubbi sulla compatibilità tra la legge n. 49/2023 e il d.lgs. n. 36/2023 siano frutto di una fraintesa esegesi delle disposizioni normative, che, se lette anche facendo buon governo dei principi su cui il Codice dei contratti si regge, invero militano verso una bilanciata convergenza tra interessi e finalità solo apparentemente contrapposti. Non osta certamente alla prospettata lettura coordinata l'art. 8 del d.lgs. n. 36/2023 laddove richiama l'equo compenso solo come principio (anziché come norma imperativa, cogente e inderogabile). Tale formulazione, invero, è semplicemente la conseguenza del contesto normativo vigente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 36/2023 (e, ancora prima, della legge di delegazione 21 giugno 2022, n. 78). L'ordinamento giuridico allora vigente, infatti, con riferimento all'equo compenso si fondava, da un lato, sui contenuti di cui all'art. 19 *quaterdecies* del d.l. n. 148/2017 e, dall'altro, sulle morbide applicazioni che di questo la giurisprudenza amministrativa aveva fatto con specifico riferimento alla

[117] Tanto è confermato, sotto diverso profilo, anche da T.A.R. Lazio, Roma, sez. V *ter*, 30 aprile 2024, n. 8580, ove si afferma, seppure riconoscendo formule di competizione solo sulle "spese" a compenso fisso, che «imporre il rispetto della norma sull'equo compenso soltanto per le prestazioni rese dal professionista che operi (e partecipi a una procedura a evidenza pubblica) uti singuli avrebbe l'effetto di concretizzare una inammissibile disparità di trattamento tra quest'ultimo e i professionisti che, viceversa, operino (e concorrano) nell'ambito di società, associazioni o imprese, i quali ultimi potrebbero in ipotesi trarre vantaggio dalla mancata applicazione della normativa in materia di equo compenso e quindi praticare ribassi sui compensi (con la presentazione di offerte verosimilmente più 'appetibili')».

[118] Fermo restando il dovere dell'Amministrazione di sottoporre a controllo di anomalia quelle offerte non serie o che, per la consistenza del ribasso offerto sul "corrispettivo" e/o sulle componenti accessorie dello stesso, potranno apparire in buona sostanza abusive, ossia volte ad ottenere un vantaggio indebito traslando, all'occorrenza, su voci accessorie il ribasso economico che, in mancanza della l. n. 49/2023, sarebbe stato offerto sui compensi.

[119] Giudizio la cui finalità è proprio quella di evitare che offerte troppo basse espongano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta e con modalità esecutive in violazione di norme, con la conseguente concreta probabilità di far sorgere contestazioni e ricorsi; cfr. da ultimo, in via pretoria, Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8330.

ISSN 2036-7821

materia dei contratti pubblici, giungendo finanche a legittimare prestazioni gratuite (si vedano gli orientamenti giurisprudenziali richiamati nel par. 2). Appare, quindi, del tutto comprensibile come l'esigenza espressa in materia dal legislatore delegante fosse piuttosto quella di introdurre la «previsione del divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione» (lett. l), così arginando quel – discutibile – orientamento interpretativo che, come detto, aveva ritenuto pienamente legittima la previsione di affidamenti pubblici per servizi professionali a titolo gratuito. È, dunque, in questo contesto che deve essere inteso l'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 38/2023, che, dopo avere confermato, in aderenza alla legge delega, che "le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione", ha cura di precisare che "la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso". La finalità su cui la disposizione fonda la sua formulazione è, peraltro, disambiguata dalla stessa relazione illustrativa, ove si legge che si "prevede che il compenso deve esserci (e, in base alla citata disposizione del 2017 e, più in generale, dell'art. 2223 c.c. dovrà essere equo)". In altre parole, sembra chiaro come l'intento del legislatore delegato sia quello di confermare la piena operatività della disciplina dell'equo compenso anche con riferimento agli appalti pubblici e che il riferimento al *principio* dell'equo compenso (anziché alla *disciplina*) non sia altro che il frutto dei tempi, ossia il riferimento al quadro normativo allora vigente. Anche per tale ragione non persuade affatto la tesi di chi[120], facendo leva sulla circostanza che il d.lgs. 36/2023 è divenuto efficace a luglio 2023 (ossia dopo l'entrata in vigore della legge n. 49/2023), avrebbe determinato la tacita abrogazione, nelle gare pubbliche, della legge n. 49/2023, per incompatibilità di disciplina. Infatti, a tacere della circostanza che ai fini della posteriorità della legge (rilevante ai sensi dell'art. 15 delle Preleggi, laddove determini la tacita abrogazione delle leggi preesistenti con la stessa incompatibili) non potrebbe che tenersi in considerazione la data in cui la stessa "entra" nell'ordinamento giuridico (con ogni irrilevanza della sua successiva efficacia) essendo quello il momento ultimo in cui il legislatore può apprezzarne i suoi rapporti con le norme già esistenti, non sembra riscontrabile alcuna incompatibilità tra le due discipline e tra gli interessi, apparentemente confliggenti, alle stesse sottesi. L'interesse (privato) del professionista, di cui la legge n. 49/2023 si fa carico, non si pone in alcun inconciliabile contrasto con gli interessi (pubblici) di cui la Stazione appaltante è portatrice e che, in buona parte, trovano dimora nelle maglie del d.lgs. n. 36/2023. Anzi tali interessi, nell'interpretazione che qui si è prospettata, trovano un adeguato e bilanciato componimento, consentito proprio dal principio del risultato di cui all'art. 1 d.lgs. n. 36/2023. Come si è meglio argomentato sopra, infatti, tale

[120] Si v. F. BOTTEON, *L'equo compenso nei servizi tecnici*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

principio assegna alle Stazioni appaltanti l'obiettivo di perseguire l'affidamento del contratto, non solo in modo tempestivo, ma in modo che sia garantito il "migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo". Laddove la prestazione abbia natura professionale, adunque, il principio del risultato, nella richiamata prospettiva anche qualitativa, trova un necessario aggancio nella legge n. 49/2023: essa, infatti, da un lato, prevede che il compenso deve essere equo, intendendosi tale solo laddove esso sia proporzionato alla "quantità e alla qualità del lavoro" (art. 1) e, dall'altro, con presunzione assoluta, stabilisce che il compenso non è equo se "inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali" (art. 3). La necessaria puntuale applicazione del principio del risultato - sulla cui base, peraltro, l'intero impianto della disciplina codicistica deve essere interpretato (*ex* art. 4) -, in altre parole, comporta che, nelle gare per l'affidamento dei servizi professionali, la discrezionalità della Stazione appaltante nell'individuazione della base d'asta trova un invalicabile limite (minimo), così come non può procedersi all'aggiudicazione del contratto all'offerente che abbia offerto un ribasso al di sotto dell'equo compenso. Sebbene sia diverso l'atto che origina la illegittimità (dovendo esso individuarsi nel bando, nel primo caso, e nell'aggiudicazione, nel secondo caso), il punto di riferimento resta sempre il principio del risultato, nella prospettiva qui indicata.

Le considerazioni di sistema qui svolte, quindi, consentono di proporre una chiara linea interpretativa dell'art. 41, comma 15, del d.lgs. n. 36/2023, che con riferimento alle procedure per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, prevede che la base d'asta sia individuata prendendo a riferimento i decreti ministeriali, che fissano le tariffe inderogabili. Orbene, tale norma, a parere di chi scrive, non può che essere interpretata nel senso che la base d'asta deve essere individuata in modo che l'equo compenso sia rispettato nella fase di offerta e che quindi su questa consenta un congruo ribasso. Ciò non può che portare alla individuazione di un valore quale base d'asta che non deve coincidere con l'equo compenso, ma che debba essere sensibilmente più alto di questo, così consentendo che la competizione tra i concorrenti si concreti effettivamente, tanto sul prezzo che sull'offerta tecnica.

ISSN 2036-7821