

1. L'ORDINANZA N. 352/2006 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Va innanzitutto precisato che l'ordinanza della Corte non ha esaminato affatto la questione tariffaria alla luce della modifica legislativa di cui al decreto Bersani. Essa, infatti, si è espressa unicamente sulla attualità e vigenza della previsione di cui all'art. 17 co. 12 ter L. 109/94 (oggi, art. 253 co. 17 d.lgs. 163/06) che aveva consentito, con norma di legge, l'applicazione del dm 4/4/01 nonostante il suo annullamento disposto dal Tar Lazio con sentenza n. 6552/2002.

Ciò nonostante, l'ordinanza ha affermato

- che le tabelle allegate al dm 4/4/01 costituiscono il parametro di riferimento in materia tariffaria per l'affidamento di incarichi progettuali in materia di lavori pubblici
- che la remunerazione di tali attività non può essere equiparata a quella di incarichi privati, in ragione della loro maggiore onerosità, e tale differenziato trattamento non è privo di ragionevolezza perché, invece, illogico sarebbe stato parificare le due diverse tipologie di incarico tra loro affatto commensurabili.

I due principi non possono essere ignorati, nonostante l'intervento successivo del decreto Bersani.

Infatti, se si ritiene che quest'ultimo abbia abrogato la natura vincolante della tariffa come prevista dal dm 4/4/01, quella tariffa potrà costituire criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali.

Viceversa, se si ritiene che il disposto del decreto Bersani non abbia inciso sulla natura vincolante della tariffa di cui al dm citato, esso dovrà applicarsi nella sua pienezza (compresa la sua vincolatività) in forza della previsione di cui all'art. 253 co. 17 d.lgs. 163/06.

L'opinione che, al riguardo, ha espresso il Consiglio dell'Ordine degli Architetti della Provincia di Torino è coerente con la prima prospettazione e si giustifica secondo il percorso interpretativo che segue.

2. IL CD DECRETO BERSANI

Premesse normative.

A. Il testo vigente del dl 4/7/2006 n. 223 (cd. decreto Bersani), convertito con modificazioni nella L. 4/8/2006 n. 248, statuisce, per quanto ha qui interesse, quanto segue:

art. 2 - Disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali.

1. *In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed 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 ed intellettuali:***
 - a) ***l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti;***
 - b)
 - c)
2.

Il giudice provvede alla liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali, in caso di liquidazione giudiziale e di gratuito patrocinio, sulla base della tariffa professionale.

Nelle procedure a evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali.

B. E' sempre in vigore la disciplina di cui all'art. 2233 cc che, per quanto ha qui interesse, statuisce:

1. *Il compenso, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene.*
2. *In ogni caso, la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione.*

C. La previsione di cui all'art. 2 co. 1 lett. a) di 223/06 si è limitata ad abrogare la sola "obbligatorietà" di tariffe fisse o minime mentre ha lasciato in vigore il sistema tariffario che, infatti, è richiamato (come vigente) tanto dalla previsione di cui all'art. 2 co. 2 stesso decreto, quanto dall'art. 2233 cc.

D. In sostanza, l'abrogazione di cui al dl 223/06 interessa

- a. l'articolo unico della L. 5/5/1976 n. 340 (che ha aggiunto un comma all'articolo unico della L. 143/58) laddove essa prevedeva la "**inderogabilità**" dei "**minimi di tariffa** per gli onorari a vacazione, a percentuale ed a quantità, fissati dalla L. 2/3/1949 n. 143"
- b. l'art. 92 co. 2 d.lgs. 12/4/2006 n. 163 nella parte in cui afferma che "I corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 dell'art. 90" (trattasi della progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, della direzione dei lavori e degli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori: ndr), determinati con decreto del Ministro della giustizia, "**sono minimi inderogabili** ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della L. 4/3/1958 n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5/5/1976 n. 340"
- c. l'art. 92, co 4 d.lgs. 12/4/2006 n. 163 nella parte in cui stabilisce che i corrispettivi determinati ai sensi del precedente comma 3 dal decreto ministeriale di cui al comma 2 "**sono minimi inderogabili** ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della L. 4/3/1958 n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5/5/1976 n. 340. Ogni patto contrario è nullo".

E. Il decreto ministeriale cui è fatto precedentemente riferimento si identifica, allo stato, nel dm 4/4/2001 che, ai sensi dell'art. 253 co. 17 d.lgs. 163/06, "continua ad applicarsi" fino all'adozione del decreto ministeriale di cui all'art. 92 co. 2 citato. Tale conclusione è rafforzata dal tenore dell'ordinanza n. 352/06 della Corte Costituzionale nei termini di cui in precedenza.

Procedure di affidamento.

L'art. 91 d.lgs. 163/06 prevede **una distinzione circa le modalità di affidamento degli incarichi di progettazione di cui all'art. 90 a seconda che l'importo dei medesimi sia "pari o superiore a 100.000 euro" ovvero "inferiore alla soglia" predetta.**

Nel primo caso, per quanto ha qui interesse, "si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I (artt. 28-120) e titolo II (artt. 121-125) del codice".

Nel secondo caso, gli incarichi possono essere affidati dal responsabile del procedimento (ai soggetti di cui all'art. 90 co. 1 lett. d) (liberi professionisti singoli o associati), e) (società di professionisti), f) (società di ingegneria), g) (raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui

alle lett. d, e ed f) ed h) (consorzi stabili di società di professionisti e società di ingegneria)) “nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall’art. 57 co. 6” del d.lgs. 163/06.

In entrambi i casi, l’offerta migliore “è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa” (art. 81 d.lgs. 163/06 che si applica, al primo caso, poiché espressamente ricompreso tra le disposizioni di cui al titolo I della parte II del d.lgs. 163/06 e, al secondo caso, per espressa previsione di cui all’art. 57 co. 6 u.p. stesso d.lgs.)

La scelta tra i due criteri è demandata alla stazione appaltante che vi provvede “in relazione alle caratteristiche dell’oggetto del contratto”, indicando il criterio scelto nel bando di gara (art. 81 co. 2 d.lgs. 163/06).

Diventa, pertanto, determinante chiarire, nel bando di gara, il criterio di aggiudicazione che la stazione appaltante ritiene “adeguato” alle caratteristiche del contratto.

Oggetto dell’incarico.

L’art. 93 d.lgs. 163/06 stabilisce che la progettazione in materia di lavori pubblici si articola (ove possibile) “fin dal documento preliminare e nei limiti di spesa prestabiliti” secondo “tre livelli di successivi approfondimenti tecnici” (preliminare, definitiva ed esecutiva) in modo da assicurare “a) qualità dell’opera e rispondenza alle finalità relative; b) conformità alle norme ambientali e urbanistiche; c) soddisfacimento dei requisiti essenziali, definiti dal quadro normativo nazionale e comunitario”.

I commi 3, 4 e 5 del medesimo art. 93 si diffondono nell’elencare le caratteristiche che contraddistinguono i tre livelli di progettazione.

Gli artt. 18-24, 25-34, 35-45 dpr 554/99 descrivono minuziosamente gli elaborati, tecnici e descrittivi, che concorrono a formare i tre distinti livelli di progettazione.

A seconda di quale sia l’oggetto del contratto, è, quindi, necessario che la stazione appaltante, oltre ad indicare quali livelli di progettazione intenda affidare, si premuri di indicare in specifico nel bando **quali siano gli elaborati tecnici e descrittivi che le necessitano, cosicché l’incarico affidato soddisfi i requisiti di cui alle lett. a), b) e c) dell’art. 93 d.lgs. 163/06.**

Va precisato che, per ciascuno degli elaborati ricompresi nei tre distinti livelli di progettazione ovvero per le singole prestazioni ad essi relative, il dm 4/4/01 indica la modalità di calcolo dello specifico compenso.

Determinazione dei corrispettivi.

L’utilizzo delle tabelle allegate al dm 4/4/01 in un con i criteri di loro applicazione descritti nel testo del decreto conducono, a parità di ogni altra condizione e fissata la classe e la categoria delle opere oggetto di progettazione, ad un risultato univoco nella determinazione dei compensi. Tale risultato, che costituisce un “compenso fisso” inderogabile ex art. 92 co. 4 d.lgs. 163/06, non è, oggi, più utilizzabile, al fine della determinazione dei corrispettivi dovuti all’incaricato, perché viola la previsione di cui all’art. 2 co. 1 lett. a) dl. 223/06.

Ciò non toglie, però, che il reticolo applicativo delle tabelle allegate al dm 4/4/01 possa continuare a costituire un valido criterio o base di riferimento sia per individuare quale prestazione sia richiesta, sia per definire un indice di raffronto utile alla valutazione della congruità del prezzo offerto dai candidati.

Sul punto, vale la pena di sottolineare che

- l'art. 2 co. 3 dl. 223/06 ammette siffatto utilizzo (anzi, il riferimento è addirittura all'utilizzo della tariffa) proprio al fine di individuare il "criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali"
- l'art. 2233 co. 2 cc fissa, quale limite invalicabile, nella determinazione del compenso, l'adeguatezza della sua misura all'"importanza dell'opera", oltrechè al "decoro della professione"
- la natura pubblicistica del criterio di calcolo del compenso di cui al dm 4/4/01 costituisce garanzia sufficiente che il corrispettivo così determinato risponda ai requisiti di cui all'art. 2233 co. 2 cc.
- il criterio di calcolo del compenso e della incidenza sul medesimo di ciascuna specifica prestazione di cui al dm 4/4/01, quale base di riferimento da utilizzare nel bando di gara, consente altresì di rispettare la previsione di legge che ritiene "utilizzabili le tariffe" laddove il loro utilizzo sia "motivatamente ritenuto adeguato".

In sostanza, il riferimento al dm 4/4/01 consente alla stazione appaltante di disporre di un adeguato ordine di grandezza per il computo del costo della prestazione richiesta.

Una volta che la stazione appaltante abbia stabilito quale sia il criterio di aggiudicazione che intenda adottare, il riferimento al compenso come determinato in applicazione del dm 4/4/01 può alternativamente costituire (i) la base di gara indicativa per il criterio del prezzo più basso ex art. 82 d.lgs. 163/06 ovvero (ii) il parametro sul quale operare l'offerta per la componente "prezzo" (lett. a) per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83 d.lgs. 163/06).

Occorre, ancora, rammentare che

- in caso di utilizzo del criterio del prezzo più basso, l'art. 86 d.lgs. 163/06 impone la valutazione della congruità delle offerte in caso di offerta anormalmente bassa
- in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il "prezzo" è uno dei tredici "criteri di valutazione dell'offerta" di cui al citato art. 83, salva la facoltà del bando di individuarne ulteriori.

Finalità della legge.

Ancorché sia purtroppo noto che il pregio dell'offerta cui aggiudicare l'incarico sia, spesso, valutato esclusivamente con riferimento al "prezzo" della prestazione, la legge ha, in realtà, indicato altri obiettivi (con cui, eventualmente, può concorrere quello del contenimento della spesa) che, con l'attività di progettazione, intende perseguire. Il già citato art. 93 d.lgs. 163/06 fissa i medesimi con riferimento a "a) qualità dell'opera e rispondenza alle finalità relative; b) conformità alle norme ambientali e urbanistiche; c) soddisfacimento dei requisiti essenziali, definiti dal quadro normativo nazionale e comunitario".

Sembra fin troppo logico derivarne che l'indicazione del legislatore spinga verso l'utilizzazione di criteri di aggiudicazione che facciano del "prezzo" uno degli elementi di valutazione ma non il solo e, soprattutto, non il più importante.

La previsione di cui all'art. 4 co. 12 bis dl 2/3/1989, convertito, con modificazioni, dalla L. 26/4/1989 n. 155.

La norma in questione così testualmente recita: "Per le prestazioni rese dai professionisti allo Stato e agli altri enti pubblici relativamente alla realizzazione di opere pubbliche o comunque di interesse

pubblico, il cui onere è in tutto o in parte a carico dello Stato e degli altri enti pubblici, la riduzione dei minimi di tariffa non può superare il 20 per cento”.

La norma era stata fatta “salva” dall’art. 92 co. 4 d.lgs. 163/06 che introduceva la inderogabilità dei minimi tariffari, con riferimento ai corrispettivi determinati in applicazione del dm 4/4/01. Venendo meno la inderogabilità, sembra che la norma in questione abbia perso i suoi connotati di cogenza, atteso che la “libertà di offerta” supera, di per sé, il vincolo di riduzione dei minimi di tariffa, lasciando libero il singolo offerente di determinare il prezzo della propria prestazione in relazione ai soli criteri superstiti di cui all’art. 2233 co. 2 cc.

Avv. Giancarlo Faletti
consulente legale OAT

Torino, 24 novembre 2006