

TAR Sicilia – Catania, Sezione Seconda, Sentenza n. 3319 del 8 ottobre 2024

Appalti di servizi – Direzione lavori – Equo compenso – L. n. 49/2023 – Ribasso del 100% su spese e oneri accessori – Legittimità

Pubblicato il 08/10/2024

N. 03319/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01096/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1096 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.r.l., in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

Comune di (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

degli atti indicati nel ricorso introduttivo, nel ricorso incidentale e nei motivi aggiunti, puntualmente specificati nella parte motiva della presente decisione;

nonché per la condanna
dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2024 il dott. Daniele Burzichelli
e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Il raggruppamento ricorrente - chiedendo anche il risarcimento del danno, la
declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato e il subentro in tale
contratto - ha impugnato:

- a) la determinazione del Comune di (...) n. 868 in data 20 maggio 2023, con cui è
stata aggiudicata la procedura aperta per l'affidamento dell'incarico di direzione
lavori in riferimento al progetto di restauro e recupero del complesso delle
Benedettine - PNRR M5C2I2.1;
- b) i verbali della commissione aggiudicatrice e il provvedimento di ammissione alla
gara del raggruppamento controinteressato;
- c) ove occorra, il bando di gara, il disciplinare e tutti gli atti della *lex specialis*;
- d) le note del Comune di (...) in data 28 maggio 2024 e 31 maggio 2024 con cui la
stazione appaltante ha parzialmente respinto l'istanza di accesso agli atti formulata
dal regolamento ricorrente e ha dichiarato che l'offerta dell'aggiudicatario non
risultava anormalmente bassa.

Nel ricorso, per quanto in questa sede interessa, si rappresenta in punto di fatto
quanto segue:

- a) la procedura in esame è disciplinata dal decreto legislativo n. 36/2023 e dalla
legge n. 49/2023 in materia di equo compenso delle prestazioni professionali,
esplicitamente richiamata dall'art. 17 della *lex specialis*;

- b) l'art. 3 del disciplinare di gara ha stimato il servizio di direzione dei lavori e contabilità in € 363.944,15, precisando che l'importo a base d'asta era stato calcolato ai sensi del decreto Ministro della Giustizia in data 17 giugno 2016;
- c) l'art. 17 della disciplina di gara ha stabilito che il corrispettivo riconosciuto per la prestazione di cui si tratta era pari a € 303.286,79 e che a tale importo veniva aggiunta la somma di € 60.657,36 per spese e oneri accessori, l'unica soggetta a ribasso;
- d) l'offerta tecnica del raggruppamento ricorrente ha ricevuto 61,5999 punti e quella del raggruppamento controinteressato 56,5833 punti;
- e) il raggruppamento controinteressato si è, però, aggiudicato la procedura con complessivi 71.5833 punti (15 punti per l'offerta economica) e il raggruppamento ricorrente si è posizionato al secondo posto con 71.3499 punti (9,75 per l'offerta economica).

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue:

- a) l'art. 8, secondo comma, del decreto legislativo n. 36/2023 stabilisce che le prestazioni d'opera intellettuale non possano essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo in casi eccezionali e previa adeguata motivazione, e che l'Amministrazione è comunque tenuta a garantire l'applicazione del principio dell'equo compenso;
- b) l'art. 1 della legge n. 49/2023 dispone che per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti, in particolare, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'art. 9 del decreto legge n. 1/2012, convertito in legge n. n. 27/2012;
- c) ai sensi del successivo art. 2, terzo comma, le disposizioni della legge si applicano alle prestazioni rese dai professionisti in favore dell'Amministrazione e l'art. 3 sancisce la nullità delle clausole che prevedano un compenso non equo delle

pattuizioni indicate nel secondo comma di tale disposizione;

d) per i servizi di architettura e ingegneria, l'art. 41, comma 15, del decreto legislativo n. 36/2023 rimanda all'allegato I.13, che disciplina le modalità di determinazione dei corrispettivi dovuti per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura;

e) sia l'art. 1, primo comma, lettera b, della legge n. 49/2023 che l'allegato I.13 richiamano il decreto ministeriale in data 17 giugno 2016, relativo alla determinazione dei corrispettivi degli architetti e ingegneri;

f) come risulta dall'art. 3 del disciplinare, la stazione appaltante ha utilizzato il citato decreto ministeriale per determinare l'importo della prestazione;

g) l'art. 1, secondo comma, del decreto stabilisce che il corrispettivo è costituito dal compenso e dalle spese ed oneri accessori di cui ai successivi articoli;

g) l'art. 5 del decreto (Spese ed oneri accessori) dispone che l'importo delle spese e degli oneri accessori è stabilito in maniera forfettaria:

- per opere di importo fino a € 1.000.000,00 in misura non superiore al 25% del compenso;

- per opere di importo pari o superiore ad € 25.000.000,00 in misura non superiore al 10% del compenso; - per opere di importo intermedio in misura non superiore alla percentuale determinata per interpolazione lineare;

h) la voce "Spese e oneri accessori" (o Spese generali) è propria di larga parte delle attività professionali;

i) poiché è eccessivamente difficoltoso attribuire in maniera proporzionale tali spese a carico dei singoli clienti, il legislatore ha stabilito che esse siano calcolate forfettariamente;

i) il raggruppamento controinteressato ha praticato un ribasso del 100% sulla voce "Spese e Oneri accessori", quantificata in € 60.657,36;

l) è impossibile che il raggruppamento non debba sopportare alcuna spesa per l'espletamento della prestazione;

m) non risulta, quindi, comprensibile la nota della stazione appaltante n. 29257 in data 31 maggio 2024, ove si afferma che:

- l'offerta dell'aggiudicatario non appare anormalmente bassa;
- avuto riguardo alla disciplina di cui alla legge n. 49/2023, l'onorario non è stato oggetto di ribasso ed è stato calcolato ai sensi del decreto del decreto ministeriale in data 17 giugno 2016;
- il ribasso del 100% su spese e oneri accessori non incide sulla corretta esecuzione dell'appalto;

n) a differenza di quanto ritenuto dall'Amministrazione, i costi relativi a "Spese e oneri accessori" andranno a detrimento dell'onorario, malgrado esso sia stato dichiarato incomprimibile dall'art. 17 del disciplinare, con conseguente violazione, tra l'altro, del principio di concorrenza;

o) in subordine, deve osservarsi che l'offerta del raggruppamento controinteressato deve giudicarsi anomala, risultando impossibile, come già è stato indicato, che il concorrente non sia chiamato a sostenere alcun costo nel rendere la propria prestazione;

p) qualora di ritenga che la *lex specialis* escludesse la verifica di congruità, il bando e il disciplinare risultano illegittimi, tra l'altro, per violazione degli artt. 54 e 110 del decreto legislativo n. 36/2023 e della legge n. 49/2023, poiché, in presenza di elementi che depongano incontestabilmente per la non congruità dell'offerta, la stazione appaltante ha l'obbligo di effettuare la relativa verifica.

Il Comune di (...), costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, osservando, in sintesi, quanto segue:

- a) il ribasso offerto dal raggruppamento aggiudicatario è ammissibile in quanto la *lex specialis* non indicava alcun limite di entità del ribasso;
- b) l'assunto di parte ricorrente in merito al carattere escludente di un ribasso pari al 100 %, non trova riscontro nei documenti di gara;
- c) in difetto di ambiguità, va fatta applicazione del canone ermeneutico di cui

all'art. 1362 c.c., nonché del principio di buona fede (art. 1366 c.c.) e del cosiddetto *favor participationis*, non potendosi ammettere la sussistenza, nell'ambito di una procedura di affidamento, di una causa di esclusione "innominata";

d) occorre anche tener conto delle economie di scala, della disponibilità di strumenti informatici avanzati e, soprattutto, dell'onorario garantito nel caso di specie in conformità alle previsioni di cui al decreto ministeriale in data 17 giugno 2016;

e) l'offerta del raggruppamento controinteressato, pertanto, in alcun modo poteva essere ritenuta sospetta di anomalia.

Il raggruppamento controinteressato, costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, osservando, in sintesi, quanto segue:

a) l'importo di € 60.657,36 esula dall'equo compenso, altrimenti ogni offerta, in quanto contenenti un ribasso, avrebbe dovuto essere escluse;

b) l'offerta, tenuto conto delle previsioni di cui all'art. 21 del disciplinare, non doveva essere soggetta a verifica in ordine ad una presunta anomalia;

c) ad ogni buon conto, la decisione della stazione appaltante sul punto presenta natura discrezionale e può essere sindacata dal giudice amministrativo solo nell'ipotesi di obiettiva irragionevolezza;

d) la decisione di non precedere alla verifica in questione non necessita di puntuale motivazione.

L'Amministrazione statale ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva.

Con memoria in data 25 giugno 2024 la ricorrente ha ribadito e precisato le proprie difese.

Il raggruppamento controinteressato ha proposto ricorso incidentale, contestando:

a) l'ammissione alla procedura di gara del raggruppamento ricorrente in via principale, avuto riguardo al difetto dei requisiti di capacità tecnico-professionale prescritti dalla disciplina di gara;

b) in subordine, la valutazione dell'offerta tecnica del raggruppamento ricorrente in

via principale, in ragione dell'intervenuta valorizzazione di servizi non pertinenti.

Mediante motivi aggiunti la ricorrente in via principale, a seguito di accesso all'offerta tecnica del raggruppamento controinteressato, ha mosso ulteriori censure, che possono sintetizzarsi come segue:

a) per il criterio premiante n. 2 (Disabili in quota eccedente l'obbligo minimo) il disciplinare ha stabilito un massimo di 5 punti e al raggruppamento controinteressato sono stati attribuiti 4 punti, sebbene il raggruppamento si sia limitato a dichiarare il proprio impegno all'assunzione di almeno due lavoratori di cui alle categorie individuate dall'art. 1 della legge n. 68/1999;

b) l'art. 61, quarto comma, del decreto legislativo n. 36/2023 stabilisce che il punteggio premiale spetta nel solo caso in cui i soggetti disabili siano assunti per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali e l'offerta del raggruppamento aggiudicatario nulla prevede al riguardo;

c) la dichiarazione è, inoltre, indeterminata mentre il disciplinare prevede per tutti gli elementi oggetto di valutazione i seguenti criteri generali di valutazione:

- chiarezza e sintesi nella formulazione dell'offerta;
- efficienza e realismo delle proposte formulate;

d) d'altra parte è principio generale che il contenuto dell'offerta debba essere chiaro e determinato;

d) in via gradata, si impugna la *lex specialis* nella parte in cui, con riferimento al criterio premiante n. 2, non ha subordinato l'attribuzione del punteggio alla circostanza che l'offerta specificasse chiaramente che il personale disabile sarebbe stato destinato a mansioni relative all'esecuzione del contratto o alla realizzazione di attività a esso connesse o strumentali;

e) l'attribuzione di tale punteggio è illegittima anche in quanto non si comprende quale sia stato il percorso logico seguito dalla commissione di gara sotto un profilo squisitamente aritmetico-matematico;

f) l'attribuzione di tale punteggio è, altresì, abnorme ed ingiustificata tenuto conto

della gravosità dell'incarico in questione e dell'imponente organico che le società componenti il raggruppamento controinteressato hanno destinato alla commessa;

g) in subordine, si impugna la *lex specialis* per violazione dell'art. 108, del decreto legislativo n. 36/2023, nonché per eccesso di potere, nella parte in cui è stata dettata una norma "vuota", cioè priva di indicazioni utili ad orientare l'operato della commissione.

Con memoria in data 16 settembre 2024 il raggruppamento aggiudicatario ha ribadito e precisato le proprie difese, osservando, in particolare, quanto segue in relazione ai motivi aggiunti:

- a) il raggruppamento controinteressato e la commissione hanno pienamente rispettato la normativa vigente, nonché il bando e il disciplinare di gara;
- b) il raggruppamento ricorrente in via principale invoca un inammissibile sindacato su una valutazione di merito della commissione giudicatrice, la quale, prima dell'esame delle offerte, ha indicato nel verbale relativo ai criteri di premialità le specifiche modalità di attribuzione dei relativi punteggi.

Con memoria in data 17 settembre 2024 il Comune ha chiesto il rigetto di tutte le impugnazioni proposte.

Con ampia memoria in data 17 settembre 2024 il raggruppamento ricorrente in via principale ha ribadito e precisato le proprie difese.

Il raggruppamento controinteressato ha depositato memoria in data 20 settembre 2024 e il raggruppamento ricorrente in via principale ha replicato con memoria in data 21 settembre 2024.

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Tribunale deve, in primo luogo, dichiarare il difetto di legittimazione passiva dell'Amministrazione statale, non essendo stati impugnati atti da essa adottati ed essendo prevista la notifica del gravame nella presente ipotesi ai soli fini della cosiddetta *denuntiatio litis*.

Ciò premesso, quanto al ricorso introduttivo, il Collegio osserva quanto segue.

La legge n. 49/2023 disciplina l'equo compenso e stabilisce, in particolare, che:

a) per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti, 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 (art. 1);

b) le disposizioni della legge si applicano alle prestazioni rese dai professionisti in favore della Pubblica Amministrazione (art. 2, terzo comma), in disparte il rilievo che nella specie il richiamo a tale disciplina era anche contenuto nell'art. 17 della *lex specialis*;

c) sono nulle le clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, tenendo conto a tal fine anche dei costi sostenuti dal prestatore d'opera, e sono tali le pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali, fissati con decreto ministeriale (art. 3, secondo comma).

Ai sensi dell'art. 5 del decreto ministeriale in data 17 giugno 2016, l'importo delle spese e degli oneri accessori è stabilito in maniera forfettaria:

- per opere di importo fino a € 1.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 25% del compenso;

- per opere di importo pari o superiore a € 25.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 10% del compenso;

- per opere di importo intermedio in misura non superiore alla percentuale determinata per interpolazione lineare.

Ciò precisato, occorre osservare che non sono stati acquisiti elementi di prova, né sussistono conducenti elementi deduttivi, per ritenere che l'importo di € 303.286,79 non costituisca, con riferimento al caso di specie, un compenso equo alla luce della disciplina che è stata menzionata, anche tenuto conto delle spese e

degli oneri accessori.

Non si riscontra traccia, invero, nelle argomentazioni di parte ricorrente, di rilievi o allegazioni che possano obiettivamente confutare la natura equa di tale compenso (pari, come indicato, alla somma di € 303.286,79).

La ricorrente, in altri termini, assume che tale compenso non sia equo, avendo la stazione appaltante denominato "spese e oneri accessori" la seconda voce, pari ad un ulteriore importo di € 60.657,36, su cui era possibile applicare il ribasso d'asta.

Tuttavia, al di là della denominazione formale di tale seconda voce, risulta decisiva, a giudizio del Collegio, la (sola) circostanza sostanziale dell'adeguatezza (o inadeguatezza) dell'importo di € 303.286,79 al fine di soddisfare nella specie quanto previsto dalla disciplina in materia di equo compenso, oneri accessori inclusi.

Al riguardo - occorre ripetere - non sono state offerte allegazioni o riscontri che possano indurre a ritenere che nella specie l'equo compenso corrisponda all'importo di € 303.286,79, oltre spese e oneri accessori (e non all'importo di € 303.286,79, incluse le spese e gli oneri accessori).

Appare, quindi, lecito ritenere, in difetto di prova o di puntuale e concreta allegazione di segno contrario, che il citato importo di € 303.286,79 costituisca un equo compenso a norma di legge, in esso ricomprese le spese e gli oneri accessori, e, tanto premesso, non si riscontra alcun vincolo normativo che potesse impedire al concorrente di effettuare un ribasso del 100% sulla voce ulteriore, che la stazione appaltante ha formalmente denominato "spese e oneri accessori", senza, però, che tale denominazione dimostri che l'importo relativo a tali accessori fosse effettivamente imprescindibile ai fini della determinazione di un compenso equo secondo la disciplina normativa, anche perché, se così fosse, su tale voce nessun concorrente avrebbe potuto praticare alcun ribasso, pena la nullità dell'offerta.

Al riguardo può anche essere utile osservare che lo stesso raggruppamento ricorrente ha presentato un'offerta economica con un ribasso assai consistente

(pari, cioè, al 65%) e che gli ulteriori partecipanti alla procedura hanno offerto ribassi nella misura del 99,99%; dell'83,45% e del 35%.

Per quanto concerne, poi, il ricorso per motivi aggiunti, la Sezione rileva che la previsione relativa all'assunzione dei disabili, in quanto contenuta nell'offerta presentata nell'ambito della procedura in esame, era chiaramente collegata all'esecuzione del contratto, o in alternativa alle attività ad esso connesse o strumentali, dovendo farsi riferimento, per individuare l'esatto contenuto di una dichiarazione, ai noti canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362-1371 c.c., con particolare riferimento alle previsioni che impongono di tener conto dell'effettiva intenzione della parte, del suo comportamento anche successivo all'atto, nonché di interpretare la volontà negoziale secondo buona fede.

Va, altresì, osservato che la commissione di gara, in ossequio ai principi di trasparenza e imparzialità che soprintendono l'esercizio dell'azione amministrativa, ha esplicitato in apposito verbale i criteri ai quali si sarebbe attenuta nell'attribuzione dei punteggi premiali.

Al contempo, occorre evidenziare che, come rilevato dal raggruppamento aggiudicatario, la valutazione compiuta dalla commissione di gara, sia in sede di fissazione dei criteri che in sede di attribuzione dei singoli punteggi, presenta natura tipicamente tecnico-discrezionale, sicché resta inibito sul punto il sindacato in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi che emergano evidenti vizi di irragionevolezza o di travisamento dei fatti (non rinvenibili nella specie).

Per le considerazioni che precedono il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti devono essere respinti.

Il ricorso incidentale, conseguentemente, va dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

Avuto riguardo al complessivo svolgimento della vicenda, le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto:

- 1) dichiara il difetto di legittimazione passiva dell'Amministrazione statale;
- 2) rigetta il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti;
- 3) dichiara inammissibile il ricorso incidentale;
- 4) compensa fra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere

Emanuele Caminiti, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO