

Deliberazione n. 49 Adunanza del 3 maggio 2012

Oggetto: Quesiti in merito ai servizi di architettura ed ingegneria a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27.

Riferimento normativo: d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; d.P.R. n. 207 del 2010; articolo 9 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27.

Il Consiglio

Vista la normativa richiamata;

Vista la Relazione congiunta della Direzione Generale Vigilanza Servizi, Lavori e Forniture, della Direzione Osservatorio Studi ed Analisi dei Mercati, dell'Ufficio Studi, Legislazione e Regolazione del Mercato e dell'Ufficio Relazioni con il Pubblico;

Considerato in fatto

A seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 9 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27, che ha disposto l'abrogazione delle tariffe professionali, l'Autorità ha avviato un tavolo tecnico con gli operatori del settore e le istituzioni competenti, allo scopo di consultare il mercato per fornire indicazioni alle stazioni appaltanti circa le modalità di individuazione dei corrispettivi da porre a base di gara per prestazioni di servizi di ingegneria e di architettura - ivi compresi quelli previsti negli appalti di progettazione ed esecuzione di lavori pubblici di cui all'articolo 53, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. n. 163 del 2006 (di seguito "Codice") - nonché circa le modalità di determinazione dei requisiti di partecipazione alle gare e di verifica della congruità delle offerte.

Nelle more di tali approfondimenti, alla luce dei numerosi quesiti e segnalazioni pervenuti dagli operatori e dalle stazioni appaltanti, si ritiene comunque necessario fornire alcune prime indicazioni in relazione a tre profili, e precisamente: 1) le modalità di individuazione del corrispettivo da porre a base di gara; 2) la determinazione dei requisiti di partecipazione; 3) la verifica di congruità delle offerte.

Ritenuto in diritto

Preliminarmente occorre analizzare l'evoluzione del quadro normativo inerente al tema in questione.

La disciplina relativa alla determinazione del corrispettivo per le attività di servizi di ingegneria e architettura aveva già subito una significativa modifica a seguito dell'eliminazione delle tariffe minime obbligatorie, introdotta nell'ordinamento da parte della c.d. "legge Bersani" (decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 legge 4 agosto 2006, n. 248). Nella determinazione n. 4 del 2007 l'Autorità, nel ritenere che l'abolizione dell'obbligatorietà dei minimi tariffari si riferisse anche agli affidamenti di servizi di ingegneria e architettura, aveva

affermato che le stazioni appaltanti potevano comunque legittimamente determinare il corrispettivo a base d'asta utilizzando il Decreto Ministeriale 4 aprile 2001 ("Aggiornamento degli onorari spettanti agli ingegneri e agli architetti"), ove motivatamente ritenuto adeguato, indicazione poi recepita dal Legislatore nel d.P.R. n. 207 del 2010 (in seguito anche Regolamento).

In ossequio alla previsione normativa, il secondo decreto correttivo del Codice (d.lgs n. 113 del 31 luglio 2007) ha eliminato l'ultima parte del comma 2 dell'articolo 92 dello stesso d.lgs. n. 163 del 2006, che sanciva l'inderogabilità dei minimi tariffari e la nullità di ogni patto contrario, mentre il terzo decreto correttivo (d.lgs n. 152 dell'11 settembre 2008) ha soppresso il comma 4 del medesimo articolo, il quale richiamava espressamente la disposizione dell'articolo 4, comma 12-bis, del d. l. 2 marzo 1989, n. 65 (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155), che consentiva di ribassare i minimi tariffari fino al 20%. In realtà, tali modifiche hanno valore ricognitivo delle abrogazioni implicite scaturite dall'incompatibilità con la c.d. "legge Bersani" (cfr. determinazione dell'Autorità n. 4/2007).

Sempre in attuazione della "legge Bersani", il terzo decreto correttivo ha, altresì, introdotto un ulteriore periodo, alla fine del comma 2 del predetto art. 92, secondo cui "i corrispettivi di cui al comma 3 possono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, ove motivatamente ritenuti adeguati, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dell'importo da porre a base dell'affidamento", recependo in ciò l'indirizzo già offerto dall'Autorità con la citata determinazione.

Di conseguenza il d.P.R. n. 207 del 2010 prevede, all'articolo 262, comma 1, che "Le stazioni appaltanti possono utilizzare come criterio o base di riferimento i corrispettivi di cui al comma 2, ove motivatamente ritenuti adeguati.". Lo stesso Regolamento in numerose disposizioni (artt. 263, 264, 266, 267) fa riferimento alle classi e categorie di cui all'articolo 14 della tariffa professionale al fine di determinare i requisiti richiesti ai professionisti per partecipare alle gare nonché le modalità di prova.

Pertanto, il quadro normativo previgente alla modifica apportata dal decreto liberalizzazioni in materia di compensi per le attività in questione, sebbene non contemplasse più l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di applicare tariffe fisse o minime, non vietava affatto il ricorso alle stesse, al fine di determinare tali corrispettivi, se utilizzate come parametri di riferimento ed "ove motivatamente ritenute adeguate". Sul punto, l'Autorità, nella determinazione n. 5 del 2010, ha confermato tale possibilità, suggerendo, alla luce della normativa allora vigente, che la stazione appaltante provvedesse ad elaborare un'ipotesi di parcella, al fine di individuare l'entità delle risorse necessarie all'acquisizione dei servizi di ingegneria nonché per stabilire a quale fascia di importo appartenesse l'appalto.

In tal senso l'articolo 264, comma 1, lett. d) del d.P.R. n. 207 del 2010, ha poi precisato che il bando deve contenere l'indicazione delle modalità in base alle quali è stato definito l'ammontare del corrispettivo dei servizi posto a base di gara. Il bando deve, quindi, riportare, eventualmente in allegato, il calcolo in base al quale, in relazione alla tariffa professionale, è stato definito tale importo.

Su tale quadro normativo ed interpretativo è intervenuto l'articolo 9 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27, recante: «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività».

L'articolo 9 stabilisce, anzitutto, al comma 1, l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico, prevedendo, altresì, al comma 5 che "Sono abrogate le disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviano alle tariffe

di cui al comma 1.”. La tariffa rimane in vigore limitatamente alla liquidazione delle spese giudiziali e solo fino a centoventi giorni successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge, termine stabilito affinché il Ministero della Giustizia adotti parametri di riferimento mediante un apposito decreto. Tali parametri riguardano solo il caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale del compenso del professionista (ad esempio spese giudiziali, liquidazione di una CTU, compenso non stabilito dalle parti, ai sensi dell’articolo 2233 del codice civile).

E’ evidente, quindi, la differenza con il precedente regime sopra descritto. Alla luce della abrogazione totale delle tariffe disposta dall’articolo 9, le stesse non possono essere più indicate nemmeno quale possibile riferimento per l’individuazione del valore della prestazione.

1. L’importo a base di gara

Il primo aspetto da considerare, quindi, riguarda le modalità che le stazioni appaltanti devono seguire per determinare l’importo a base di gara, alla luce della integrale abrogazione delle tariffe professionali, abrogazione che incide, come previsto dal comma 5 dell’articolo 9, anche sulle disposizioni del Codice e del Regolamento attuativo che prevedono, come sopra rilevato, il riferimento alle tariffe professionali per la stima del corrispettivo, ivi compresa quella di cui all’articolo 266, comma 1, lettera c), n. 1 del d.P.R. n. 207 del 2010.

Come già più volte evidenziato da questa Autorità, è necessario che il corrispettivo, tenuto conto della natura e della complessità dei servizi a base di gara, sia congruo al fine di garantire, in funzione di salvaguardia dell’interesse pubblico, la qualità delle prestazioni (cfr. determinazioni nn. 1/2006, 4/2007 e 5/2010), poiché una carente progettazione, oltre a determinare la realizzazione di opere pubbliche di minor pregio, è stata dall’Autorità individuata in più occasioni come la fonte principale di maggiori costi e tempi di realizzazione, nonché di riserve e di ricorsi giurisdizionali.

A tal fine le stazioni appaltanti, nella determinazione dell’importo a base di gara per l’affidamento dei servizi di ingegneria, non possono limitarsi ad una generica e sintetica indicazione del corrispettivo, ma devono indicare con accuratezza ed analiticità i singoli elementi che compongono la prestazione ed il loro valore. L’importo a base di gara - le cui modalità di calcolo, ai sensi dell’articolo 264, comma 1, lett. d) del Regolamento, norma da ritenersi ancora vigente, devono essere espressamente indicate nel bando - dovrebbe trovare dimostrazione in una dettagliata individuazione delle attività da svolgere e dei relativi costi. E ciò sulla base dell’articolazione degli elaborati richiesti in base a quanto previsto dal d.P.R. n. 207 del 2010; un riferimento operativo può trovarsi nelle tabelle 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6 e 4.7 allegata alla determinazione n. 5 del 2010, depurate, ovviamente, dei riferimenti alla tariffa professionale. L’elenco degli elaborati da redigere, con i relativi costi, definibile come il “computo metrico estimativo della prestazione di progettazione”, dovrebbe costituire un allegato ai documenti di gara.

La determinazione dell’importo a base di gara, in ragione di una analitica indicazione delle singole componenti della prestazione professionale, è altresì funzionale ad una più efficace verifica della congruità delle offerte ed alla esatta e proporzionale determinazione dei requisiti di partecipazione alla gara.

L’individuazione dell’importo a base di gara è, inoltre, rilevante ai fini della determinazione del superamento delle soglie previste dall’articolo 91 del Codice e quindi della legittimità della procedura di gara da utilizzare. In tal senso, l’Autorità aveva ritenuto, ad esempio, non corretto

determinare l'importo a base dell'affidamento tenendo conto del ribasso derivante dalla negoziazione con un professionista individuato preventivamente e fiduciariamente. Solo una volta stabilito l'importo a base dell'affidamento si può procedere secondo le soglie previste dall'articolo 91 del Codice: sotto i 40.000,00 euro con affidamento diretto (art. 125, co. 11); sotto i 100.000,00 con procedura negoziata (art. 91, co. 2); oltre i 100.000,00 secondo le disposizioni della parte II, titolo I e titolo II e parte III (art. 91, co. 1) (cfr. Deliberazione n. 27 dell'8/4/2009).

Lo stesso articolo 9 contiene alcune disposizioni che confermano l'impostazione sopra delineata e che, se pur articolate con riferimento al mercato privato, forniscono indicazioni utili anche in relazione ai servizi di ingegneria ed architettura disciplinati nel Codice dei contratti pubblici. In particolare, il comma 4 prevede che il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale; inoltre si prevede che in ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi.

Tale disposizione, coerente con l'articolo 2233 del codice civile¹ e, applicata al settore degli appalti pubblici, comporta che, in ogni caso, gli importi da porre base di gara devono discendere da una corretta analisi della prestazione richiesta.

Quindi, in base a quanto prescritto dal secondo e terzo periodo del comma 4 dell'articolo 9, si rileva che il corrispettivo è comunque determinato tenendo conto:

- a) del grado di complessità dell'incarico;
- b) dell'importanza dell'opera;
- c) di tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi.

In base a tale indicazione si ricava che la determinazione dell'importo dell'affidamento non può essere connotata da arbitrarietà, ma deve fondarsi su una valutazione che utilizzi riferimenti concreti che consentano di:

- a) assicurare un adeguato svolgimento della prestazione;
- b) assicurare la qualità del servizio dal momento che, come più volte rilevato, eventuali carenze di questo si ripercuoterebbero inevitabilmente sulla realizzazione dell'opera in termini di valore della stessa e maggiori costi;
- c) individuare correttamente le modalità di affidamento e la pubblicità da attuare;
- d) valutare la congruità delle offerte formulate dai partecipanti.

Le stazioni appaltanti non possono, quindi, porre a base di gara un importo senza un minimo di analisi, come peraltro previsto dall'articolo 89 (strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi) del Codice e senza motivare il percorso tecnico-logico a cui ispirarsi nella determinazione del valore. Si rammenta, inoltre, che ai sensi dell'articolo 279 del d.P.R. n. 207 del 2010, anche in caso di appalti di servizi, occorre procedere alla progettazione del servizio prima di avviare le procedure di affidamento (cfr. determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, paragrafo 3).

Come precisato nella determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009, anche nel caso di appalto di servizi i documenti a base di gara devono consentire una esatta conoscenza delle quantità delle singole prestazioni e quindi devono fornire ai concorrenti le più ampie e complete informazioni sulla commessa in modo da consentire agli stessi di formulare l'offerta nel modo più consapevole possibile.

Tale indicazione consente di rispettare quanto prescritto dalla lettera d) del comma 1) dell'articolo 264 del d.P.R. n. 207 del 2010 nella parte in cui dispone che nei documenti di gara deve essere indicata la modalità di calcolo del corrispettivo e cioè, in vigenza delle tariffe, le modalità di applicazione delle stesse. Se il riferimento alla possibilità di utilizzo delle tariffe professionali è da ritenersi abrogato è da considerare ancora del tutto vigente l'obbligo di illustrare le modalità di calcolo del corrispettivo.

In sostanza si può affermare che la disposizione di cui all'articolo 264, comma 1, lettera d) del d.P.R. n. 207 del 2010 è rafforzata dal secondo e terzo periodo del comma 4 dell'articolo 9 del decreto legge n. 1 del 2012, come convertito dalla legge n. 27 del 2012. Va peraltro rilevato che le stesse tariffe professionali erano state definite proprio sulla base del grado di complessità dell'incarico, dell'importanza dell'opera e di tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi.

In linea generale, poi, il Codice dei Contratti contiene varie disposizioni che disciplinano la determinazione dell'importo da porre a base di gara e precisamente gli articoli 29 (Metodo di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici), 89 (Strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi) e 115 (Adeguamento dei prezzi) che fanno fondamentalmente sempre riferimento ai valori di mercato.

In attesa delle future determinazioni dell'Autorità in merito, i responsabili del procedimento, per individuare gli importi a base di gara, potrebbero riferirsi ai costi sostenuti dalla propria amministrazione, o da amministrazioni consimili, negli ultimi anni.

In tal senso, il calcolo dell'importo da porre a base di gara dovrebbe trovare una coerenza con i compensi minimi e massimi pagati negli ultimi anni dalle stazioni appaltanti, per servizi tecnici, relativamente alle diverse tipologie ed importi di lavori e di opere individuate sulla base delle tabelle 1, 2 e 3 allegate alla determinazione n. 5 del 7 luglio 2010 e per uguali livelli progettuali.

A tal fine, gli importi dei compensi corrisposti ai progettisti negli ultimi anni, rapportati all'importo dei lavori progettati, eseguiti e collaudati fornirebbero la percentuale di incidenza del costo della fase progettuale sul totale dell'importo dei lavori; tale percentuale, rapportata poi al costo preventivato dei lavori e delle opere da progettare, determinerebbe l'importo da porre a base di gara per i servizi tecnici (articolo 264, comma 1, lettera c) del d.P.R. n. 207 del 2010).

Va tuttavia precisato che gli importi corrisposti in passato sono da considerarsi al netto dei ribassi offerti in gara e, pertanto, per una corretta procedura concorrenziale, l'importo degli oneri di progettazione da porre a base di gara, come prima determinato, andrebbe incrementato della media dei ribassi ottenuti nel passato.

2. Le modalità di definizione dei requisiti di partecipazione

Un secondo problema prospettato è quello relativo alle modalità di definizione dei requisiti di partecipazione alle gare e di specificazione dei mezzi di prova del loro possesso: tutta la normativa rilevante nel Codice dei Contratti Pubblici e nel Regolamento (elenco di operatori economici, indagine di mercato, formulazione dei bandi e dei disciplinari di gara, requisiti di “capacità tecnica e professionale dei fornitori e prestatori di servizi”, modalità di dimostrazione del possesso dei requisiti) è infatti fondata sulla tabella delle classi e categorie di cui all’articolo 14 della legge n. 143 del 1949. Tale tabella è stata peraltro predisposta nell’anno 1949 e, pertanto, non risponde alla situazione attuale; l’Autorità ha, quindi, elaborato le tabelle n. 1, n. 2 e n. 3, allegate alla determinazione n. 5 del 27 luglio 2010, nelle quali è stato costruito un prospetto, a più livelli, che indica:

- al primo livello la “destinazione funzionale e/o complementare e/o integrativa delle opere e dei lavori” oggetto dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria quali per esempio “organismi edilizi per l’istruzione”, “organismi edilizi per i servizi sanitari”, “opere a rete per la mobilità”, “opere speciali per la mobilità”;
- al secondo livello la “identificazione e specificazione delle opere di ogni destinazione funzionale”, per esempio con riferimento agli “organismi edilizi per l’istruzione”, “asili”, “scuola materna”, “scuola elementare”;
- al terzo livello la classe e categoria dell’articolo 14 della legge n. 143 del 1949 di appartenenza di ogni opera o lavoro.

Il prospetto formulato aveva la funzione di fornire alle stazioni appaltanti una linea guida per individuare, con riferimento all’opera o lavoro oggetto dell’affidamento posto in gara, quali fossero le classi e categoria della tabella dell’articolo 14 della legge n. 143 del 1949, da indicare nei bandi e nei disciplinari e quali fossero le classi e le categorie dei progetti che i concorrenti avevano redatto in passato, che consentiva loro di dimostrare il possesso dei requisiti e, quindi, di partecipare alle gare.

Tale prospetto può essere utilizzato anche dopo l’abrogazione delle tariffe, prevedendo che nei bandi di gara non si faccia più riferimento alle classi e categoria dell’abrogata tabella dell’articolo 14 della legge 143 del 1949, ma direttamente al primo livello del prospetto (destinazione funzionale e/o complementare e/o integrativa delle opere) individuato sulla base dell’opera del secondo livello del prospetto (identificazione e specificazione delle opere) da progettare. I concorrenti, per dimostrare il possesso dei requisiti, devono fare riferimento ai progetti da essi redatti per una delle opere del secondo livello, che dipende direttamente dal primo livello indicato nel bando, i cui certificati devono riferirsi alle classi e categorie dell’abrogato articolo 14 della legge n. 143 del 1949, indicati al terzo livello del prospetto.

Esemplificando: qualora, per ipotesi, si debba affidare un progetto per una scuola elementare, il bando dovrà prevedere che i concorrenti possano dimostrare il possesso dei previsti requisiti con progetti redatti per le opere appartenenti agli “organismi edilizi per l’istruzione” quali, per esempio, “asilo nido”, “scuola materna”, “scuola elementare”, “scuola media”, “liceo classico”, “liceo scientifico”, “università”. Il possesso dei requisiti potrà essere documentato dai concorrenti con certificati, attestanti la progettazione di una delle opere indicate al secondo livello del prospetto, a loro rilasciati, in passato, da una stazione appaltante, con riferimento alle classi e categorie dell’abrogato articolo 14 della legge n. 143 del 1949, indicate al terzo livello del prospetto.

3. La verifica di congruità

La terza questione da affrontare concerne la verifica di congruità degli importi risultanti dalle offerte di ribasso dei concorrenti. L'Autorità, nella determinazione n. 5 del 2010, ha sottolineato l'importanza di tale verifica, fornendo suggerimenti alle stazioni appaltanti.

La finalità della verifica dell'anomalia dell'offerta è quella di evitare che offerte troppo basse esponano 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 conseguenza di far sorgere contestazioni e ricorsi. L'amministrazione deve, infatti, aggiudicare l'appalto a soggetti che abbiano presentato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore, con l'aggiunta del normale utile d'impresa, affinché la stessa possa rimanere sul mercato. Occorre quindi temperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva, con quello della stazione appaltante ad aggiudicare al minor costo, senza rinunciare a standard adeguati ed al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali. Inoltre, se è vero che la giurisprudenza amministrativa è orientata in prevalenza nel senso di ritenere che un utile di impresa esiguo non denota di per sé l'inaffidabilità dell'offerta economica, è altrettanto vero che l'utile non può ridursi ad una cifra meramente simbolica. Infatti, gli appalti debbono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, in quanto le acquisizioni in perdita porterebbero gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso. Pertanto, l'interesse del committente pubblico a poter confidare sulla regolare esecuzione del servizio deve ritenersi prevalente su quello dell'impresa ad eseguire comunque (ossia, anche in perdita o con utile aziendale pari a zero) un appalto al fine di acquisire esperienza professionale e fatturato da utilizzare in vista della partecipazione a futuri appalti (cfr. Consiglio di Stato, sez III, Sentenza 11 aprile 2012, n. 2073).

Al riguardo, ad esempio, sul piano operativo si può considerare non congruo l'importo che, al netto del ribasso offerto in gara, risulta inferiore in misura elevata rispetto all'importo in base al quale, al netto del ribasso medio offerto in passato, è stato individuato l'importo a base di gara. Tale verifica, in sostanza, consente di ritenere adeguato il compenso da corrispondere solo qualora esso risponda ai valori di mercato. Un altro parametro può essere inoltre costituito dalla non congruenza del corrispettivo con l'importo stabilito per l'incentivo ai dipendenti dell'amministrazione dallo stesso art. 92 del Codice.

Per tutto quanto sopra

Il Consiglio

Ritiene che:

alla luce delle considerazioni esposte, la determinazione dell'importo a base di gara per i servizi di architettura ed ingegneria debba discendere da una corretta analisi della prestazione richiesta, al fine di garantire la qualità del servizio, di individuare le corrette modalità di affidamento e la relativa pubblicità, nonché di fornire elementi per la valutazione della congruità delle offerte.

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 maggio 2012

Il Segretario: Maria Esposito

¹ Tale disposizione prevede che “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, In ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all’importanza dell’opera e al decoro della professione. [...]”