

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Pubblicazioni del Dipartimento
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell' Interpretazione e della Traduzione
Sezione Giuridica

- 8 -

a cura di

EDOARDO N. FRAGALE e GIULIA MILO

con la collaborazione di

LAURA SANCILIO

I NUOVI APPALTI PUBBLICI

Raccolta di saggi sul Codice dei contratti
(D.Lgs. n. 36/2023)

I saggi raccolti nel volume riproducono, con gli opportuni adattamenti, gli interventi svolti dagli Autori in un corso sugli appalti organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trieste. L'ambizione di questo lavoro non è di offrire un commento analitico alle molteplici disposizioni del codice, ma di tracciare, piuttosto, un primo bilancio attorno ad alcuni istituti del settore delle pubbliche commesse; gli scritti selezionati riguardano, tra l'altro, la programmazione, le procedure di acquisto, il partenariato, la sostenibilità ambientale e sociale nonché gli affidamenti sotto soglia.

EDOARDO N. FRAGALE è abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia, nonché avvocato cassazionista; attualmente è in servizio come ricercatore a tempo determinato presso l'Università di Trieste.

È autore di diversi contributi in materia di giustizia amministrativa, amministrazione digitale, lavoro e dirigenza pubblica, distinzione tra politica e amministrazione, appalti, urbanistica, ambiente, energia e transizione ecologica.

GIULIA MILO è ricercatrice dell'Università di Trieste nonché avvocatessa cassazionista; è autrice di scritti in materia di servizi pubblici, governo del territorio, appalti e giustizia amministrativa.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Pubblicazioni del Dipartimento
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione
Sezione Giuridica

- 8 -

a cura di

EDOARDO N. FRAGALE e GIULIA MILO
con la collaborazione di LAURA SANCILIO

I NUOVI APPALTI PUBBLICI

Raccolta di saggi sul Codice dei contratti
(D.Lgs. n. 36/2023)



**Edizioni
Università
di Trieste**

Il presente volume è stato finanziato con i fondi del Dipartimento di Scienze giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione.

FINALITÀ E AMBITO

La collana si propone come documento editoriale per rendere note alla comunità scientifica le ricerche dei docenti di area giuridica appartenenti al Dipartimento, le ricerche di giovani studiosi in formazione, le ricerche che costituiscono l'esito di attività seminariali e convegnistiche.

GARANZIA SCIENTIFICA

La scientificità delle pubblicazioni è garantita da un Comitato Scientifico composto da studiosi che rappresentano le diverse aree del settore giuridico e che, in quanto tali, sono in grado di certificare l'innovazione degli esiti delle ricerche per le quali si propone l'edizione e l'approccio metodologico seguito. I volumi pubblicati nella presente collana sono oggetto di procedure di doppio referaggio.

COMITATO SCIENTIFICO

Aebi-Müller Regina, Amadeo Stefano, Barberis Mauro Giuseppe, Barić Sanja, Bartole Sergio, Bianca Massimo, Cazzetta Giovanni, Cubeddu Maria Giovanna †, De Castro Camero Rosario, Dittrich Lotario Benedetto, Dolso Gian Paolo, Ferrante Riccardo, Ferretti Paolo, Fiorentini Francesca, Fiorentini Mario, Gialuz Mitja, Giangaspero Paolo, Henrich Dieter, Marino Concetta, Maternini Maria, Menghini Luigi, Meruzzi Giovanni, Nunin Roberta, Ofner Helmut, Pacia Romana, Padovini Fabio, Peroni Francesco, Pittaro Paolo, Johannes Michael Rainer, Raiti Giovanni, Spickhoff Andreas, Stevanato Dario, Venchiarutti Angelo, Ziviz Patrizia, Zoz Maria Gabriella.

COMITATO DI REDAZIONE

Il Comitato di Redazione è composto dai seguenti professori: Amadeo Stefano, Bianca Massimo, Ferretti Paolo, Giangaspero Paolo, Padovini Fabio.

MODALITÀ DI PUBBLICAZIONE

La collana, in linea con le politiche editoriali di EUT e dell'Università degli Studi di Trieste, prevede la pubblicazione online nella modalità ad accesso aperto, allo scopo di rendere liberamente disponibile la comunicazione scientifica. Accanto a questa modalità sono poi previste le più consuete pubblicazioni a stampa in tiratura limitata e/o su ordinazione degli autori.

COPYRIGHT

Tutte le pubblicazioni in formato digitale della collana vengono rilasciate con una licenza Creative Commons (CC BY-NC-SA 2.5 IT). Creative Commons 4.0 (BY-NC-ND).



UPI
UNIVERSITY
PRESS ITALIANE

Opera sottoposta a peer review
secondo il protocollo UPI - University Press Italiane

EUT Edizioni Università di Trieste 2024

ISBN 978-88-5511-593-3 (print)

ISBN 978-88-5511-594-0 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste

Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste

eut@units.it

<https://eut.units.it>

<https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste>

PREFAZIONE

Questa raccolta di saggi relativa al Codice dei contratti muove da una Convenzione stipulata tra Comune di Trieste e Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione avente ad oggetto la realizzazione di un corso di formazione per funzionari dello stesso Comune.

Non è la prima volta che il Dipartimento di Scienze Giuridiche collabora con il Comune di Trieste: già qualche anno fa fu realizzato un corso di lezioni, in partnership anche con la Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, sul Next Generation UE e sull'impatto di esso sulle amministrazioni pubbliche. Si tratta di una iniziativa confluita poi in un volume, tra i primi in materia, che ha raccolto molti degli interventi tenutosi nei primi mesi del 2022, dal titolo "Governare la ripresa. La pubblica amministrazione alla prova del Recovery Plan", pubblicato - come il presente volume - dal nostro Editore di Ateneo (EUT).

In questa, come nella precedente occasione, le amministrazioni coinvolte non hanno dimostrato solo la capacità di operare in modo congiunto per acquisire o migliorare le conoscenze necessarie per affi-

nare la loro capacità di azione, ma hanno esibito una particolare reattività rispetto a fenomeni nuovi e inediti o a sopravvenute modifiche normative. Questa è una caratteristica che non era così scontata fino a qualche tempo fa, faticando talvolta la PA a reagire in tempi celeri a situazioni nuove e imprevedibili. Negli ultimi anni, rispetto a tali situazioni, l'amministrazione è in verità divenuta via via più performante.

Questo spirito collaborativo tra amministrazioni dipende certo dalla sensibilità e dalla lungimiranza dei quadri direttivi di esse, nel nostro caso, per quanto riguarda il Comune di Trieste, dal suo Direttore generale dott. Fabio Lorenzut, ma comincia ad essere - e l'auspicio è che continui ad essere - un tratto distintivo, un modo di essere, delle amministrazioni pubbliche. Solo dalla sinergia tra esse e la loro azione congiunta e coordinata potranno scaturire soluzioni adeguate e tempestive rispetto alla complessità delle situazioni che la nostra epoca ci pone di fronte.

Questo Volume costituisce un piccolo ma significativo esempio della tendenza a fare rete tra le amministrazioni pubbliche nella convinzione che all'interno di esse vi siano tutte le risorse necessarie per rispondere a qualsiasi sfida.

Prof. Gian Paolo Dolso
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, del Linguaggio,
dell'Interpretazione e della Traduzione (IUSLIT),
Università degli studi di Trieste

In via ricorrente il cammino dell'Università e del Comune di Trieste s'intreccia; questa volta è successo in occasione di un mirato intervento di approfondimento sul nuovo codice dei contratti. Sicuramente succederà ancora.

Il volume mette nero su bianco lo slancio con cui siamo andati incontro alla novità del nuovo codice riassumendo gli interventi qualificati e innovativi che hanno caratterizzato l'intervento svoltosi nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice, un anno fa. La

nuova impostazione normativa richiedeva un approfondito lavoro speculativo e di confronto.

L'Università di Trieste ha chiamato a raccolta i migliori professori di diritto amministrativo delle università italiane, esperti in contratti ed appalti per lo più nel doppio ruolo di avvocati del libero foro e quindi portatori di esperienze cospicue e attuali nelle varie branche e sui temi più spinosi e dibattuti, quali, ad esempio, quello delle clausole sociali, dell'ambiente, del principio del risultato e del partenariato pubblico privato, strumento quest'ultimo divenuto imprescindibile nei progetti di grande respiro e soggiacente a logiche deputate

Il Comune ha offerto questa occasione ad una nutrita platea di discenti costituita dai suoi dirigenti e quadri i quali quotidianamente si scontrano con la necessità di trovare soluzioni innovative e aderenti alla controversa realtà sociale e alla aspra competizione tra le imprese.

Sono emerse le differenze di approccio tra i diversi mondi ma anche l'utilità, soprattutto per chi opera, di ampliare le vedute con nuove possibilità di interpretare le reali necessità, ricorrendo a una logica motivazionale che tenga conto delle situazioni e delle soluzioni più adeguate ai casi concreti, senza paludamenti meramente astratti e concettuali.

Ringrazio l'Università di aver pensato con noi e di aver riportato come studenti nelle aule universitarie le diverse generazioni di funzionari che operano in Comune. Ringrazio anche i dipendenti che hanno partecipato all'esperimento i quali hanno dimostrato di mantenere vivo l'entusiasmo per l'aggiornamento e il confronto con il mondo accademico arricchendo il patrimonio culturale e professionale dell'Ente. In via ricorrente il cammino dell'Università e del Comune s'intreccia; altri progetti ci attendono di sicuro.

Dott. Fabio Lorenzut
(Direttore Generale, Comune di Trieste)

INDICE

Introduzione	1
MARCO MACCHIA	
Dalla programmazione alle procedure di acquisto: i tornanti del nuovo codice dei contratti	3
GIUSEPPE MANFREDI	
Appunti sul partenariato pubblico-privato	31
EDOARDO CARUSO	
Gli affidamenti pubblici come strumento di sostenibilità sociale: tutela dell'equo trattamento dei lavoratori e garanzia della stabilità occupazionale	49
LAURA SANCILIO	
La sostenibilità ambientale degli acquisti pubblici: un "bilancio di sostenibilità" del nuovo codice dei contratti pubblici	81
EDOARDO NICOLA FRAGALE	
Gli affidamenti sotto soglia nel nuovo codice dei contratti pubblici	109
GIULIA MILO	
L'equo compenso negli appalti pubblici	145

L'EQUO COMPENSO NEGLI APPALTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. I SOGGETTI NEI CUI CONFRONTI LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DEVE GARANTIRE L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'EQUO COMPENSO; 2. IL PRINCIPIO DELL'EQUO COMPENSO; 3. ASPETTI PROBLEMATICI; 4. CONCLUSIONI.

1. I soggetti nei cui confronti la pubblica amministrazione deve garantire l'applicazione del principio dell'equo compenso

Nel codice degli appalti la disposizione giuridica in cui vi è un riferimento all'equo compenso è l'art. 8, comma 2, che statuisce:

«2. 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 pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso».

Dalla semplice lettura della disposizione si comprende che essa si riferisce alle prestazioni d'opera intellettuale rese dai professionisti e precisa che queste possono essere rese gratuitamente in casi eccezionali e, in tutti gli altri casi, l'amministrazione garantisce, ai professionisti stessi, l'applicazione del principio dell'equo compenso.

Nell'ordinamento giuridico statale italiano le prestazioni d'opera intellettuale trovano un'essenziale disciplina in alcuni articoli del codice civile.

Il contratto d'opera intellettuale è disciplinato dagli artt. 2229 e ss. del codice civile ed è una species del genere lavoro autonomo, che è una species del genere contratto di appalto.

In effetti il codice civile disciplina tre tipologie di contratto:

- a. il contratto di appalto, disciplinato dall'art. 1655 del codice civile, secondo il quale «L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.»;
- b. il contratto d'opera, ricorrente ai sensi dall'art. 2222 c.c. «Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV»;
- c. il contratto d'opera intellettuale, disciplinato dagli artt. 2229 e ss. del codice civile, che è un contratto in cui le prestazioni rese sono caratterizzate dall'essere il frutto, per lo più, di un'attività intellettuale e sono prestazioni che normalmente coinvolgono interessi di terzi e interessi pubblici, ragione per cui, in genere, si tratta di attività protette, nel senso che possono essere esercitate solo da chi è in possesso di determinati requisiti ed è iscritto a determinati albi o elenchi, previo accertamento del possesso di tali requisiti.

La giurisprudenza¹ ha precisato che la distinzione tra contratto d'opera e contratto d'appalto si fonda sul criterio della struttura e dimensione dell'impresa a cui sono commissionate le opere, nel senso che il contratto d'opera è quello che coinvolge la piccola impresa,

¹ Cass., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4527

che svolge la propria attività con la prevalenza del lavoro personale dell'imprenditore (e dei propri familiari) e in cui l'organizzazione non è tale da consentire il perseguimento delle iniziative di impresa, facendo a meno dell'attività esecutiva dell'imprenditore artigiano.

Quindi il contratto d'opera intellettuale è una sorta di contratto di appalto in cui l'appaltatore si obbliga a compiere un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio e le prestazioni effettuate sono caratterizzate da un contenuto di natura tecnico-scientifica.

Nell'ordinamento giuridico italiano, l'esercizio di una professione intellettuale non implica lo svolgimento di un'attività imprenditoriale. Un tanto si ricava dall'art. 2238, comma 1, c.c. che stabilisce che le disposizioni del Titolo II in tema di impresa si applicano alle professioni intellettuali solo se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa.

L'art. 2082 c.c. definisce l'imprenditore: «È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

L'art. 2083 c.c. definisce il piccolo imprenditore: «Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia».

Il prestatore d'opera intellettuale svolge un'attività economica molto simile a quella dei piccoli imprenditori; si obbliga verso un corrispettivo a compiere un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza vincolo di subordinazione ed effettuando attività caratterizzate dalla natura intellettuale, tuttavia, non è soggetto integralmente alla disciplina giuridica dell'impresa.

Naturalmente, salvo specifiche eccezioni, prestazioni di natura intellettuale possono anche essere rese nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato.

A tal proposito la giurisprudenza, nel caso delle professioni intellettuali, che, per loro natura, non sono soggette a ordini specifici o all'esercizio del potere disciplinare, essendo indispensabile riconoscere autonomia professionale al lavoratore che rende prestazioni di na-

tura intellettuale, ha individuato una serie di criteri per comprendere la natura subordinata o meno del rapporto di lavoro².

Specifica eccezione alla possibilità di svolgere un'attività di natura strettamente intellettuale nelle forme del lavoro subordinato è costituita dall'attività forense che, come noto, è del tutto incompatibile con rapporti di lavoro subordinato³.

Sulla base della disciplina legislativa di origine esclusivamente interna nell'ordinamento italiano, pertanto, l'esercizio di una professione intellettuale sulla base di contratti d'opera intellettuale stipulati direttamente dal professionista non costituisce attività imprenditoriale in senso stretto.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea invece, nell'ambito del diritto della concorrenza, afferma che la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico della detta entità e dalle sue modalità di finanziamento⁴. Risulta poi, da una giurisprudenza anch'essa costante, che costituisce un'attività economica qualsiasi attività consistente nell'offrire beni o servizi su un mercato determinato⁵.

Ne consegue che, secondo il diritto europeo della concorrenza, il professionista intellettuale dovrà considerarsi come esercente un'attività di "impresa"⁶.

² Cassazione civile sez. lav., 10 settembre 2019, n.22634 "la sussistenza o meno della subordinazione deve essere verificata in relazione all'intensità della etero-organizzazione della prestazione, al fine di stabilire se l'organizzazione sia limitata al coordinamento dell'attività del professionista con quello dello studio, oppure ecceda le esigenze di coordinamento per dipendere direttamente e continuativamente dall'interesse dello stesso studio, responsabile nei confronti dei clienti di prestazioni assunte come proprie e non della sola assicurazione di prestazioni altrui (Cass. n. 5389 del 1994; n. 9894 del 2005; n. 3594 del 2011; n. 22634 del 2019)".

³ Art. 18, legge 31 dicembre 2012, n. 247.

⁴ Corte di Giustizia UE, 23 aprile 1991, (causa C-41/90); 16 novembre 1995, (causa C-244/94), 11 dicembre 1997, (causa C-55/96).

⁵ Corte di Giustizia UE, 16 giugno 1987, (causa 118/85) e 18 giugno 1998, (causa C-3596).

⁶ Nella sentenza della Corte di Giustizia 19 febbraio 2002 (causa C-309/99), nota come sentenza Wouters si afferma in modo inequivocabile con giurisprudenza

2. Il principio dell'equo compenso

L'art. 8, comma 2, del d. lgs. 36/2023 obbliga la Pubblica Amministrazione a garantire l'applicazione, ai liberi professionisti intellettuali, del principio dell'equo compenso.

Per cercare di comprendere in che modo si può definire il contenuto di tale principio è indispensabile ripercorrere rapidamente l'evoluzione della disciplina relativa alla determinazione del compenso nei rapporti di prestazione d'opera intellettuale.

L'art. 2233 c.c. prevede che il compenso, nel contratto d'opera intellettuale, 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, stabilisce il secondo comma del medesimo articolo, la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione.

Le tariffe professionali, almeno per le professioni protette, sono esistite nel nostro ordinamento per lungo tempo e sono state il frutto di un procedimento in cui, a seconda delle diverse discipline specifiche, interveniva sempre l'ordine professionale con un potere di proposta o comunque con un significativo e condizionante intervento partecipativo e le tariffe venivano poi approvate ed emanate da un organo statale, normalmente il Ministero di riferimento.

Le tariffe spesso indicavano dei limiti minimi e massimi inderogabili che vincolavano il professionista nella sua autonomia negoziale e lo esponevano, in caso di violazione, anche a responsabilità di natura deontologica.

Questo assetto normativo è entrato in diretta collisione con i principi affermati dalla Corte di Giustizia, e appena richiamati nel precedente paragrafo, secondo i quali i professionisti intellettuali svolgono

za poi costantemente ribadita che i professionisti che svolgono un'attività economica sono imprese e di conseguenza gli ordini professionali, anche se riconosciuti quali pubbliche autorità dalle normative statali, devono essere qualificati quali associazioni di imprese ai sensi degli articoli del Trattato relativi alla concorrenza.

un'attività economica, offrono beni o servizi su un mercato determinato e pertanto sono soggetti alle regole stabilite dai Trattati dell'Unione Europea⁷ sulla tutela della concorrenza.

Il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248, cosiddetto decreto Bersani, all'art. 2, ha abrogato, tra l'altro, l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime nonché il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

Il decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27, all'art. 9, ha abrogato integralmente le tariffe regolamentate nel sistema ordinistico ed ha previsto tuttavia, nel caso di liquidazione del compenso da parte di un organo giurisdizionale, l'adozione di "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".

Successivamente il decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, all'art. 19 *quaterdecies*, ha introdotto nella legge sull'ordinamento forense⁸ l'articolo 13 *bis* rubricato "*Equo compenso e clausole vessatorie*".

Tale articolo è destinato a disciplinare il compenso degli avvocati nelle convenzioni stipulate con imprese bancarie e assicurative, nonché con imprese di notevoli dimensioni cioè con più di 250 dipendenti oppure un fatturato annuo superiore a 50 milioni di euro.

Nei casi in cui le convenzioni siano unilateralmente predisposte da dette imprese il compenso si considera equo quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6⁹, della medesima

⁷ Si ratta come noto degli artt. 101 e ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

⁸ Legge 31.12.2012, n. 247.

⁹ L'art. 13, comma 6, della legge 31.12.2012, n. 247, statuisce: «I parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNE,

legge sull'ordinamento forense. La pattuizione di un compenso in misura inferiore a tali parametri risulterebbe nulla.

Il medesimo articolo 19 *quaterdecies*, al comma 2, ha esteso tali previsioni a tutti i lavoratori autonomi ai quali si applicano i decreti ministeriali destinati a fissare i parametri per determinare il compenso e, soprattutto, al comma 3, ha stabilito che: «La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi 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 legge di conversione del presente decreto». La Pubblica amministrazione è pertanto tenuta ad applicare il principio dell'equo compenso sulla base della legge 4 dicembre 2017, n. 172, e tale principio pare si possa garantire solo determinando un compenso conforme ai parametri fissati con decreto dai Ministeri competenti.

Successivamente, è stata approvata la legge 21 aprile 2023, n. 49, contenente «Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali».

ogni due anni, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, si applicano quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge».

L'articolo 1, comma 3, della legge 31.12.2012, n. 247, statuisce: «All'attuazione della presente legge si provvede mediante regolamenti adottati con decreto del Ministro della giustizia, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro due anni dalla data della sua entrata in vigore, previo parere del Consiglio nazionale forense (CNF) e, per le sole materie di interesse di questa, della Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense. Il CNF esprime i suddetti pareri entro novanta giorni dalla richiesta, sentiti i consigli dell'ordine territoriali e le associazioni forensi che siano costituite da almeno cinque anni e che siano state individuate come maggiormente rappresentative dal CNF. Gli schemi dei regolamenti sono trasmessi alle Camere, ciascuno corredato di relazione tecnica, che evidenzia gli effetti delle disposizioni recate, e dei pareri di cui al primo periodo, ove gli stessi risultino essere stati tempestivamente comunicati, perché su di essi sia espresso, nel termine di sessanta giorni dalla richiesta, il parere delle Commissioni parlamentari competenti».

L'art. 1 di tale legge definisce l'equo compenso come quello conforme ai compensi previsti dai parametri fissati con decreto dai Ministeri competenti. Non solo, ma il sistema dei parametri tariffari assunti con decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy, sentite le associazioni professionali viene esteso a tutte le professioni intellettuali anche a quelle non organizzate in ordini o collegi.

La legge poi ribadisce la necessaria applicazione dei parametri (incarnazione dell'equo compenso) alle convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento, di attività professionali in favore di imprese bancarie e assicurative 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, con esclusione delle prestazioni rese in favore di società veicolo di cartolarizzazione e di quelle rese in favore degli agenti della riscossione.

Inoltre, l'art. 2, comma 3, precisa che le disposizioni sull'equo compenso si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della Pubblica Amministrazione e delle società disciplinate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Infine, quest'ultima legge n. 49/2023 ha superato e uniformato le precedenti disposizioni abrogando le disposizioni della legge forense e dell'intero art. 19 *quaterdecies* del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172.

Dall'analisi della disciplina vigente appare pertanto che la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare il principio dell'equo compenso a tutte le prestazioni rese in proprio favore da professionisti fin dalla entrata in vigore della legge n. 172/2017.

3. Aspetti problematici

Dalla breve disamina della disciplina legislativa effettuata nei due precedenti paragrafi emerge che la Pubblica amministrazione, fin dal mese di dicembre 2017, quando stipula contratti di prestazione d'opera intellettuale con soggetti terzi, deve applicare, per fissare i corrispettivi a proprio carico, dei parametri tariffari approvati ogni due

anni dai competenti ministeri con coinvolgimento nella procedura degli ordini professionali o delle associazioni professionali.

In sostanza, i minimi indicati da questi parametri tariffari sono vincolanti per la Pubblica Amministrazione mentre non lo sono per tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, tranne per il caso delle convenzioni stipulate con imprese bancarie e assicurative o imprese di significative dimensioni. Il compenso dei professionisti per i singoli incarichi quindi può essere liberamente pattuito dalle parti salvo il caso in cui si tratti di un contratto che vede come parte la pubblica amministrazione o una società pubblica.

L'art. 8, comma 2, del d. lgs. n. 36/2023 statuisce: «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 pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso».

Il primo problema, di ampia e generale portata, riguarda la compatibilità di tale previsione, unitamente alla disciplina generale sull'equo compenso, che sostanzialmente introduce minimi tariffari vincolanti almeno nei confronti di alcuni soggetti, con le regole giuridiche derivanti direttamente dal TFUE sulla tutela della concorrenza.

Oltre al tema generale dell'astratta ammissibilità dei parametri tariffari in relazione alla disciplina a tutela della concorrenza si pongono una serie di più minute questioni applicative.

Partendo dal tema generale si deve evidenziare che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con una nota inviata il 24 novembre 2017 ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio, ha evidenziato immediatamente che l'intervento normativo si poneva in contrasto con consolidati principi posti a tutela della concorrenza, invertendo un processo di liberalizzazione delle professioni in atto da oltre un decennio. L'AGCM ha evidenziato che, secondo i consolidati principi antitrust nazionali e comunitari, le tariffe professionali fisse e minime costituiscono 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.

In quest'ottica, l'effettiva presenza di una concorrenza di prezzo nei servizi professionali non può in alcun modo essere collegata ad una dequalificazione della professione, giacché, come più volte ricordato dall'Autorità, è invece la sicurezza offerta dalla protezione di una tariffa fissa o minima a disincentivare l'erogazione di una prestazione adeguata e a garantire ai professionisti già affermati sul mercato di godere di una rendita di posizione determinando la fuoriuscita dal mercato di colleghi più giovani in grado di offrire, all'inizio, un prezzo più basso.

Nello stesso senso indicato dall'Autorità Garante della Concorrenza si è espressa la Giurisprudenza costante della Corte di Giustizia¹⁰, che di recente ha infatti affermato che «È di comune esperienza, e non necessita di una dimostrazione, il fatto che comportamenti collusivi che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi determinano effetti negativi concreti sul mercato dando luogo a riduzioni della produzione, aumenti dei prezzi, una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori».

Tale giurisprudenza fa applicazione dell'art. 101 TFUE, che disciplina i casi in cui le tariffe siano il frutto di accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate; come noto gli ordini professionali in relazione alla disciplina unionale a tutela della concorrenza sono stati qualificati come associazioni tra imprese. Quindi le tariffe professionali, o i parametri inderogabili (che non sono altro che tariffe confezionate in modo diverso), se elaborate e adottate dagli ordini professionali, sono sicuramente nulle e devono essere disapplicate le discipline normative statali che eventualmente ne prevedono la vincolatività.

Una diversa situazione si realizzerebbe ove le tariffe o i parametri fossero elaborati ed adottati da un vero ente pubblico per perseguire davvero interessi generali e non meramente corporativi¹¹.

¹⁰ Da ultimo, Corte di Giustizia UE, 25 gennaio 2024, causa C-438/22, Em akaunt BG EOOD.

¹¹ Nella sentenza della Corte di Giustizia Europea, 3 novembre 2017, (C-427/16 e C-428/16) CHEZ Elektro Bulgaria e FrontEx International si affer-

In ogni caso, anche delle tariffe davvero imputabili allo Stato e frutto di un procedimento in cui sono coinvolti rappresentanti degli utenti e dei consumatori, essendo atti che hanno come oggetto la restrizione della concorrenza, sono da ritenersi nulli, se si pongono in contrasto con l'art. 56 TFUE, che stabilisce che «le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione».

La Corte di Giustizia¹², sul punto, ha affermato che le tariffe possono costituire una restrizione per il professionista straniero in quanto esso viene privato della possibilità di fare concorrenza - chiedendo onorari inferiori a quelli tariffari - ai professionisti stabiliti permanentemente nello Stato membro in cui intende esercitare la propria attività, i quali professionisti dispongono, per tale ragione, di una maggiore facilità di crearsi una clientela rispetto ai professionisti stabiliti all'estero. Inoltre le tariffe limitano la possibilità per i consumatori di uno Stato membro di servirsi di professionisti di altri Stati membri che richiedano tariffe inferiori ai minimi tariffari. Queste deroghe alla libera concorrenza non sono vietate in assoluto, ma possono essere giustificate qualora rispondano a ragioni imperative di interesse pubblico.

Più recentemente la Corte di Giustizia¹³, a proposito di una normativa che istituisce un sistema di tariffe minime e massime per le presta-

ma che la tariffa determinata da una organizzazione di categoria, come gli ordini professionali, potrebbe comunque rivestire natura statale, in particolare quando i membri dell'organizzazione di categoria siano esperti indipendenti dagli operatori economici interessati e siano tenuti dalla legge a fissare le tariffe prendendo in considerazione non solo gli interessi delle imprese o delle associazioni di imprese nel settore che li ha designati, ma anche l'interesse generale e gli interessi delle imprese degli altri settori o degli utenti dei servizi di cui trattasi. Per garantire che i membri di una organizzazione di categoria operino effettivamente nel rispetto dell'interesse generale, i criteri di tale interesse devono essere definiti dalla legge in modo sufficientemente preciso e devono ricorrere un controllo effettivo e il potere decisionale in ultima istanza da parte dello Stato.

¹² Corte di Giustizia UE, 5 dicembre 2006 (procedimenti riuniti C-94/04 e C-202/04).

¹³ Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2019 (causa C-377/17).

zioni degli onorari di architetti e ingegneri tedeschi, di cui era dubbia la compatibilità con la libertà di stabilimento garantita dall'articolo 49 TFUE e con la disciplina posta dalla direttiva 2006/123, ha affermato che le tariffe minime e massime sono ammissibili se rispondono ai requisiti di cui all'art. 15, paragrafo 3, della medesima direttiva.

L'art. 15, paragrafo 3, prevede che le tariffe sono ammissibili se risultano essere non discriminatorie, necessarie e proporzionate alla realizzazione di un motivo imperativo di interesse generale. Nel caso di specie, la Repubblica federale di Germania ha sufficientemente dimostrato che, alla luce delle peculiarità del mercato e dei servizi di cui trattasi, può esistere un rischio che i prestatori di progettazione nel settore della costruzione che operano in tale Stato membro svolgano una concorrenza che può tradursi nell'offerta di prestazioni al ribasso, e, attraverso una selezione avversa, persino nell'eliminazione degli operatori che offrono prestazioni di qualità. Tuttavia la Corte ha affermato che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico e nel caso di specie la normativa tedesca non persegue l'obiettivo consistente nell'assicurare un elevato livello di qualità delle prestazioni di progettazione in modo coerente e sistematico.

Trasponendo tali principi alle vicende relative all'equo compenso la normativa sarebbe ammissibile se non discriminatoria, necessaria e proporzionata alla realizzazione di un motivo imperativo di interesse generale, il tutto alla luce della concreta situazione del mercato.

Ebbene pare davvero difficile sostenere che tutte le professioni intellettuali in Italia siano in una situazione di mercato tale da esigere dei tariffari. Una tale misura dovrebbe seguire un'analisi puntuale e concreta della singola attività professionale.

Pare inoltre evidente che il "motivo imperativo di interesse generale" alla base della disciplina dell'equo compenso non inerisce la tutela degli utenti del servizio ma la tutela dei prestatori del servizio¹⁴ e ci si chiede se un tanto sia ammissibile.

¹⁴ Che la ratio sottesa alla disciplina sull'equo compenso sia quella di tutelare i professionisti nell'ambito dei rapporti d'opera professionale in cui essi si trovino

A favore dell'ammissibilità della disciplina vi è il fatto che essa, in realtà, non ha un'applicazione generalizzata, ma limitata soltanto alla Pubblica amministrazione ed alle convenzioni con le imprese bancarie assicurative e di dimensioni significative.

Oltre al tema generale relativo all'ammissibilità, molto dubbia, dei parametri tariffari si pongono poi dei problemi inerenti la concreta applicazione del principio dell'equo compenso su cui si sta confrontando la giurisprudenza.

Il primo problema posto da tale disposizione inerisce all'ambito di applicazione. L'equo compenso si applica soltanto ai contratti stipulati direttamente dall'Amministrazione con i professionisti intellettuali o si applica anche ai contratti che un eventuale appaltatore privato stipula con i professionisti da lui incaricati nell'ambito di un incarico affidato dalla Pubblica Amministrazione? In effetti l'art. 8 pare essere destinato soltanto ai liberi professionisti che stipulano un contratto d'opera con la Pubblica Amministrazione, non ai liberi professionisti le cui prestazioni sono utilizzate da un appaltatore per fornire all'Amministrazione un servizio.

Tuttavia, vi sono alcune sentenze che ritengono che anche gli appaltatori della Pubblica Amministrazione qualora si avvalgano di prestazioni d'opera intellettuale per adempiere agli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante debbano rispettare il principio dell'equo compenso e quindi i parametri ministeriali¹⁵.

A tal proposito si è posto anche il tema della possibile applicazione del meccanismo dell'eterointegrazione del bando di gara e che in tal modo possa essere disposta l'esclusione di operatori economici che abbiano formulato un ribasso tale da ridurre la quota parte del compenso professionale. La premessa di un tale eventualità sta nel fatto che l'Amministrazione debba applicare il principio dell'equo compenso non solo ai propri contraenti ma anche ai subcontraenti dei propri contraenti, ipotesi qui non condivisa. L'ANAC in un

nella posizione di contraenti deboli, si vedano TAR Veneto, sez. III, 3 aprile 2024, n. 632 e TAR Lazio, sez. V ter, 30 aprile 2024, n. 8580.

¹⁵ Si veda per tutte TAR Lazio, 30/04/2024, n. 8580.

parere di precontenzioso¹⁶ si è opposta a una tale eventualità, poiché 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.

In numerose sentenze ci si pone il problema dell'applicabilità alle procedure ad evidenza pubblica che hanno una natura pro-concorrenziale la disciplina dell'equo compenso che si basa invece su rigidi tariffari.

In qualche occasione la giurisprudenza ha cercato delle soluzioni di compromesso sostenendo che i criteri si applicano come minimi inderogabili ma non integralmente essendo ammissibile un ribasso non sul compenso ma su altre voci come quelle relative alle spese generali¹⁷.

4. Conclusioni

Alla luce della normativa analizzata, non pare dubbio che la disciplina dell'equo compenso debba applicarsi a tutti i contratti stipulati tra Amministrazione e professionista intellettuale. È da escludere invece che la disciplina si estenda pure ai sub-contratti stipulati dagli appaltatori della Pubblica Amministrazione. Conseguenza da ciò la necessità per l'Amministrazione di tener conto della normativa sull'equo compenso, nella predisposizione delle procedure volte a selezionare il contraente.

Il vero problema riguarda la compatibilità di fondo di tale disciplina con le libertà economiche, l'autonomia privata e il principio di tutela della concorrenza.

¹⁶ ANAC, Parere di Precontenzioso n. 101 del 28 febbraio 2024. In senso contrario invece si veda TAR Veneto, Venezia, sez. II, 3 aprile 2024 n. 632.

¹⁷ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 24 ottobre 2024, n. 632; Tar Campania, Salerno, Sez. II, 16.07.2024, n. 1494.

Il singolo operatore può esercitare la propria attività come lavoratore subordinato, salvo qualche, probabilmente anacronistica, eccezione come la professione forense, oppure può scegliere di stipulare contratti di prestazione d'opera intellettuale senza vincolo di subordinazione. In questo secondo caso, egli sceglie di esercitare un'attività economica e diviene quindi, in forza della normativa europea, titolare di un'impresa. Sono due situazioni del tutto diverse poiché in un caso il prestatore d'opera si assume il rischio dell'attività economica; nell'altro no. Non pare rispettoso del principio di uguaglianza disciplinare con istituti analoghi, imperniati sulla tutela del lavoratore, situazioni del tutto diverse.

L'iniziativa economica privata può essere indirizzata e coordinata a fini sociali ma tutelare gli interessi dell'imprenditore è un fine sociale?

Ed è ammissibile che a conformare l'attività economica privata a fini sociali provvedano organizzazioni in cui sono rappresentati solo gli interessi degli imprenditori della categoria?