



**La disciplina dell'equo compenso
e gli affidamenti dei servizi di ingegneria
e architettura secondo il D.Lgs. 36/2023**

(c.r. 611)

Roma, luglio 2023

I CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

Ing. Angelo Domenico Perrini	Presidente
Ing. Remo Giulio Vaudano	Vice Presidente Vicario
Ing. Elio Masciovecchio	Vice Presidente
Ing. Giuseppe Maria Margiotta	Consigliere Segretario
Ing. Irene Sassetti	Consigliere Tesoriere
Ing. Carla Cappiello	Consigliere
Ing. Sandro Catta	Consigliere
Ing. iunior Ippolita Chiarolini	Consigliere
Ing. Domenico Condelli	Consigliere
Ing. Edoardo Cosenza	Consigliere
Ing. Felice Antonio Monaco	Consigliere
Ing. Tiziana Petrillo	Consigliere
Ing. Alberto Romagnoli	Consigliere
Ing. Deborah Savio	Consigliere
Ing. Luca Scappini	Consigliere

Presidenza e Segreteria 00187 Roma – Via XX Settembre, 5
Tel. 06.6976701 - www.cni.it – segreteria@cni-online.it



Presso il Ministero della Giustizia – 00186 Roma – Via Arenula, 71



DIPARTIMENTO CENTRO STUDI – FONDAZIONE CNI

CONSIGLIO DIRETTIVO

Ing. Giuseppe Maria Margiotta	Presidente
Ing. Paolo De Santi	Vice Presidente
Ing. Antonio Armani	Consigliere Segretario
Ing. Augusto Delli Santi	Consigliere
Ing. Tommaso Ferrante	Consigliere
Ing. Michele Laorte	Consigliere
Ing. Massimo Mariani	Consigliere
Ing. Antonio Zanardi	Consigliere

Sede: Via XX Settembre, 5 - 00187 Roma - Tel. 06.85354739

info@centrostudicni.it

Il presente documento è stato redatto dall'avv. Lorenzo Passeri Mencucci.

Sommario

1. L'evoluzione normativa. La nozione di "equo compenso"	5
2. La Legge 21 aprile 2023 n. 49: "Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali"	6
3. L'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della L. n. 49/2023	8
4. Il compenso equo e la sua determinazione attraverso il riferimento ai parametri ministeriali	9
5. Le clausole vessatorie	11
6. Il trattamento giuridico delle invalidità e la tutela del professionista. La nullità relativa e di protezione delle clausole vessatorie	13
7. Le funzioni dell'Ordine professionale	15
8. La Legge n. 49/2023 ed il rapporto con l'art. 8, comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023	18
8.1 L'eccezione prevista dall'articolo 8, comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023	21
8.2 Le implicazioni: il divieto di ribassabilità del compenso professionale	22
8.3 La ribassabilità delle spese: ammissibilità e limiti	24
8.4 Conclusioni	27

1. L'evoluzione normativa. La nozione di “equo compenso”

Il diritto ad un compenso equo del professionista intellettuale per il servizio prestato è un principio presente e regolamentato da tempo nel nostro ordinamento.

L'art. 2230 comma 2 del Codice Civile, difatti, dispone che: *“In ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione”*.

Il sistema ordinistico si è per lungo tempo contraddistinto per la determinazione del compenso attraverso il riferimento a parametri predeterminati dal legislatore (L. n. 149/1943¹ per gli ingegneri e gli architetti); questo almeno fino al 2012, quando con il Decreto Legge 12/01/2012, n. 1 (art. 9) venivano *“abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico”*².

Il venir meno del regime tariffario (in parte mitigato, per il settore dei contratti pubblici, da alcune previsioni speciali relative alla predeterminazione dei corrispettivi da porre a base d'asta per l'affidamento degli incarichi tecnici) ha generato un preoccupante vuoto in quanto, pur con le criticità che lo connotavano, esso rappresentava per le parti un punto di riferimento obiettivo per la negoziazione del corrispettivo dovuto per l'esercizio dell'attività professionale.

È con il Decreto Legge 16 ottobre 2017, n. 148 (cd. “Decreto fiscale”) collegato alla manovra finanziaria per il 2018, convertito dalla Legge 4 dicembre 2017, n. 172, che si decide di dare al principio dell'equo compenso un formale (seppur circoscritto) riconoscimento ed una prima organica regolamentazione. Difatti con l'art. 19 *quaterdecis*³ veniva introdotto l'art. 13 bis alla Legge 31 dicembre 2012, n. 247 (“Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense”), con il quale ci si preoccupava di tutelare la posizione dei (soli) avvocati nei confronti delle (sole) imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361CE della Commissione, del 6 maggio 2003.

¹ Recante il *“Testo unico della tariffa degli onorari per le prestazioni professionali dell'ingegnere e dell'architetto”*.

² Art. 9 comma 2 del DL 1/2012: *“Ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1, nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante, da adottare nel termine di centoventi giorni successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Entro lo stesso termine, con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono anche stabiliti i parametri per oneri e contribuzioni alle casse professionali e agli archivi precedentemente basati sulle tariffe. Il decreto deve salvaguardare l'equilibrio finanziario, anche di lungo periodo, delle casse previdenziali professionali. Ai fini della determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria di cui alla parte II, titolo I, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, si applicano i parametri individuati con il decreto di cui al primo periodo, da emanarsi, per gli aspetti relativi alle disposizioni di cui al presente periodo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti; con il medesimo decreto sono altresì definite le classificazioni delle prestazioni professionali relative ai predetti servizi. I parametri individuati non possono condurre alla determinazione di un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali vigenti prima dell'entrata in vigore del presente decreto”*.

³ Intitolato esplicitamente: *“Introduzione dell'articolo 13-bis della legge 31 dicembre 2012, n. 247, in materia di equo compenso per le prestazioni professionali degli avvocati”*.

Tuttavia con il comma 2 del citato art. 19 *quaterdecies*, l'applicazione delle disposizioni in questione, "in quanto compatibili", veniva estesa anche alle prestazioni rese dai professionisti autonomi (di cui all'articolo 1 della Legge 22 maggio 2017, n. 81⁴), anche iscritti agli Ordini e Collegi, rinviando ai Decreti Ministeriali di cui al citato art. 9, comma 2 del Decreto-Legge 24 gennaio 2012, n. 1 l'individuazione dei parametri per l'eventuale determinazione giudiziale dei compensi del professionista in presenza di una clausola abusiva.

Fra i soggetti obbligati al rispetto di tale principio, veniva ricompresa anche la Pubblica amministrazione tenuta a garantire "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 suddetto Decreto.

2. La Legge 21 aprile 2023 n. 49: "Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali"

La Legge n. 49 del 21 aprile 2023 (pubblicata in GU Serie Generale n.104 del 5 maggio 2023) completa il percorso avviato nel 2017, non limitandosi a disciplinare l'equo compenso.

Essa elegge ad interesse di rilevanza pubblica, la tutela della posizione contrattuale (dunque privatistica) del professionista e rappresenta una risposta alle pressanti istanze di tutela di un settore che, per quanto nevralgico per l'economia del Paese, soffre da decenni una crisi legata a mutamenti radicali del sistema sociale ed economico.

Il presupposto della Legge è la **tutela del professionista come lavoratore** (ai sensi dell'art. 35, comma 1 della Costituzione, che prevede la tutela del lavoro in tutte le sue forme), in conseguenza della presa d'atto che il professionista intellettuale è diventato parte "debole" del rapporto contrattuale (quanto meno rispetto a determinate categorie soggettive di operatori) ed è pertanto necessario intervenire a tutela della sua posizione prevedendo una serie di garanzie contrattuali (fra le quali anche il diritto ad un compenso equo) idonee a garantire la sua "dignità".

Da qui la previsione dell'equo compenso definito come "il compenso ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto" non a caso riecheggiando, sul piano della formulazione testuale, proprio l'art. 36 della Costituzione⁵.

⁴ Ai sensi del quale: "Le disposizioni del presente capo si applicano ai rapporti di lavoro autonomo di cui al Titolo III del Libro quinto del Codice Civile, ivi inclusi i rapporti di lavoro autonomo che hanno una disciplina particolare ai sensi dell'articolo 2222 Del Codice Civile".

⁵ In giurisprudenza per una recente applicazione, sebbene anteriore alla L. n. 49/2023 TAR Sicilia, sentenza 14 marzo 2023, n. 815 in www.giustizia-amministrativa.it

Vi è dunque un chiaro mutamento di prospettiva: **il professionista è visto, valutato e tutelato dal legislatore come un lavoratore** e non (solo) come un operatore di mercato esposto alle regole della concorrenza; in quanto “lavoratore” il professionista ha diritto ad una tutela analoga a quella di qualsiasi altra tipologia di lavoratore, a cominciare dal diritto ad una “retribuzione” equa e proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato.

In questa prospettiva, il principio della tutela della concorrenza trova un suo limite dovendosi rapportare ad un altro interesse di pari rango pubblicistico, qual è appunto la tutela della parte debole nel rapporto contrattuale e la garanzia della dignità della prestazione professionale. È immediato il richiamo alla disciplina del D.Lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici) dove l'assolutismo del principio di tutela della concorrenza viene ancora una volta attenuato, imponendo ad esso un confronto comparativo con altri valori di pari rango (il raggiungimento del risultato).

Sul piano civilistico, come si avrà modo di illustrare in seguito, è immediato invece l'accostamento al regime del cd “secondo contratto” fra “consumatore” e “professionista” di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo) nel quale, tuttavia, è proprio quest'ultimo (il professionista) a rivestire una posizione di prevalenza rispetto al primo. Così come per il consumatore, l'esigenza di tutela del professionista inteso come “parte debole” nel rapporto contrattuale, assume uno specifico connotato pubblicistico che necessita di un altrettanto specifico regime di tutela.

La disciplina dell'equo compenso si occupa direttamente del corrispettivo, che rappresenta uno degli elementi essenziali del contratto (non solo di quello di lavoro), al fine di ristabilire le condizioni di equilibrio all'interno del rapporto contrattuale tra professionista e committente; equilibrio alterato dalla posizione di (eccessiva) forza di una delle parti. Parte della dottrina ha parlato in tali situazioni di “terzo contratto” (B2B – *Business to Business*).

In sintesi la Legge sull'equo compenso rappresenta una risposta alle difficoltà che il mondo delle professioni – anche, ma non solo ordinistiche - attraversa nell'attuale momento storico, che a ben vedere va oltre la finalità (di chiara matrice costituzionale) di garantire una retribuzione “*proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro*”, prefiggendosi il più generale obiettivo di ristabilire una giuridica posizione di parità ed equilibrio all'interno del rapporto contrattuale tra professionista e committente. Tale obiettivo è peraltro del tutto in linea con quanto previsto dall'art. 15 della Carta Europea dei diritti fondamentali⁶ ai sensi del quale “*Ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata*”.

⁶ 2012/C 326/02.

3. L'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della L. n. 49/2023

Alla luce delle specifiche finalità sopra evidenziate, si comprende come mai la maggior parte delle disposizioni della Legge n. 49/2023 interessino il procedimento di formazione del contratto d'opera professionale.

Il professionista, come detto, si configura come “parte debole” del rapporto contrattuale; il primo obiettivo della Legge è quindi quello di individuare le controparti che pongono **oggettivamente** (fino a prova contraria) in posizione di debolezza il professionista.

L'ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni della Legge viene circoscritto ai rapporti professionali, aventi ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale di cui all'articolo 2230 del Codice Civile, regolati **da convenzioni** aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività professionali svolte in favore;

- di imprese bancarie e assicurative nonché delle loro società controllate e delle loro mandatarie;
- delle imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno occupato alle proprie dipendenze più di cinquanta lavoratori;
- delle imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro;
- della Pubblica amministrazione e delle società disciplinate dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

La Legge n. 49/2023 va quindi oltre la nozione di “piccola e media impresa” di derivazione europea, perimetrando un ambito soggettivo più ampio rispetto alle imprese inquadrabili a detta categoria. Difatti l'art. 2 richiede che l'impresa possieda alternativamente (e non cumulativamente come richiesto per le PMI⁷) un numero minimo di dipendenti (superiore a 50) ovvero una specifica dimensione economica parametrata sulla consistenza dei ricavi⁸.

Sono, invece, **escluse** dalla disciplina, per espressa previsione legislativa, le prestazioni rese dai professionisti in favore di società veicolo di cartolarizzazione e quelle rese in favore degli agenti della riscossione nonché i rapporti professionali con il cliente “privato”.

⁷ In particolare, in base alla Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003 e dell'art. 3 lett., comma 1, lett. aa) del D.Lgs. n. 50/2016, sono:

- **medie imprese**, le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro;
- **piccole imprese**, le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro;
- **micro imprese**, le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro».

⁸ In particolare l'art. 2, comma 1 prevede che la legge 49/2023 si applica a “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”.

Va sottolineato che l'art. 2 richiama il termine "convenzioni" alludendo ai casi di accordo dal contenuto standardizzato, in esecuzione dei quali si è stipulato il singolo contratto con il professionista. Al comma 2 si chiarisce che le previsioni si *"applicano a ogni tipo di accordo preparatorio o definitivo, purché vincolante per il professionista, le cui clausole sono comunque utilizzate dalle imprese di cui al comma 1"*.

Ciò che si rileva, ai fini dell'applicazione delle misure prescritte dal legislatore, è l'oggettiva presenza delle clausole presuntivamente inique elencate dalla norma, mentre è del tutto irrilevante la natura dell'atto contrattuale (convenzione, proposta contrattuale, accordo preliminare e/o definitivo) così come il ruolo assunto dal professionista nel procedimento di formazione del contratto (proponente o destinatario della proposta). In questo modo il legislatore mira ad arginare il fenomeno del cd "rovesciamento delle posizioni"⁹.

4. Il compenso equo e la sua determinazione attraverso il riferimento ai parametri ministeriali

Ai sensi della L. n. 49/2023 il **compenso è equo se**, rispettivamente:

- **proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto**, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale;
- **conforme a specifici parametri individuati, 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, comma 1, L. n. 49/2023)¹⁰.

La disposizione, in esame, con il rinvio ai parametri individuati da Decreti Ministeriali, rappresenta uno dei passaggi più significativi della nuova Legge. La norma ha difatti il valore di una disposizione "integrativa del contratto" nel caso in cui il corrispettivo ivi previsto, ove non conforme ai parametri ministeriale, *si presume* (ma in questo caso la presunzione non ammette prova contraria) squilibrato.

⁹ Nella prassi, l'impresa-committente "forte" induce il contraente-professionista "debole" a recepire i contenuti di una convenzione-tipo e a formulare una proposta contrattuale della quale la prima appare formalmente destinataria. Con questo artificio s'intende configurare una inesistente negoziazione di clausole penalizzanti per il professionista che, in quanto formalmente proposte dal contraente-professionista "debole" ed accettate dall'impresa-committente "forte", diventano efficaci e vincolanti.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, L. n. 49/2023 deve ritenersi equo il compenso, fra l'altro, conforme ai compensi previsti rispettivamente:

- per gli avvocati, dal decreto del Ministro della giustizia emanato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 [articolo 1, comma 1, lett. a)];
- 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 [articolo 1, comma 1, lett. b)];
- per i professionisti di cui al comma 2 dell'articolo 1 della Legge 14 gennaio 2013, n. 41, da un emanando Decreto del Ministro dello sviluppo economico [articolo 1, lett. c)].

La determinazione dei parametri sulla base di un atto normativo a valenza regolamentare sembra assolvere un duplice obiettivo:

- 1) consente di determinare il corrispettivo alla luce di parametri obiettivi e certi, rispondenti all'esigenza di garantire un compenso proporzionato alla qualità e quantità del lavoro prestato, nel rispetto del dettato costituzionale, e coerenti con i valori etici che devono necessariamente sorreggere l'attività del professionista. Il riferimento è all'art. 2233 c.c., in forza del quale: *"In ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione"*; l'accettazione di compensi inferiori rappresenta pertanto un illecito disciplinare del professionista;
- 2) argina l'apprezzamento discrezionale, non solo (e non tanto) della parte contraente "forte", ma anche del Giudice quando è chiamato a determinare in via sostitutiva (rispetto alle parti) il corrispettivo spettante al professionista. L'apprezzamento discrezionale del Giudice nell'ambito di un rapporto contrattuale si pone sempre in alterità con l'esigenza di preservazione dell'autonomia contrattuale delle parti, che rappresenta uno dei pilastri della teoria del contratto la quale, chiaramente, rischia di essere messa in discussione se sostituita da una clausola generale di ripristino dell'equità, indeterminata nei suoi contenuti. La predeterminazione dei parametri circoscrive eventuali valutazioni "fuori controllo" da parte del Giudice.

La clausola contrattuale che preveda un compenso non equo è nulla (art. 3, comma 1, Legge n. 49/2023).

Come si è detto sopra, la *ratio* della L. n. 49/2023 è quella di garantire una tutela al professionista, che si configura come parte debole del rapporto contrattuale. La finalità dell'intervento è dunque diametralmente opposta a quella della tutela della concorrenza (nel o per il mercato), che muove dal diverso presupposto della paritaria condizione tra gli operatori.

Da questo punto di vista, la posizione del lavoratore autonomo (professionista intellettuale) è (deve essere) analoga a quella del lavoratore dipendente, per il quale da tempo il legislatore ha dettato parametri minimi di riferimento per il calcolo della retribuzione che il mercato è chiamato a rispettare.

In questa diversa prospettiva non ha più senso parlare di "minimi tariffari" o di violazione delle regole della concorrenza.

D'altra parte, pur nell'ottica della tutela della concorrenza, la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sezione IV), nella sentenza 4 luglio 2019, caso C- 377/17, ha affermato la legittimità delle tariffe minime se e nella misura in cui esse rispondano a motivi di interesse pubblico quali la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi e la trasparenza dei prezzi.

Sulla stessa linea si è espressa di recente la Corte di Cassazione nelle sentenze Cass. Civ. n. 1018/2018 e n. 21487/2018 in riferimento ai compensi tabellari minimi di cui al DM n. 55/2014.

5. Le clausole vessatorie

Il passaggio fondamentale della L. n. 49/2023 è tuttavia quello relativo al trattamento giuridico delle eventuali violazioni delle sue prescrizioni il quale, come detto, rimanda (pur con le dovute differenze) alla disciplina di ispirazione euro-unitaria in tema di clausole vessatorie e tutela del consumatore.

La Legge individua il contenuto generale delle clausole che ritiene presuntivamente (con presunzione che non ammette prova contraria) vessatorie e che sanziona con la nullità.

In tale categoria viene inclusa in primo luogo la clausola che preveda un corrispettivo inferiore ai parametri individuati con Decreto Ministeriale. Rispetto alla disciplina della tutela del consumatore, emerge la centralità dell'equo compenso come autonoma principale – sebbene non esclusiva – causa di vessatorietà; per tutelare il consumatore, il legislatore non interviene sul rapporto di scambio tra la parte più forte e la parte più debole del contratto, e dunque non interviene né sul prezzo né sull'oggetto della prestazione. Nella disciplina posta a tutela del consumatore non è possibile sindacare sulla *“adeguatezza del corrispettivo”* (art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 206/2005).

La vessatorietà ai sensi della L. n. 49/2023, tuttavia, non si esaurisce nella sola *“non equità”* del compenso.

In particolare il comma 2 dell'art. 3, L. n. 49/2023, definisce come vessatorie le seguenti clausole:

- che vietino al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione;
- che impongano l'anticipazione di spese;
- che, comunque, attribuiscono al committente **vantaggi sproporzionati** rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro svolto o del servizio reso.

Rispetto a quest'ultima ipotesi, emerge una significativa differenza con la disciplina sulla tutela del consumatore ed anche con l'art. 13 *bis* della Legge professionale degli avvocati, le quali fanno riferimento alla pur complessa nozione di *“significativo squilibrio”*. Chiaramente il *“vantaggio sproporzionato”* assume il valore di clausola generale, in quanto tale, suscettiva di molteplici applicazioni da definirsi in relazione al caso concreto. Tuttavia appare utile richiamare in proposito la disciplina dell'azione generale di rescissione di cui all'art. 1448 c.c. che riconduce la *“sproporzione”* al superamento della *“metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto”*.

Sono poi nulle (sempre art. 3, comma 2) una serie di altre clausole dal contenuto specifico e tipizzato, per le quali sussiste una presunzione di vessatorietà.

In particolare, sono nulle le clausole che consistono:

- a) nella riserva al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto;

- b) nell'attribuzione al cliente della facoltà di rifiutare la stipula in forma scritta degli elementi essenziali del contratto;
- c) nell'attribuzione al cliente della facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che il professionista deve eseguire a titolo gratuito;
- d) nell'anticipazione delle spese a carico del professionista;
- e) nella previsione di clausole che impongono al professionista la rinuncia al rimborso delle spese connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione;
- f) nella previsione di termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;
- g) nel caso di un incarico conferito ad un avvocato (**e dunque per i soli avvocati**), nella previsione che, in caso di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, all'avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte, ovvero solo il minore importo liquidato, nel caso in cui l'importo previsto nella convenzione sia maggiore;
- h) nella previsione che, in caso di un nuovo accordo sostitutivo di un altro precedentemente stipulato con il medesimo cliente, la nuova disciplina in materia di compensi si applichi, se comporta compensi inferiori a quelli previsti nel precedente accordo, anche agli incarichi pendenti o, comunque, non ancora definiti o fatturati;
- i) nella previsione che il compenso pattuito per l'assistenza e la consulenza in materia contrattuale spetti solo in caso di sottoscrizione del contratto;
- j) nell'obbligo per il professionista di corrispondere al cliente o a soggetti terzi compensi, corrispettivi o rimborsi connessi all'utilizzo di software, banche dati, sistemi gestionali, servizi di assistenza tecnica, servizi di formazione e di qualsiasi bene o servizio la cui utilizzazione o fruizione nello svolgimento dell'incarico sia richiesta dal cliente.

6. Il trattamento giuridico delle invalidità e la tutela del professionista. La nullità relativa e di protezione delle clausole vessatorie

Ai sensi dell'art. 3, comma 4 della L. n. 49/2023: *“La nullità delle singole clausole non comporta la nullità del contratto, che rimane valido ed efficace per il resto. La nullità opera solo a vantaggio del professionista ed è rilevabile d'ufficio”*.

Anche tale prescrizione attinge all'esperienza normativa in tema di tutela del consumatore dove è prevista per le clausole vessatorie una forma di invalidità che sfocia nella nullità parziale (che, dunque non si estende all'intero contratto) a prescindere dalla essenzialità della clausola.

Tale soluzione rafforza significativamente la tutela della parte debole del contratto, in quanto esclude a monte la possibilità che la controparte (forte) possa far valere la nullità della singola clausola come strumento per inficiare la validità dell'intero contratto (ai sensi dell'art. 1419 c.c.¹¹). Si tratta, in sostanza, di una sanzione collegata al disvalore dell'assetto negoziale.

La Legge 49/2023 introduce pertanto un peculiare trattamento giuridico della nullità (appunto definita “di protezione”) che può essere definita **relativa** (ossia *esercitabile dal solo professionista*) e **parziale** (ossia circoscritta alla sola clausola abusiva) con salvezza dei residui effetti del contratto.

La nullità è rilevabile anche d'ufficio da parte del Giudice, in linea con quanto previsto dalla disciplina consumeristica (ma non anche dalla Legge sulla professione di avvocato di cui all'art. 13 bis, L. n. 247/2012).

Inoltre, per quanto concerne il corrispettivo, accanto al rimedio “demolitorio” (la nullità della clausola che dispone un corrispettivo non equo ai sensi del comma 1 dell'art. 3) si accompagna quello “costruttivo” che consente al professionista di domandare espressamente al Tribunale del luogo di residenza o domicilio *“la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale prestata”* (art. 3, comma 5).

Il Tribunale procederà a tale rideterminazione *“secondo i parametri previsti dai Decreti Ministeriali di cui al comma 1”* e condannerà il cliente al pagamento della differenza fra quanto pattuito e quanto ritenuto equo (art. 4, L. n. 49/2023). A tal fine potrà richiedere *“se necessario”* al professionista *“il parere sulla congruità del compenso e degli onorari”* dell'Ordine o del Collegio di appartenenza.

La centralità del **parere di congruità** nella Legge 49/2023 è sottolineata dall'attribuzione al medesimo di una duplice (rilevante) efficacia:

¹¹ Ai sensi del quale: *“la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”*.

- da un lato (art. 3, comma 6), il parere dell'Ordine costituisce **elemento di prova** riguardo alle *“caratteristiche sull'urgenza e sul pregio dell'attività prestata, sull'importanza, sulla natura, sulla difficoltà e sul valore dell'affare, sulle condizioni soggettive del cliente, sui risultati conseguiti, sul numero e sulla complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate”*;
- dall'altro (art. 7, L. n. 49/2023), costituisce un **titolo esecutivo stragiudiziale di natura amministrativa** (art. 474, comma 2 n. 1, Codice di Procedura Civile) anche per tutte le spese documentate, ove tale parere sia stato rilasciato nel rispetto del contraddittorio ai sensi della L. n. 241/90 e qualora il debitore non proponga – entro quaranta giorni dalla notificazione del parere stesso da parte del professionista – opposizione ai sensi dell'art. 281 *undecies* del Codice di Procedura Civile. Il giudizio instaurato con l'eventuale opposizione del cliente debitore segue il rito previsto dall'art. 14 del D.Lgs. n. 150/2011¹².

Il Tribunale potrà anche disporre, accanto all'integrazione del corrispettivo, la condanna del cliente al pagamento di **un indennizzo** in favore del professionista *“fino al doppio”* della differenza fra il compenso pattuito e quello equo (art. 4, L. n. 49/2023).

Il termine di **prescrizione** del diritto al compenso da parte del professionista (art. 5, comma 2), decorre dalla cessazione del rapporto con l'impresa ovvero, in caso di pluralità di prestazioni rese a seguito di un'unica convenzione e non aventi carattere periodico, dal compimento dell'ultima prestazione.

In tema di prescrizione va evidenziata inoltre la disciplina dettata dall'art. 8 della Legge in tema di azioni relative alla responsabilità professionale che individua quale momento iniziale di decorrenza del termine prescrizionale **l'intervenuta esecuzione della prestazione**. La Legge così supera l'orientamento giurisprudenziale che individua il *dies a quo* per la proposizione dell'azione di responsabilità verso il professionista con il momento della *“percezione del danno”* da parte del cliente. Ciò costituisce un ulteriore elemento di tutela a favore del professionista, in quanto il momento in cui il cliente ha la percezione del danno non è determinabile con certezza a monte, con la conseguente estensione del periodo prescrizionale ben più ampia del decennio (la percezione da parte del cliente del *“non corretto esercizio”* della prestazione può difatti avvenire a distanza anche di molti anni dalla intervenuta esecuzione della prestazione medesima).

Infine è prevista la tutela dei diritti individuali omogenei dei professionisti attraverso l'azione di classe, proposta dalle rappresentanze professionali (art. 9) nonché dal *“Consiglio Nazionale dell'Ordine”* al quale siano iscritti i professionisti interessati.

È opportuno fin d'ora segnalare che la disciplina della tutela di tipo reale sopra descritta in favore del professionista opera quando lo squilibrio economico nasca non solo da contratti o convenzioni, ma anche (art. 3, comma 5) quando esso dipenda da un *“esito della gara, affidamento,*

¹² Ai sensi dell'art. 14 D.Lgs. n. 150/2011: *“Le controversie previste dall'articolo 28 della legge 13 giugno 1942, n. 794, e l'opposizione proposta a norma dell'articolo 645 del Codice di Procedura Civile contro il Decreto ingiuntivo riguardante onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali sono regolate dal rito semplificato di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo”*.

predisposizione di un elenco di fiduciari". La disposizione estende l'ambito di applicazione del compenso equo a tutte le ipotesi di "**contatti qualificati**" di natura procedimentale fra professionista e (in particolare) Pubblica amministrazione, nei quali può avere rilevanza la determinazione del corrispettivo (fra queste anche l'esito della gara e gli affidamenti).

Infine va richiamata una deroga al regime di nullità delle clausole non eque espressamente prevista al comma 3 del citato art. 3, ai sensi del quale: "*Non sono nulle le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione Europea o l'Unione Europea*".

L'esclusione della nullità è coerente con la natura etero-integratrice della disposizione normativa (ivi inclusa la norma o il principio di diritto internazionale) di cui sopra si è detto. Se la disposizione normativa può integrare la clausola contrattuale "abusiva" è logico ritenere che non possa ritenersi tale la clausola il cui contenuto rispecchi quello normativamente imposto e che, pertanto, rispetto ad essa non sia attivabile il regime di tutela previsto dalla Legge n. 49/2023.

Va sottolineato che, nella sua portata derogatoria, la norma di cui all'art. 3, comma 3, è di **stretta interpretazione**, sicché il ricorso al termine "riproducono" lascia chiaramente intendere che la preclusione opera nei soli casi in cui la clausola contrattuale **sia una riproduzione pedissequa del testo normativo**, con l'eccezione dell'attuazione dei "*principi*" contenuti nelle convenzioni internazionali di livello europeo che, per definizione, non presentano una disciplina compiuta e dunque concedono uno spazio maggiore all'autonomia contrattuale delle parti.

7. Le funzioni dell'Ordine professionale

Di particolare interesse è il ruolo che la Legge n. 49/2023 ritaglia in favore dell'Ordine professionale, con l'attribuzione di poteri che si aggiungono a quello già delineato relativo al rilascio del parere di congruità del compenso.

In particolare all'Ordine e Collegio professionale, nonché ai loro Consigli nazionali è demandato il compito di:

- a) concordare (Consiglio Nazionale) con le imprese modelli standard di convenzione con la previsione di compensi che si "*presumono equi fino a prova contraria*" (art. 6);
- b) proporre (Consiglio Nazionale), ogni due anni, l'aggiornamento dei parametri di riferimento delle prestazioni professionali (art. 5, comma 3);
- c) adire (Consiglio Nazionale) la competente Autorità giudiziaria qualora ravvisi violazioni delle disposizioni vigenti in materia di equo compenso (art. 5, comma 4);

- d) adottare (Ordine o Collegio) disposizioni deontologiche volte a sanzionare la violazione, da parte del professionista, dell'obbligo di convenire o di preventivare un compenso che sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta e determinato in applicazione dei parametri previsti dai pertinenti Decreti Ministeriali, nonché a sanzionare la violazione dell'obbligo di avvertire il cliente, nei soli rapporti in cui la convenzione, il contratto o comunque qualsiasi accordo con il cliente siano predisposti esclusivamente dal professionista, che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare in ogni caso, pena la nullità della pattuizione, i criteri stabiliti dalle disposizioni della presente Legge (art. 5, comma 5);
- e) proporre (Consiglio Nazionale) l'azione di classe (art. 9);
- f) nominare (Consiglio Nazionale) un proprio rappresentante in senso all'Osservatorio nazionale sull'equo compenso (art. 10) istituito presso il Ministero della Giustizia.

Le funzioni assegnate all'Ordine e al Collegio e ai loro Consigli Nazionali sono trasversali, intersecando rispettivamente profili di disciplina:

- a) **sostanziale** con la possibilità di determinare modelli di convenzione rispetto alle quali vige una *presunzione di equità del compenso* e con il potere di proporre, ogni due anni, l'aggiornamento dei parametri di riferimento delle prestazioni professionali (art. 5, comma 3);
- b) **processuale** (art. 9) con la possibilità di proporre l'azione collettiva ex art. 840 bis cpc;
- c) **deontologica** (art. 5, comma 5) con la previsione della rilevanza (anche) deontologica e disciplinare della violazione degli obblighi imposti dalla Legge.

Sul piano della tutela processuale rileva quanto previsto dall'art. 9 della Legge 49/2023 ai sensi del quale: *"I diritti individuali omogenei dei professionisti possono essere tutelati anche attraverso l'azione di classe ai sensi del titolo VIII-bis del Libro quarto del Codice di Procedura Civile. Ai fini di cui al primo periodo, ferma restando la legittimazione di ciascun professionista, l'azione di classe può essere proposta dal Consiglio Nazionale dell'Ordine al quale sono iscritti i professionisti interessati o dalle associazioni maggiormente rappresentative"*.

La norma richiama la disciplina delle azioni collettive di cui agli artt. 840 bis ss. Codice di Procedura Civile. Il Consiglio Nazionale potrà agire: *"nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Ai fini di cui al periodo precedente, ferma la legittimazione di ciascun componente della classe, possono proporre l'azione di cui al presente articolo esclusivamente le organizzazioni e le associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della Giustizia"*.

La disposizione, pur nella parzialità del contesto di riferimento che è evidentemente collegata alle clausole "abusive", rappresenta un importante riconoscimento formale ed una specifica legittimazione processuale a favore dell'ente rappresentativo nazionale della categoria professionale.

L'azione di classe ha carattere alternativo e complementare rispetto all'azione individuale, nel senso che l'azione di classe non pregiudica comunque la possibilità, per il titolare del diritto, di agire con un'ordinaria azione individuale.

Va detto che, diversamente da altri contesti, non vi sono particolari difficoltà nell'individuazione della "classe" chiaramente riconducibile a tutti i professionisti intellettuali iscritti all'Ordine che li rappresenta.

La norma (art. 840 bis) impiega poi la nozione di "diritti omogenei". In altri termini, sono tutelabili con l'azione di classe tutti i diritti che nascono da un medesimo fatto illecito (contrattuale o extracontrattuale), a prescindere dalle differenze in termini di danno causato ai singoli¹³. L'omogeneità dei diritti è individuata essenzialmente dalla comunanza della *causa petendi* (ossia delle ragioni di fatto e di diritto che fondano la domanda). Nel caso in esame, l'omogeneità scaturisce dalla tutela della posizione contrattuale del professionista rispetto ai diritti riconosciuti dalla Legge n. 49/2023.

Va evidentemente esclusa l'applicabilità della disposizione che impone, ai fini dell'attivazione della legittimazione, la preventiva iscrizione del Consiglio Nazionale nell'apposito Registro istituito presso il Ministero della Giustizia; difatti l'art. 9 della L. n. 49/2023 riconosce già una diretta e specifica legittimazione all'azione in favore del Consiglio Nazionale a prescindere dall'iscrizione in detto Registro.

Rispetto al profilo deontologico la previsione normativa (art. 5, comma 5) impone l'integrazione del vigente Codice deontologico con l'introduzione di un nuovo "illecito disciplinare" la cui fattispecie si compone delle seguenti condotte:

- la violazione **dell'obbligo**, da parte del professionista, di prestare l'attività professionale sulla base di un compenso determinato nel rispetto dei parametri previsti dai pertinenti Decreti Ministeriali;
- (**nel solo caso** di convenzione unilateralmente predisposta dal professionista) la violazione dell'obbligo di informativa del cliente circa la nullità della pattuizione recante un compenso della prestazione professionale ove determinato in deroga ai criteri stabiliti dalle disposizioni della L. n. 49/2023.

¹³ Danno, tuttavia, che sia possibile determinare secondo criteri uniformi; A. Milano 25.8.2017; A. Milano 3.3.2014; A. Torino 17.11.2015.

8. La Legge n. 49/2023 ed il rapporto con l'art. 8, comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023

L'altro importante passaggio normativo che incide sulla posizione dei professionisti (in particolare di quelli tecnici) è certamente la recente entrata in vigore (01/04/2023) del D.Lgs. 31/03/2023, n. 36 recante Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della Legge 21 giugno 2022, n. 78.

In particolare l'art. 8 di tale Decreto Legislativo introduce (comma 2) **il divieto di gratuità** della (sola) prestazione intellettuale *“salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione”*.

Salvo i già menzionati casi eccezionali, prosegue la disposizione in esame, *“la Pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso”*.

Il Codice non nega la gratuità (anche se con un “effetto economico indiretto”) dei contratti pubblici (che esplicitamente distingue dalle donazioni) ma, **per le sole professioni intellettuali**, ne introduce il divieto (fatti salvi casi eccezionali, preventivamente e adeguatamente motivati) e la garanzia che le stesse siano retribuite mediante l'applicazione del principio dell'equo compenso.

Senza alcun dubbio con tale disposizione il Codice segna il definitivo superamento dell'orientamento giurisprudenziale che prevedeva l'applicazione dell'equo compenso nel solo caso in cui nel contratto non si fosse pattuito un corrispettivo, senza tuttavia escludere la possibilità che tale corrispettivo potesse anche mancare. Prima della novella del D.Lgs. 36/2023, la previsione di un compenso equo non escludeva la possibilità che fra le parti non fosse pattuito alcun corrispettivo e, dunque, non escludeva la possibilità di svolgere gratuitamente la prestazione.

Oggi con il divieto di gratuità della prestazione intellettuale questa impostazione non è più ammissibile; il nuovo Codice dei contratti, in termini di principio, è pertanto perfettamente allineato alla (comunque successiva) L. n. 49/2023.

Il nuovo Codice prevede (**art. 41, comma 15**) anche che: *“Nell'allegato I.13 sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura...”*, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività da svolgere. Tali corrispettivi **“sono utilizzati dalle Stazioni appaltanti e dagli Enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento. In sede di prima applicazione del presente Codice, l'allegato I.13 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della Legge 23 agosto 1988, n. 400, con Decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice”**.

L'all. I.13 individua quindi: *“le modalità di determinazione dei corrispettivi dovuti per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, determinati,*

mediante attualizzazione del quadro tariffario di cui alla tabella Z-2 del Decreto del Ministro della giustizia 17 giugno 2016”.

L'entrata in vigore rispettivamente del D.Lgs. n. 36/2023 e della L. n. 49/2023, a distanza di poco tempo l'uno dall'altra, impone di esaminare i rapporti fra le stesse.

In particolare appare prioritario comprendere se la L. n. 49/2023 possa ritenersi applicabile al settore dei contratti pubblici e, in caso di risposta affermativa verificare le reciproche “intersezioni”, ed anche eventuali “interferenze” fra le due discipline.

Rispetto alla prima delle questioni poste, la risposta può essere affermativa (nel senso dell'applicabilità della L. n. 49/2023 al settore dei contratti pubblici) per le ragioni che seguono.

L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sull'equo compenso ricomprende anche le “...prestazioni rese dai professionisti in favore della Pubblica amministrazione e delle società disciplinate dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n. 175” (art. 2, comma 2, L. n. 49/2023). Si è così risolta in via definitiva la questione (sorta sotto la primigenia vigenza dell'art. 19 *quaterdecies* del DL 148/2017) dell'applicazione delle disposizioni sull'equo compenso anche alla Pubblica amministrazione.

Da questo punto di vista la Legge 49/2023 si sovrappone al D.Lgs. n. 36/2023, assorbendone e chiarendone il contenuto per quanto in esso non contenuto e/o espressamente non derogato.

Ciò trova conferma anche dalla lettura della norma riportata al comma 5 dell'art. 3 della Legge n. 49/2023 che prevede la sanzione della nullità per la violazione dell'equo compenso non solo in presenza di contratti e convenzioni ma anche nel caso di compenso risultante **dall'esito della gara ed all'affidamento ovvero ancora alla predisposizione di un elenco di fiduciari**. La previsione fa dunque riferimento a passaggi tipici di un procedimento di evidenza pubblica (“*esito della gara*” ed “*affidamento*”) finalizzato all'aggiudicazione di contratti pubblici. A ben vedere, peraltro, il richiamo generico all'affidamento ed alla predisposizione di elenchi sembra estendere l'ambito di applicazione della disposizione a quei procedimenti che non sono gare in senso tecnico, come ad esempio quelli relativi agli affidamenti diretti.

Sulla scorta di tale criterio ermeneutico è possibile risolvere un primo delicato problema sorto all'indomani dell'entrata in vigore del Codice dei contratti con specifico riferimento alla portata del citato art. 8, comma 2, il quale prevede l'applicazione del *solo principio* dell'equo compenso, ma non anche delle *sue disposizioni* (della disciplina sull'equo compenso).

Va in proposito evidenziato che la previsione dell'art. 8 del Codice dei contratti risponde ed è coerente con il quadro normativo vigente al 31/03/2023 (data della sua entrata in vigore) e dunque anteriore all'entrata in vigore della disciplina organica e generale dell'equo compenso. D'altra parte la disposizione del Codice è conforme a quanto prescriveva allora l'art. 19, **comma 3 quaterdecies, DL 148/2017 ai sensi del quale: “La Pubblica amministrazione... garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti”;** **art. 19 che oggi è stato abrogato dall'art. 12 della L. n. 49/2023.**

Alla luce della rilevata portata generale della L. n. 49, nonché del tenore delle norme richiamate, deve ragionevolmente concludersi che anche alla materia del Codice dei contratti pubblici **si applicano le disposizioni della L. n. 49/2023 in materia di equo compenso e non solamente i suoi principi.**

Ancora, la disciplina del Codice del 2023, con le integrazioni al comma 15 dell'art. 41 che rinvia al DM del 2016 (per il tramite dell'Allegato I.13) non solo si colloca perfettamente nell'alveo della previsione di cui all'art. 1 comma, 1 lett b) della L. n. 49/2023 (che appunto demanda a specifici regolamenti adottati con Decreti Ministeriali l'individuazione dei parametri di riferimento), ma ne rappresenta anche una coerente attuazione.

Accertato dunque che le disposizioni della Legge sull'equo compenso si applicano anche per i contratti pubblici, va adesso verificata l'esistenza di eventuali limiti alla sua applicazione collegati alla specialità delle norme di settore di cui al D.Lgs. n. 36/2023.

La questione in particolare nasce dalla lettura dell'art. 8, comma 2 del Codice dei contratti che prevede, come detto sopra, la possibilità da parte della P.a. *in casi eccezionali e previa adeguata motivazione di prevedere la gratuità della prestazione.*

La previsione in questione risponde all'attuazione di uno specifico criterio delega di cui all'art. 1, L. n. 78/2022 (lett. l) ai sensi del quale il Codice deve prevedere il *"...divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione"*.

A questo si aggiunga quanto previsto dall'art. 3, comma 3, L. n. 49/2023, ai sensi del quale: *"non sono nulle le clausole che riproducono le disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione Europea o l'Unione Europea"*.

Innanzitutto la norma conferma la natura eccezionale della gratuità della prestazione, rispetto alla sua equa onerosità che resta, invece, la regola generale.

Non è certo una novità nel panorama delle norme codicistiche la motivata derogabilità dei parametri ministeriali. Già l'art. 24, comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016 prevedeva che i corrispettivi di cui al DM del 2016 *"sono utilizzati dalle Stazioni appaltanti quale **criterio o base di riferimento** ai fini dell'individuazione dell'importo"* ammettendone, dunque, la *motivata* derogabilità (in termini Anac parere di precontenzioso n. 566 del 1° luglio 2020 e Cons. St. Sez. V sent. 29/03/2019 n. 2094).

Nell'art. 41, comma 15 del nuovo Codice 36/2023 è presente una disposizione di analogo contenuto, nella quale tuttavia la vincolatività dei parametri ministeriali appare di per se stessa (ossia a prescindere dalla disciplina dell'equo compenso) rafforzata rispetto alla previsione dell'art. 24 del Codice del 2016, in quanto nella nuova norma non è più riportato l'inciso *"criterio o base di*

riferimento"¹⁴. Dunque ai sensi del nuovo Codice i parametri del DM del 2016 non sono più solo la base di riferimento per la determinazione della base d'asta **ma rappresentano la base d'asta**.

Può dunque sostenersi che un corrispettivo dovrà comunque esserci, che dovrà essere determinato in base al DM 2016, come aggiornato ai sensi delle disposizioni di cui all'Allegato I.13, e **dovrà prevedere un compenso equo**.

8.1 L'eccezione prevista dall'articolo 8, comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023

Occorre adesso verificare se possa residuare un margine di applicazione alla dichiarata eccezione motivata di cui all'art. 8, comma 2 del Codice del 2023.

Innanzitutto la disposizione non può essere inquadrata nella fattispecie di cui all'art. 3, comma 3 della L. n. 49/2023 nella parte in cui prevede che *"non sono nulle le clausole che riproducono disposizioni di legge"*.

La disposizione non ha ad oggetto le clausole contrattuali che **attuano disposizioni di legge ma solamente quelle che "riproducono disposizioni di legge"**. Deve dunque trattarsi di clausola contrattuale che riproduca pedissequamente il contenuto di una disposizione di legge e che non lasci spazio alla libera volontà delle parti contraenti (che, se vessatoria, comunque non sarebbe in grado di sottrarsi alla nullità) né tantomeno alla discrezionalità di una sola di esse.

La clausola deve limitarsi a riproporre il contenuto di un'altra previsione; **una norma "in bianco", quale è certamente quella di cui al comma 2 dell'art. 8 del Codice dei contratti, non può essere inquadrata nell'ambito delle eccezioni di cui all'art. 3, comma 3 della Legge n. 49/2023**.

Sotto diverso profilo, muovendo dalla constatazione che la Legge sanziona con la nullità una clausola vessatoria anche se il suo contenuto risulti concordato fra le parti, sarebbe chiaramente illogico e contraddittorio proprio rispetto alla *ratio* "di tutela" della Legge n. 49/2023, lasciare campo ad una interpretazione dell'art. 3, comma 3, che consenta *anche ad una sola parte* di derogare discrezionalmente dal principio dell'equo compenso.

Questo tuttavia è quello che si prevede con l'art. 8, comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023 nel quale il richiamo alla sussistenza di casi eccezionali ed alla "adeguata motivazione" sottintende un apprezzamento discrezionale della Pubblica amministrazione che si scontra, appunto, con la specificità della disposizione di cui all'art. 3, comma 3, L. n. 49/2023.

A questo si aggiunga, come detto sopra, che l'art. 3, comma 4 della L. n. 49/2023 sancisce la nullità della clausola in deroga all'equo compenso anche nel caso in cui esso scaturisca non da un contratto ma venga trasfuso nel contratto all'esito di un procedimento di gara, sancendo l'inequivocabile

¹⁴ L'art. 41 comma 15 D.lgs. n. 36/2023 prevede che: *"i predetti corrispettivi sono utilizzati dalle Stazioni appaltanti e dagli Enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento"*.

volontà di estendere gli effetti delle previsioni della Legge 49/2023 ai contratti di evidenza pubblica disciplinati dall'antecedente D.Lgs. n. 36/2023.

È evidente che il criterio delega di cui alla Legge n. 178/2022 (prima ancora che l'art. 8, comma 2 del D.Lgs. 36/2023) appare incompatibile rispetto a quanto previsto dalla L. n. 49/2023; la sua sorte non può che essere segnata dagli effetti dell'art. 15 sulle disposizioni della Legge in generale¹⁵ che appunto dispone che *"le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori ...per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti"*.

Né, in senso opposto, può deporre il disposto di cui all'art. 227 del D.Lgs. n. 36/2023 ai sensi del quale: *"Ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del Codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute"*. Difatti, come si è visto sopra, l'art. 3 della L. n. 49/2023 prevede espressamente l'applicazione della disciplina sull'equo compenso anche ai contratti perfezionati all'esito di procedure di evidenza pubblica.

8.2 Le implicazioni: il divieto di ribassabilità del compenso professionale

Le implicazioni che ne seguono si spingono inevitabilmente fino **all'inammissibilità di un confronto competitivo basato sul "prezzo"**. Difatti è innegabile che un "compenso equo", per definizione, non possa essere ribassato in sede di gara e questo spinge verso una duplice considerazione rispetto alle modalità di aggiudicazione dell'appalto ed in particolare riguardo ai criteri di aggiudicazione.

Tali criteri sono disciplinati dall'art. 108 del D.Lgs. n. 36/2023 il quale (comma 1) nell'individuare i due criteri di aggiudicazione del "prezzo più basso" e dell'offerta economicamente più vantaggiosa dispone espressamente che sono *"fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici"*. Dunque, qualora ve ne fosse bisogno, il riferimento alla L. n. 49/2023 in tema di "equo compenso" è espressamente fatto salvo dalla norma codicistica.

Ne consegue che **non è possibile procedere all'aggiudicazione di commesse aventi ad oggetto l'esecuzione di prestazioni intellettuali sulla base del massimo ribasso** in quanto la base d'asta determinata secondo il combinato normativo di cui alla L. n. 49/2023 e al D.Lgs. n. 36/2023, è **già equo compenso**. La questione si pone, chiaramente, per i soli affidamenti diretti in quanto, per gli affidamenti d'importo superiore ai 140mila euro, l'art. 108 prevede l'obbligatorio ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

¹⁵ Disposizioni sulla legge in generale approvate preliminarmente al Codice Civile con Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262.

In caso di aggiudicazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul rapporto qualità/prezzo, la questione sarà invece quella di verificare se ed in che misura possa ritenersi coerente con il principio dell'equo compenso un ribasso sui corrispettivi a base d'asta.

Rispetto a tale ultimo profilo, occorre procedere alla congiunta disamina delle disposizioni codicistiche che disciplinano i criteri di aggiudicazione (in particolare art. 108) e di quelle regolano la stima del corrispettivo per i servizi di ingegneria e architettura, facendo particolare attenzione all'Allegato I.13 al Codice ed al DM 17/06/2016 ivi richiamato ed applicabile *medio tempore* (nelle more dell'adozione del "nuovo regolamento").

L'art. 108, comma 5 del D.Lgs. n. 36/2023 prevede che (ricalcando peraltro una previsione del Codice precedente): ***"L'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 1, può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi"***.

In generale il Codice ammette dunque la possibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base dei soli elementi qualitativi dell'offerta. Tale offerta, che potremmo definire a "prezzo fisso", non rappresenta un *tertium genus* rispetto ai due criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del rapporto qualità/prezzo e del prezzo più basso ma piuttosto una **specificazione del primo**¹⁶.

Premesso, dunque, che ai sensi del combinato normativo di cui all'art. 8 del codice e della L. n. 49/2023, l'equo compenso rappresenta un diritto non comprimibile del professionista intellettuale, l'aggiudicazione dovrà avvenire sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata ai sensi del citato comma 5 dell'art. 108 **ossia sulla base di soli criteri qualitativi ed a prezzo fisso**.

¹⁶ Si veda Cons. St., Sez. III, sent. 20/04/2022 n. 2997: *"In proposito, deve osservarsi che mentre il criterio del miglior rapporto qualità-prezzo valorizza, ai fini della individuazione della migliore offerta, sia l'offerta economica – ergo, la convenienza economica dell'offerta per la stazione appaltante – sia quella tecnico-qualitativa, il criterio di cui all'art. 95, comma 7, d.lvo n. 50/2016 limita la valutazione della stazione appaltante ai soli aspetti di carattere qualitativo, sulla scorta di un prezzo "rigido", insuscettibile di modifica da parte dei concorrenti"*. La sentenza in esame peraltro, conferma sullo specifico punto TAR Firenze, 04.10.2021 n. 1260 ai sensi del quale: *"non sembra che alle stazioni appaltanti possa considerarsi precluso l'utilizzo, con riferimento alle tipologie di servizi in questione, della facoltà – consentita dall'art. 95 co. 7 d.lgs. n. 50/2016 – di limitare il confronto concorrenziale ai soli profili qualitativi delle offerte, azzerando il peso della componente "prezzo". Detto criterio non rappresenta, infatti, un tertium genus alternativo a quelli del prezzo più basso e del miglior rapporto qualità/prezzo, bensì una specificazione di quest'ultimo, e appare allo stesso modo idoneo a prevenire i rischi di ribassi eccessivi che il legislatore, nei settori considerati, ha inteso scongiurare (a condizione, è appena il caso di aggiungere, che il prezzo o costo "fisso" delle prestazioni contrattuali sia correttamente determinato, ma lo stesso può dirsi ogniqualvolta venga impiegato il criterio del miglior rapporto q/p)."*

8.3 La ribassabilità delle spese: ammissibilità e limiti

Tali conclusioni vanno, tuttavia, valutate alla luce dei contenuti dell'Allegato I.13 al Codice 36/2023 che, a sua volta, richiama il DM del 17/06/2016.

Detto allegato individua:

- 1) all'art. 1, comma 1, i criteri per la determinazione del corrispettivo per le "fasi progettuali" da porre a base dell'affidamento del servizio, a tal fine richiamando la tabella Z-2 del DM del 2016 (attualizzata ai nuovi livelli progettuali come da tabella A) e l'art. 41 del D.Lgs. n. 36/2023;
- 2) all'art. 1, comma 2, determina il corrispettivo per le "ulteriori prestazioni professionali", rinviando "semplicemente" al Decreto Ministeriale 17/06/2016.

Rispetto al DM del 2016 va premesso come esso distingua espressamente:

- il **compenso**;
- (dal) **corrispettivo** che, ai sensi dell'art. 1 è "**costituito**" dal **compenso e dalle spese ed oneri accessori** di cui ai successivi articoli.

L'art. 4 del DM/2016 prevede che il "compenso" «CP», "con riferimento ai parametri definiti dal precedente art. 3, è determinato dalla sommatoria dei prodotti tra il costo delle singole categorie componenti l'opera «V», il parametro «G» corrispondente al grado di complessità delle prestazioni, il parametro «Q» corrispondente alla specificità della prestazione distinto in base alle singole categorie componenti l'opera e il parametro base «P», secondo l'espressione che segue: $CP = \sum(V \times G \times Q \times P)$ ".

Per quanto concerne le "spese", ai sensi dell'art. 5 del D.M/2016, "L'importo delle spese e degli oneri accessori è stabilito in maniera forfettaria; per opere di importo fino a euro 1.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 25 per cento del compenso; per opere di importo pari o superiore a euro 25.000.000,00 è determinato in misura non superiore al 10 per cento del compenso; per opere di importo intermedio in misura non superiore alla percentuale determinata per interpolazione lineare".

Le "spese" vanno pertanto distinte dal "compenso"; esse congiuntamente al compenso contribuiscono alla determinazione del corrispettivo, che determina la base d'asta.

È il caso di evidenziare che oggetto della legge n. 49/2023 è la tutela dell'equo "compenso" e non delle spese (con le precisazioni che di qui a breve si andranno a formulare) sicché sul piano generale non sembrerebbero frapporsi ostacoli alla ribassabilità di queste ultime. Qualora si ammettesse la ribassabilità delle spese, la Stazione appaltante potrebbe quindi individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa per le prestazioni professionali sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e non ai sensi dell'art. 108 comma 5.

Questa conclusione merita tuttavia alcune precisazioni, in particolare tenendo conto delle sue ricadute pratiche, in quanto un eventuale ribasso sulle spese, seppur astrattamente ammissibile, dovrà essere tale da non intaccare l'equità del compenso.

Difatti il ribasso sulle spese (ma ancora prima la determinazione del loro corretto importo da porre a base d'asta) può incidere negativamente sulla "equità" del compenso determinandone una indiretta (ed illegittima) lesione. Se l'importo stabilito a titolo di rimborso delle spese è insufficiente alla loro effettiva copertura - in quanto erroneamente quantificato dalla Stazione appaltante in sede di determinazione della base d'asta ovvero in quanto oggetto di un ribasso "anomalo" da parte del professionista in sede di gara - quest'ultima non potrà che essere raggiunta attraverso l'utilizzo di una parte delle somme riconosciute come "compenso", determinandone un indiretto ed artificioso ribasso e dunque una lesione della sua "equità", con le conseguenze già descritte in termini di invalidità della clausola (nullità).

La determinazione delle spese quale componente del corrispettivo da porre a base d'asta può dunque incidere sull'equità del compenso. Per questo motivo, pur volendo ammettere la loro ribassabilità, è necessario individuare alcuni accorgimenti affinché il regime sia coerente con le statuizioni di cui alla L. n. 43/2023.

Appare anche in questo caso necessario un richiamo al D.Lgs. n. 36/2023 ed in particolare all'art. 110 che disciplina la procedura per la verifica delle "*offerte anormalmente basse*"; tale articolo consente alla p.a. "*in presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa*" di richiedere all'operatore spiegazioni "*sul prezzo o sui costi proposti*" che potranno essere giustificati (comma 3):

- dall'economia del processo di erogazione del servizio;
- da condizioni "*eccezionalmente favorevoli*" di cui dispone il professionista per "*prestare i servizi*";
- dall'originalità dei servizi.

A fronte di un ribasso eccessivo rispetto alle spese preventivate (purché correttamente preventivate) dalla Stazione appaltante, tale da incidere indirettamente sull'equità del compenso previsto per l'erogazione della prestazione professionale, potrà dirsi evidente la presunzione di anomalia dell'offerta, tale per cui sarà obbligo della Stazione appaltante procedere alla relativa verifica nei termini di cui al citato art. 110 del Codice.

Con riferimento invece agli affidamenti diretti (art. 50 comma 1 lett b del Codice), che non si configurano come procedure di gara e quindi non ricorrono ad un criterio di aggiudicazione, la questione del rispetto del principio dell'equo compenso potrebbe porsi nel caso in cui la Stazione appaltante chieda un "preventivo migliorativo" rispetto al corrispettivo del servizio determinato ai sensi dell'Allegato I.13. Anche in questo caso la "miglioria" proposta dovrà ritenersi ammissibile solo se riguardante le sole "spese" e tale da non intaccare l'entità e l'equità del compenso.

Anche per gli affidamenti diretti è ammesso un controllo sulla congruità del compenso. Difatti ai sensi dell'art. 54 comma 1 del Codice (che recupera la norma contenuta nell'art. 97, comma 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016 in tema di "verifica facoltativa" della congruità dell'offerta) si prevede che: *"in ogni caso le Stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa"*. La disposizione si collega peraltro al citato art. 110 che al comma 1 pone l'obbligo in capo alle Stazioni appaltanti di valutare *"la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta"* che appaia anormalmente bassa. Tuttavia rispetto a quest'ultima disposizione (prevista per gli appalti sopra soglia), la prima prevede la mera "facoltà" della Stazione appaltante (*"possono valutare"*) di procedere alla verifica. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito, in proposito, che le Stazioni appaltanti dispongono di una discrezionalità ampia con riguardo alla scelta di procedere, o no, alla verifica facoltativa, con la conseguenza che il ricorso all'istituto (come pure la mancata applicazione di esso) non necessita di una particolare motivazione né può essere sindacato se non nelle ipotesi, remote, di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto¹⁷.

Nel caso di specie, però, il margine di apprezzamento discrezionale della Stazione appaltante risulta limitato dal quadro normativo di riferimento in materia di equo compenso.

Difatti l'art. 3 comma 1 della l. n. 49/2023 chiarisce che sono nulle *"le clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, tenendo conto a tale fine anche dei costi sostenuti dal prestatore d'opera"*. Il comma 2 del medesimo art. 3 della l. n. 43/2023 alla lett e) sanziona con la nullità le clausole *"...che impongono al professionista la rinuncia al rimborso delle spese connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione"*.

Ferme restando le differenze delineate sopra fra corrispettivo, compenso e spese, una clausola contrattuale conseguente ad un ribasso praticato sulle spese del professionista che determini, in quanto sproporzionato, un indiretto ribasso del compenso per la prestazione professionale, dovrà ritenersi (la clausola) nulla ai sensi della l. n. 43/2023¹⁸.

Al fine di prevenire tale conseguenza invalidante, sarà dunque necessario che la Stazione appaltante proceda (proprio in ragione dei principi fondamentali del risultato, della fiducia e della concorrenza) alla verifica dell'offerta, onde accertare che il ribasso praticato sia congruo rispetto all'importo delle spese da sostenere (anche se eventualmente inferiore rispetto a quello forfettariamente determinato ai sensi del D.M. del 17/06/2016) e questo a prescindere dalla natura del procedimento attivato (affidamento diretto ovvero procedura di gara sotto o sopra soglia).

¹⁷ Così la Relazione al Codice 36/2023.

¹⁸ Chiaramente le medesime conseguenze invalidanti sono destinate a riverberarsi sugli atti della procedura di affidamento nei quali la stazione appaltante abbia operato una stima delle spese incongrua rispetto alle reali esigenze della prestazione.

8.4 Conclusioni

In conclusione è possibile sinteticamente sostenere che:

- 1) il principio dell'equo compenso interseca la disciplina della determinazione del compenso professionale nelle procedure di affidamento delle prestazioni aventi ad oggetto i servizi di ingegneria e architettura, statuendone la natura di diritto incompressibile;
- 2) **il compenso**, quale componente del corrispettivo posto a base d'asta, **non è ribassabile precludendo il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso**; il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (obbligatoria per le gare d'importo pari o superiore a 140mila Euro) dovrà essere applicato ai sensi del comma 5 dell'art. 108 **ossia sulla base di soli criteri qualitativi ed a prezzo fisso**;
- 3) è astrattamente ammissibile la ribassabilità della componente del corrispettivo individuata dalle "spese" che l'art. 5 del DM 17/06/2016 determina forfettariamente; in questo caso, ove ammessa, l'aggiudicazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrà avvenire sulla base del miglior rapporto prezzo/qualità, **con un ribasso praticabile sul solo importo previsto per le spese**;
- 4) il ribasso sulle spese preventivate (che determina il corrispettivo da porre a base d'asta) non può e non deve intaccare l'equità del compenso, a pena di nullità della clausola ai sensi della L. n. 49/2023. Qualora, dunque, la stima delle spese operata dalla Stazione appaltante ovvero l'offerta in ribasso presentata dal candidato sia tale da non coprire il costo delle spese effettivamente da sostenere (anche se inferiore a quelle forfettariamente determinate) l'offerta dovrà ritenersi inammissibile;
- 5) alla luce del principio dell'equo compenso (nonché dei principi del risultato, della fiducia e della concorrenza) **la Stazione appaltante è obbligata a procedere alla verifica dei ribassi praticati sulle spese** al fine di escluderne l'incidenza negativa sull'equità del compenso.