

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

Il presente contributo trae origine da un recente parere espresso dalla Corte dei conti, sezione regionale di controllo della Lombardia (n. [178/2014/PAR](#)), in favore di un ente locale. Dovendo avvalersi di un professionista esterno, l'ente ha chiesto un parere al fine di individuare lo *strumento giuridico più corretto per inquadrare* un incarico da affidare ad uno *"psicologo-psicoterapeuta, iscritto all'Albo degli Psicologi, per ottemperare ai compiti previsti dalla legge e/o imposti a seguito di provvedimento dell'Autorità giudiziaria e/o indicati dalle disposizioni regionali"* in materia di tutela dei minori.

In particolare, l'ente chiedeva se si tratta di *"appalto di servizi in base al decreto legislativo n. 163/2006 e relativo regolamento di attuazione, d.p.r. n. 207/2010, o di incarico professionale - contratto d'opera / contratto di lavoro autonomo e, nel secondo caso, quali siano i limiti, le condizioni e le procedure definite dalla normativa che l'Amministrazione comunale è tenuta a rispettare"*, tra le quali l'art. 2229-2238 del cod. civ. e l'art. 7 comma 6 del Dlgs. 165/2001 e s.m.i., oggetto, quest'ultimo istituto, di numerose disposizioni di taglio di spesa e controllo degli atti.

Il quesito ha aperto un'analisi generale, su un argomento trattato molte volte sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza. Considerando il profilo meramente civilistico, le due tipologie di contratto hanno sicuramente vari elementi in comune: si tratta di contratti tipici, onerosi, sinallagmatici, commutativi e a forma solenne (scritta a pena di nullità, per le PP.AA.). Per la Corte, l'appalto di servizi ha in comune con il contratto di prestazione d'opera anche il requisito dell'autonomia rispetto al committente, ma si differenzia da quest'ultimo in ordine al profilo organizzatorio, atteso che l'appaltatore esegue la prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, rivestendo normalmente la qualità di imprenditore. Le due fattispecie restano, dunque, diversificate in relazione all'organizzazione e alle caratteristiche del soggetto preposto al compimento dell'opera.

La Corte, già nel 2008 (sez. controllo Lombardia, delibera 29/2008), aveva affrontato il tema affermando che sono escluse dalla disciplina delle collaborazioni di cui all'art. 7 comma 6 del Dlgs. 165/2001 *"le materie regolate dal cosiddetto codice dei contratti, di cui al D.Lgs. 163/2006, in tema di appalto di beni e di servizi, concettualmente distinte dall'incarico professionale ed aventi ad oggetto la prestazione imprenditoriale di risultato, resa da soggetti con organizzazione strutturata, ma prodotta senza connotazione personale."* laddove la prestazione ricada nell'alveo delle prestazioni di servizio elencate negli allegati II A e II B del D.lgs 163/2006, si possa, anzi si debba, procedere mediante affidamenti di prestazioni di servizi^[1].

La tematica in questione era stata affrontata anche dal Consiglio di Stato:

- nel 2001 aveva affermato che l'appalto si distingue dal contratto d'opera in quanto l'appaltatore deve necessariamente essere una media o grande impresa. Inoltre l'oggetto del contratto di appalto di servizi - prestazione imprenditoriale di un risultato - si differenzia nettamente dall'oggetto del contratto d'opera che è dato dalla prestazione intellettuale, senza che sia presupposta un'organizzazione di mezzi o l'utilizzazione di lavoro altrui (sez. IV, sentenza n. 4573/2001);
- nel 2008, con riferimento ad un incarico professionale di consulenza per gli aspetti geologici nell'ambito della redazione di un piano urbanistico e di un regolamento edilizio, aveva ritenuto che non si trattasse di

ipotesi riconducibile ad un appalto di servizi, trattandosi di una attività professionale qualificata locatio operis – riferibile ad una scelta eminentemente fiduciaria del professionista(sez. IV, sentenza n. 263/2008).

Fino al 2008, in virtù dell'interpretazione letterale dell'art. 34^[2] del D. Lgs. 163/2006, nel novero dei soggetti cui potessero essere affidati i contratti pubblici, erano ricompresi esclusivamente gli imprenditori individuali, anche artigiani (oltre che le società cooperative e commerciali) e dunque il requisito dell'imprenditorialità ai sensi degli artt. 2082 e 2083 c.c. era necessario per la corretta definizione della procedura di affidamento^[3].

Considerando la disciplina specifica dei contratti pubblici, di cui al Dlgs. 163/2006 e DPR 207/2010, si ravvisa una nozione ampia di appalto di servizi che comprenderebbe, dal punto di vista soggettivo, anche l'attività del "professionista" – non imprenditore, fermo restando che l'appalto presuppone che la prestazione oggetto dell'obbligazione sia caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione che possa garantire l'adempimento di una prestazione caratterizzata dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. L'art. 3, comma 6, del Codice definisce il soggetto affidatario di contratti pubblici quale «operatore economico»: termine, questo, che include «l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi» (comma 22 del medesimo articolo), affiancando dunque alla figura dell'imprenditore anche quelle del fornitore e del prestatore di servizi. Vero pure è che l'articolo 34, che individua i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici, ha una elencazione più restrittiva e usa la locuzione "imprenditore individuale" (art. 2082 cod. civ.) dalla quale, fino al 2011, erano estranei i professionisti (avvocati^[4], ingegneri, psicologi etc.) e tutti gli altri lavoratori autonomi (con o senza partita IVA).

Nel 2008 il Consiglio di Stato, al fine di esprimere un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, dopo una lucidissima analisi dell'assetto della materia e delle posizioni aveva rimessa alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale se le disposizioni dell'ordinamento italiano di cui all'art. 3, commi 22 e 19, e all'art. 34 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006 – secondo le quali, rispettivamente "Il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi" e "I termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del d.l. 23 luglio 1991, n. 240, che "offra sul mercato", rispettivamente, "la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi" – si pongano in contrasto con la direttiva n. 18/2004, se interpretate nel senso di limitare la partecipazione ai prestatori professionali di tali attività con esclusione di enti che abbiano preminenti finalità diverse da quelle di lucro, quali la ricerca.

Nel 2009 la Corte di Giustizia aveva stabilito che le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di «operatore economico», devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato di partecipare ad un appalto pubblico di servizi.

Nel 2010 l'AVCP ha poi chiarito che l'art. 34 non contiene un elenco tassativo, ma i soggetti sono indicati in modo esemplificativo^[5], ricomprendendovi quindi anche gli Enti pubblici non economici che, in quanto tali, non svolgono attività imprenditoriale o commerciale. Quindi, riconoscendo la prevalenza della normativa comunitaria rispetto a quella nazionale, per essere affidatario di un appalto di servizi non è necessario essere "imprenditori", diversamente all'appalto di lavori per cui è indispensabile l'esercizio abituale d'impresa. La

disciplina per l'affidamento e l'esecuzione sarà quella del Codice dei contratti pubblici, per i servizi di cui all'allegato IIA, non per quelli dell'allegato IIB, per i quali si applicano solo tre disposizioni (artt. 65, 68 e 225).

Con riferimento ad alcuni professionisti, quelli regolamentati (cd. Professioni protette), fino al 2011 l'esercizio di "impresa" era vietato, con la Legge di stabilità per il 2012^[6] si è aperta la possibilità di esercitare la professione in forma societaria, ma a condizioni stringenti.

Riconosciuta la sussistenza di un concorso di norme coesistenti su una medesima fattispecie, le norme di tema di appalti di servizi vengono in rilievo quando il professionista (es. avvocato) sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo, in un servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato. Solo con riguardo ad un appalto così strutturato, sussiste l'obbligo del committente di indicare, adeguandole alla natura del servizio, le specifiche tecniche che consentono di definire l'oggetto dell'appalto e le modalità della prestazione, assume concreta valenza selettiva delle offerte presentate proprio nell'ambito di un servizio organizzato e strutturato^[7]. L'appalto di servizi costituisce "esternalizzazione" (*outsourcing*) e, pertanto, determinerà in termini di risorse umane e finanziarie delle PP.AA., incluse le Università, gli effetti previsti dall'art. 6bis del Dlgs. 165/2001^[8].

In buona sostanza l'elemento discrezionale tra appalto di servizi e contratto di collaborazione non è né il conseguimento per l'amministrazione di un risultato finale mediante il conferimento dell'incarico, né la circostanza che l'attività non comporti obblighi di presenza fissa in ufficio, bensì la presenza o meno, in capo all'affidatario, di un'organizzazione imprenditoriale con assunzione del rischio della prestazione oggetto del contratto (sulla distinzione tra contratto di collaborazione autonoma e appalto di servizi e in sede conforme la deliberazione della Corte dei Conti, sez. contr. della Lombardia, del. 236/2013). In quest'ultimo caso molti segni distintivi vanno nella direzione della prestazione di servizio (l'iscrizione alla Camera di Commercio, la circostanza che la prestazione sia svolta dalla ditta/dalla società senza l'individuazione di un soggetto specifico). Viceversa nella prestazione autonoma (resa sia nella forma della collaborazione coordinata e continuativa, nella prestazione occasionale o professionale), si individua un soggetto sulla base di una procedura di comparazione con i requisiti e le caratteristiche descritte nell'art.7 comma 6 del testo unico sul pubblico impiego.

[1] V. Luigi Oliveri, Uno stato di confusione: gli incarichi professionali agli avvocati, Lexitalia 6/2008.

[2] 1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:
a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36;
d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
e-bis) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con

modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33; si applicano le disposizioni dell'articolo 37;

f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;

f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

[3]

Quanto infine alla possibilità di affidare i servizi di cui all'allegato 2A del D.lgs. 163/2006 a persone fisiche con partita IVA, alla luce della normativa comunitaria e nazionale, le procedure di gara sono aperte alla competizione di tutti i soggetti giuridici dell'ordinamento, siano essi persone fisiche o enti morali (con o senza personalità giuridica), atteso che la distinzione non è rilevante per l'aggiudicazione degli appalti di beni e servizi, ed è anzi espressamente prevista (artt. 1 comma 8 Dir. 2004/18 CE artt. 3 comma 19 e 39 D. Lgs. 163/2006).

[4]

L'art. 5 della legge di riforma della professione forense ha introdotto esercizio della professione forense in forma societaria, delegando il Governo ad emanare un Decreto legislativo ancora non adottato.

Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per disciplinare, tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 10 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e in considerazione della rilevanza costituzionale del diritto di difesa, le società tra avvocati. Il decreto legislativo è adottato su proposta del Ministro della giustizia, sentito il CNF, e successivamente trasmesso alle Camere perché sia espresso il parere da parte delle Commissioni competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario. Il parere è reso entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale il decreto è emanato anche in mancanza del parere. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto per l'emanazione del decreto legislativo, o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di trenta giorni. Entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, il Governo può emanare disposizioni correttive e integrative, con lo stesso procedimento e in base ai medesimi principi e criteri direttivi previsti per l'emanazione dell'originario decreto.

2. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1 il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che l'esercizio della professione forense in forma societaria sia consentito esclusivamente a società di persone, società di capitali o società cooperative, i cui soci siano avvocati iscritti all'albo;

b) prevedere che ciascun avvocato possa far parte di una sola società di cui alla lettera a);

c) prevedere che la denominazione o ragione sociale contenga l'indicazione: «società tra avvocati»;

d) disciplinare l'organo di gestione della società tra avvocati prevedendo che i suoi componenti non possano essere estranei alla compagine sociale;

e) stabilire che l'incarico professionale, conferito alla società ed eseguito secondo il principio della personalità della prestazione professionale, possa essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente;

f) prevedere che la responsabilità della società e quella dei soci non escludano la responsabilità del professionista che ha eseguito la prestazione;

g) prevedere che la società tra avvocati sia iscritta in una apposita sezione speciale dell'albo tenuto dall'ordine territoriale nella cui circoscrizione ha sede la stessa società;

h) regolare la responsabilità disciplinare della società tra avvocati, stabilendo che essa è tenuta al rispetto del codice deontologico forense ed è soggetta alla competenza disciplinare dell'ordine di appartenenza;

i) stabilire che la sospensione, cancellazione o radiazione del socio dall'albo nel quale è iscritto costituisce causa di esclusione dalla società;

l) qualificare i redditi prodotti dalla società tra avvocati quali redditi di lavoro autonomo anche ai fini previdenziali, ai sensi del capo V del titolo I del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni;

m) stabilire che l'esercizio della professione forense in forma societaria non costituisce attività d'impresa e che, conseguentemente, la società tra avvocati non è soggetta al fallimento e alle procedure concorsuali diverse da quelle di composizione delle crisi da sovraindebitamento;

n) prevedere che alla società tra avvocati si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni sull'esercizio della professione di avvocato in forma societaria di cui al decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96.

3. Dall'esercizio della delega di cui al comma 1 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

[5]

DETERMINAZIONE 20 ottobre 2010 n. 7 (in G.U. n. 255 del 30 ottobre 2010) - Questioni interpretative concernenti la disciplina dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 163/2006 relativa ai soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici

[6]

Ai sensi dell'art. 10 della L. 183/2011:

3. È consentita la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile. Le società cooperative di professionisti sono costituite da un numero di soci non inferiore a tre.

4. Possono assumere la qualifica di società tra professionisti le società il cui atto costitutivo preveda:

a) l'esercizio in via esclusiva dell'attività professionale da parte dei soci;

b) l'ammissione in qualità di soci dei soli professionisti iscritti ad ordini, albi e collegi, anche in differenti sezioni, nonché dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, purché in possesso del titolo di studio abilitante, ovvero soggetti non professionisti soltanto per prestazioni tecniche, o per finalità di investimento. In ogni caso il numero dei soci professionisti e la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza di due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci; il venir meno di tale condizione costituisce causa di scioglimento della società e il consiglio dell'ordine o collegio professionale presso il quale è iscritta la società procede alla cancellazione della stessa dall'albo, salvo che la società non abbia provveduto a ristabilire la prevalenza dei soci professionisti nel termine perentorio di sei mesi;

c) criteri e modalità affinché l'esecuzione dell'incarico professionale conferito alla società sia eseguito solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta; la designazione del socio professionista sia compiuta dall'utente e, in mancanza di tale designazione, il nominativo debba essere previamente comunicato per iscritto all'utente;

c-bis) la stipula di polizza di assicurazione per la copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile per i danni causati ai clienti dai singoli soci professionisti nell'esercizio dell'attività professionale;

d) le modalità di esclusione dalla società del socio che sia stato cancellato dal rispettivo albo con provvedimento definitivo.

5. La denominazione sociale, in qualunque modo formata, deve contenere l'indicazione di società tra professionisti.

6. La partecipazione ad una società è incompatibile con la partecipazione ad altra società tra professionisti.

7. I professionisti soci sono tenuti all'osservanza del codice deontologico del proprio ordine, così come la società è soggetta al regime disciplinare dell'ordine al quale risulta iscritta. Il socio professionista può opporre agli altri soci il segreto concernente le attività professionali a lui affidate.

8. La società tra professionisti può essere costituita anche per l'esercizio di più attività professionali.

[7]

V. Deliberazione n. 19/2009 della Corte dei conti, sez. reg. Basilicata; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2730/2012 secondo cui le norme in tema di incarichi di prestazione d'opera intellettuale, il singolo e puntuale incarico legale è presidiato dalle specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del

prestatore in quanto lavoratore e non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'articolo 27 del codice dei contratti pubblici, ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'*iter* del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici.

[8]

Articolo 6-bis Misure in materia di organizzazione e razionalizzazione della spesa per il funzionamento delle pubbliche amministrazioni

1. Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato sono autorizzati, nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza, ad acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale e di dotazione organica.

2. Relativamente alla spesa per il personale e alle dotazioni organiche, le amministrazioni interessate dai processi di cui al presente articolo provvedono al congelamento dei posti e alla temporanea riduzione dei fondi della contrattazione, fermi restando i conseguenti processi di riduzione e di rideterminazione delle dotazioni organiche nel rispetto dell'articolo 6 nonché i conseguenti processi di riallocazione e di mobilità del personale.

3. I collegi dei revisori dei conti e gli organi di controllo interno delle amministrazioni che attivano i processi di cui al comma 1 vigilano sull'applicazione del presente articolo, dando evidenza, nei propri verbali, dei risparmi derivanti dall'adozione dei provvedimenti in materia di organizzazione e di personale, anche ai fini della valutazione del personale con incarico dirigenziale di cui all' articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.

V. M. Meneguzzo e altri, Esternalizzazione di attività e servizi della Pubblica amministrazione, http://www.funzionepubblica.gov.it/media/265195/esternalizzazione_pa.pdf e