



REGIONE AUTONOMA
FRIULI VENEZIA GIULIA

DIREZIONE CENTRALE PATRIMONIO, DEMANIO,
SERVIZI GENERALI e SISTEMI INFORMATIVI

Servizio Centrale unica di
committenza e provveditorato

cuc@certregione.fvg.it
cuc@regione.fvg.it
tel + 39 040 377 2194
I - 34132 Trieste, corso Cavour 1

Affidamento incarichi esterni a liberi professionisti. Disciplina applicabile.

In merito alla richiesta di parere sulla “disciplina applicabile al conferimento di incarichi esterni per l’espletamento di attività e prestazioni da parte di liberi professionisti, con particolare riferimento alle caratteristiche intrinseche delle attività che i soggetti coinvolti sono tenuti a svolgere”, si precisa quanto segue.

Innanzitutto si sottolinea come la materia oggetto del quesito sia caratterizzata da un’elevata complessità, dovuta ai cambiamenti normativi ed ai diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che si sono susseguiti nell’interpretazione delle singole fattispecie.

Effettivamente, con l’introduzione del nuovo Codice dei contratti pubblici, D.lgs. 50/2016, è stata ampliata la casistica dei servizi che ricadono nell’ambito applicativo della normativa sugli appalti e che, in precedenza, venivano inquadrati tra i c.d. contratti “esclusi”^[1].

Un chiaro esempio è rappresentato dai servizi legali che in vigore del D.lgs. 163/2006 erano indistintamente esclusi dall’applicazione della normativa sugli appalti pubblici e venivano interamente assoggettati alla procedura per l’affidamento degli incarichi esterni (articolo 7, comma 6 e ss. del D.lgs. 165/2001). Ora, invece, secondo quanto disposto dall’ articolo 17, comma 1, lettera d) del D.lgs. 50/2016, solo i servizi legali espressamente elencati sono esclusi dall’applicazione del Codice mentre, in via residuale, gli altri servizi legali sono sottoposti alla normativa degli appalti pubblici. Lo stesso si può sostenere per i servizi di ingegneria e architettura: infatti, l’articolo 31, comma 8, prevede espressamente che *“Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell’esecuzione, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell’attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice (...)”*.

Per quanto attiene invece agli incarichi professionali per la costruzione e redazione degli strumenti urbanistici è confermata l’interpretazione adottata in base al D.lgs. 163/2006, secondo cui trattasi di servizi inclusi nell’ambito di applicazione della normativa sugli appalti pubblici.^[2]

Questi esempi dimostrano come il perimetro degli appalti pubblici tende ad ampliarsi sempre più in ragione dell’influenza del diritto comunitario.

^[1] Elencati nell’allegato II B del D.lgs. 163/2006.

^[2] Sul tema si veda ANAC: parere 90/2013 e deliberazione 45/2009.

L'individuazione delle principali differenze tra l'incarico professionale e l'appalto di servizi, ha fondamentale rilevanza nel nostro diritto interno, in quanto determina la scelta della disciplina applicabile per selezionare l'affidatario del servizio in questione^[3].

A tal fine, si ritiene utile partire dal quadro normativo civilistico di riferimento.

Il Codice Civile definisce il contratto d'opera all'articolo 2222, stabilendo che: *"quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV"*. In tal caso sia che si tratti di opera manuale o intellettuale, la prestazione è caratterizzata dal rilievo prevalente della persona del professionista e dalla sua insostituibilità e non dal risultato raggiunto. Infatti, ai sensi dell'articolo 2233 del Codice Civile *"il compenso del professionista intellettuale è commisurato all'importanza dell'opera e al decoro della professione, a prescindere dal risultato dell'attività realizzata"*.

Per quanto attiene invece alla nozione di appalto, si deve fare riferimento principalmente agli articoli 1655 e ss. che definiscono il contratto di appalto e agli articoli 2082 e ss. che definiscono il soggetto imprenditore.^[4]

Ne discende che nel caso dell'appalto la prestazione è caratterizzata dal raggiungimento di un risultato^[5], con organizzazione di mezzi e rischi a carico dell'appaltatore/imprenditore.

Pertanto, il contratto d'opera si distingue civilisticamente dall'appalto attraverso due principali criteri: quello **soggettivo** (professionalità del soggetto incaricato e assenza di organizzazione di tipo imprenditoriale) e quello **oggettivo** (prestazione di mezzi e non di risultato).

Tuttavia, questi criteri, da soli, non riescono a dirimere tutte le questioni poste nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici di servizi.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza della Sezione V, n. 2730/2012, ha ritenuto elemento qualificante dell'appalto pubblico di servizi il fatto che l'affidatario necessiti, per l'espletamento dello stesso, di una specifica organizzazione finalizzata a soddisfare i bisogni della pubblica amministrazione committente. Conseguentemente, *"il confine fra contratto d'opera intellettuale e contratto d'appalto è individuabile sul piano civilistico in base al carattere intellettuale delle prestazioni oggetto del primo e in base al carattere imprenditoriale del soggetto esecutore del secondo. L'appalto di servizi, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera, rispetto al quale ha in comune almeno il requisito dell'autonomia rispetto al committente, si differenzia da quest'ultimo in ordine al profilo organizzativo, atteso che l'appaltatore esegue la prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, rivestendo normalmente la qualità di imprenditore"*.

Tuttavia, si configurano come appalti pubblici anche servizi realizzati da soggetti che rivestono la qualifica di libero professionista (e non di imprenditore), a cui è richiesta una prestazione di risultato (e non di mezzi).

E' quindi evidente come i contratti di prestazione d'opera e di appalto, di matrice civilistica, possano sovrapporsi, in concreto, sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo avendo in comune come oggetto del contratto l'esecuzione di opere o di servizi.^[6]

[3] Corte dei Conti, sez. regionale della Lombardia, deliberazione n. 178/2014.

[4] Art.1655 del C.C. sulla nozione di appalto:

L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro;

Art. 2082 del C.C. sulla nozione di imprenditore:

È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

[5] Nell'appalto l'oggetto della prestazione non potrà mai essere un'obbligazione di mezzi, ma sempre di risultato (Cfr. Consiglio di Stato, V^a sezione sentenza n. 8/2009).

[6] Corte dei Conti, sez. regionale della Lombardia, deliberazione n. 236/2013, in cui si afferma che: *"entrambe le fattispecie contrattuali possono sovrapporsi nella pratica"*. Corte dei Conti, sez. regionale della Lombardia, deliberazione n. 178/2014.

Non rimane quindi che trattare la questione nell'ambito della specialità della materia degli appalti pubblici, per i quali, come noto, le disposizioni del diritto civile si applicano solo in via suppletiva e residuale.

L' ANAC ha recentemente ribadito che la nozione di appalto pubblico di servizi è contenuta all'articolo 3, comma 1, lett. ss), del D.lgs. n. 50/2016 che lo definisce come *il contratto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, avente ad oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli definiti come appalti pubblici di lavori* (all'articolo 3, comma 1, lettera ll)). La stessa ANAC ha poi aggiunto che *“la nozione fornita dal legislatore è piuttosto ampia, comprendendo in generale i contratti aventi ad oggetto una prestazione di facere suscettibile di valutazione economica che non costituisca un'opera pubblica, incluse le prestazioni d'opera intellettuale. In tale prospettiva, è stato ritenuto elemento qualificante dell'appalto di servizi, oltre alla complessità dell'oggetto, la circostanza che l'affidatario dell'incarico necessiti, per l'espletamento dello stesso, di apprestare una specifica organizzazione finalizzata a soddisfare i bisogni dell'ente.”*^[7]

E' dunque evidente che continuiamo ad assistere a un ampliamento sempre maggiore della nozione di appalto pubblico in ragione dell'influenza dominante del diritto comunitario.

Tutto ciò premesso, al fine di fornire elementi utili ad individuare in concreto la disciplina applicabile alle prestazioni oggetto delle attività elencate, si ritiene che si possano far rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina degli appalti pubblici anche le prestazioni rese da professionisti, allorché ricorrano le seguenti condizioni:

- 1) riconducibilità dello *status* giuridico della persona fisica da incaricare alla specie dell'imprenditore individuale o comunque alla nozione più ampia di operatore economico ai sensi del D.lgs. 50/2016 (articolo 3, comma 1, lettera p)) e del diritto comunitario.
La stessa giurisprudenza amministrativa più recente sottolinea come, da un punto di vista soggettivo, la nozione europea di “operatore economico” sia molto ampia e non debba necessariamente dipendere dall'esistenza di un'organizzazione di impresa, ma piuttosto dal fatto che il soggetto operi nel mercato di riferimento^[8];
- 2) configurabilità, nel risultato finale della prestazione richiesta al soggetto incaricato, delle caratteristiche di un servizio o di un prodotto finito, idoneo a realizzare direttamente l'interesse pubblico atteso^[9];
- 3) non riconducibilità della prestazione ad una delle tipologie escluse espressamente dall'ambito oggettivo di applicazione del Codice dei contratti pubblici^[10].

Negli altri casi, invece, gli incarichi esterni affidati a professionisti rientreranno nell'ambito di applicazione della procedura comparativa di cui all'articolo 7, comma 6 ss. del D.lgs. 165/2001.^[11]

[7] Si tratta della delibera n. 412 dell'8 maggio 2019, avente ad oggetto proprio il conferimento dell'incarico professionale - citato da codesto Comune - per lo svolgimento dell'attività di medico competente.

[8] E' dunque operatore economico colui che agisce ordinariamente sul mercato ponendosi in concorrenza con altri operatori economici, anche a prescindere dal possesso della Partita Iva.

[9] Corte dei Conti Veneto Sez. Controllo 2013:

“Spesso un'attenta ricognizione dell'oggetto del contratto diviene l'unico parametro di verifica. Le tipologie sono le più svariate, ma un'attenta ricognizione dell'oggetto del contratto può fungere da utile indice di verifica. Ad esempio, il Comune di (...) affida un incarico di consulenza in materia di adempimenti per la riservatezza dei dati ad una ditta impresa; ad una più attenta lettura la natura giuridica della controparte, ed il reale oggetto del contratto che non consiste in una mera consulenza, ma in uno studio della reale situazione dell'ente e nella realizzazione degli adeguamenti necessari, troverebbe una migliore configurazione come un contratto di appalto di servizi.”

[10] Articolo 17 del D.lgs. 50/2016.

[11] Articolo 7, comma 6, del citato D.lgs. 165/2001:

c. 6 Fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis, per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;

In conclusione, si sottolinea come non sia sempre possibile individuare astrattamente la disciplina applicabile al conferimento degli incarichi esterni elencati nella richiesta pervenuta, ma sia necessario valutare, caso per caso, quale sia lo specifico contenuto della prestazione e il risultato atteso dalla pubblica amministrazione, utilizzando i criteri distintivi sopra indicati.

Parere del 06 luglio 2020

b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;

c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata;

d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico.

Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al [decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276](#), purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore. Il ricorso ai contratti di cui al presente comma per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo dell'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2004, n. 191, è soppresso. Si applicano le disposizioni previste dall'[articolo 36, comma 3, del presente decreto](#) e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-quater.c.6-bis. Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione.