

L'ACCESSO DEI LAVORATORI AUTONOMI AGLI APPALTI PUBBLICI E PRIVATI

Guida alla lettura

In questo capitolo si analizza il tema dell'accesso al mercato degli appalti pubblici e privati da parte dei lavoratori autonomi, oltre alla facoltà di questi ultimi di concorrere all'assegnazione di fondi europei o di partecipare a bandi per l'assegnazione di incarichi.

Dopo una analisi delle norme civilistiche che disciplinano il contratto di mera prestazione d'opera e degli elementi che lo distinguono dal contratto di prestazione d'opera intellettuale, si propone una analisi che permette di comparare la fattispecie del contratto di prestazione d'opera intellettuale con il contratto di appalto.

Questa breve disamina delle principali norme che disciplinano la materia permette di introdurre gli elementi necessari ed essenziali per poter affrontare il tema centrale della partecipazione dei lavoratori autonomi agli appalti pubblici ed a altre procedure concorrenziali di accesso a finanziamenti o incarichi.

In questo senso mentre nel caso di un appalto privato la qualità di lavoratore autonomo non è significativa ai fini dell'esecuzione dell'appalto, rilevando soltanto ai fini della corretta individuazione del regime giuridico e dei conseguenti istituti giuridici del codice civile applicabili al caso concreto; nel caso di un appalto pubblico, poiché la disciplina si pone come primo obiettivo l'apertura del mercato, la qualificazione del lavoratore autonomo diviene un elemento non soltanto imprescindibile ma anche discriminante ai fini della concreta possibilità del prestatore d'opera di avere accesso alle procedure pubbliche di selezione.

Lo studio si concentrerà, di conseguenza, sulla posizione dei prestatori d'opera intellettuale e sulle norme che ne disciplinano la partecipazione alle gare di appalto.

Si affronterà l'ampiezza della nozione di P.A. e di lavoratori autonomi; la nozione di appalto e quella di incarico di consulenza nelle direttive UE, nella dottrina e nella giurisprudenza del giudice amministrativo e della Corte dei conti; il riferimento ai principi comunitari della libertà della forma giuridica rivestita dall'offerente e a quelli di tutela della concorrenza e proporzionalità.

Successivamente si affronterà l'aspetto dell'accesso dei lavoratori autonomi a bandi e programmi finanziati attraverso fondi comunitari, una possibilità che, sino alla l. n. 208/2015 è stata ritenuta non praticabile in Italia.

Quindi si approfondirà l'applicazione della disposizione in esame anche alla luce dei profili problematici per la pubblica amministrazione con particolare riferimento alla compatibilità con le direttive della definizione dei soggetti ammessi ed alla partecipazione in forma aggregata: di reti di esercenti la professione e di imprese, consorzi stabili professionali e associazioni temporanee professionali.

[1] Contratto di prestazione d'opera e di opera intellettuale

L'esercizio di attività lavorative può essere svolto, oltre che alle dipendenze di un soggetto, pubblico o privato, anche in forma autonoma. L'art. 2222 c.c. definendo l'ambito del contratto d'opera, di fatto chiarisce anche la caratteristica essenziale che determina la figura del lavoratore autonomo: colui che *“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”*.

Come risulta evidente osservando la realtà attuale, la tipologia dei lavoratori autonomi è andata nel tempo evolvendosi ed ampliandosi fino a ricomprendere una larga e variegata compagine di tipologie di lavoratori e di attività, che include sia quelli la cui attività è riservata ad iscritti ad ordini professionali sia quelli che svolgono la propria attività, non disciplinata o riservata, in modo autonomo. In questo senso una prima distinzione può essere effettuata analizzando le caratteristiche della prestazione ed, in particolare, se essa abbia carattere manuale oppure intellettuale: nel secondo caso, la normativa civilistica evidenzia che le professioni intellettuali possono essere o meno esercitate previa iscrizione ad appositi albi od elenchi professionali, tenuti dalle relative associazioni professionali (ad es. ordine degli avvocati, architetti, ingegneri, medici).

Dunque se la prestazione di lavoro autonomo è complessivamente individuata dall'art. 2222 c.c. e seguenti, la prestazione di opera intellettuale si presenta quale specificazione (“sottocategoria”) del contratto di prestazione d'opera e viene disciplinata dall'art. 2230 c.c. *“il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale è regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali”*.

La principale distinzione tra contratto d'opera e contratto d'opera intellettuale risiede nella caratteristica intellettuale del lavoro svolto, per il quale l'utilizzo delle competenze culturali del lavoratore è superiore all'uso del lavoro manuale (Carroccia) che, qualora presente, lo è in misura ridotta e soltanto strumentale rispetto all'impiego della intelligenza e delle competenze acquisite dal lavoratore.

Ancora la distinzione si fonda su due ulteriori elementi; il primo concerne la discrezionalità che il prestatore d'opera intellettuale utilizza nel decidere e portare avanti la propria attività ed il secondo elemento, che molto dibattito ha sollevato sia in dottrina che in giurisprudenza, concerne l'obbligo di adempiere la propria prestazione con diligenza ma prescindendo dal risultato finale; si tratta dunque di *“obbligazione di mezzi”* ma non necessariamente di *“obbligazione di risultati”* (Gazzoni).

Corre poi obbligo di menzionare il problema del coordinamento tra quanto previsto all'art. 2230 c.c. e il Capo I (art. 2222 c.c. e ss.) circa la possibile applicazione della normativa generale al contratto di prestazione d'opera intellettuale: in questo senso la dottrina ha fornito numerosi elementi atti a dimostrare la inapplicabilità pratica di detto rinvio al Capo I sia perché il contratto di prestazione d'opera intellettuale differisce sostanzialmente nell'oggetto dal più generale contratto d'opera, sia per incompatibilità con altre norme del codice civile o di leggi speciali che disciplinano

specificamente la prestazione d'opera intellettuale (Mussolino; Santoro – Passarelli F), di fatto lasciando aperta anche alla prestazione intellettuale esclusivamente l'eventuale applicabilità dell'art. 2226 c.c. in materia di vizi e difformità dell'opera, su questo ultimo punto il dibattito dottrinale è stato superato dalla Cassazione che ha sostenuto l'irrelevanza della dicotomia obbligazione di mezzi/risultato la quale non rileva ai fini della disciplina applicabile al contratto di prestazione d'opera intellettuale sia con riguardo alla responsabilità per inadempimento che con riguardo agli oneri probatori (Cass. s.u. 05/15781)

E' opportuno di seguito brevemente elencare le principali caratteristiche e specificità del contratto di prestazione d'opera intellettuale: il prestatore d'opera intellettuale, infatti, deve eseguire personalmente l'incarico assunto e può avvalersi di sostituti o ausiliari soltanto sotto la propria direzione e responsabilità, laddove consentito e compatibilmente con l'oggetto della prestazione, (art. 2232 c.c.), si tratta quindi di un'attività da svolgere personalmente per la quale l'elemento fiduciario è connesso alla decisione del "cliente" di rivolgersi al professionista, o meglio a "quel" professionista, per questa ragione il ricorso a sostituti e ausiliari è limitato e circoscritto a tal punto che il cliente, ex art. 1180 c. 1, c.c., può rifiutare l'adempimento del terzo, mentre la violazione di detto obbligo può comportare il recesso del cliente (Perulli).

Ancora, il cliente, salvo diversa pattuizione, e differentemente dalle norme generali che prevedono il pagamento del compenso soltanto una volta terminata la prestazione, deve anticipare al lavoratore le spese occorrenti al compimento dell'opera e corrispondere acconti sul compenso pattuito (art. 2234 c.c.).

Anche in materia di responsabilità la prestazione d'opera intellettuale si connota per elementi peculiari al punto che in caso di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, laddove non sia incorso in dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.); infine il cliente, in virtù del rapporto *intuitus personae*, che lo lega al prestatore d'opera intellettuale, ha la facoltà di recedere dal contratto in qualsiasi momento senza alcun obbligo di motivare la propria decisione mentre il professionista potrà recedere dal contratto per giusta causa, salva la corresponsione del rimborso delle spese e del compenso per l'opera svolta (art. 2237 c.c.), in questo senso è evidente la distinzione rispetto a quanto previsto in materia di recesso nel caso del contratto di mera prestazione d'opera: infatti, in questo ultimo caso il committente può recedere dal contratto qualora il prestatore d'opera non proceda all'esecuzione dell'opera secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte e qualora, anche esaurito un ulteriore termine concesso dal committente, il prestatore non si sia conformato alle condizioni contrattuali (2224 c.c.); in tale ipotesi si tratta dunque di una obbligazione di risultato e non più tipicamente di mezzi come nel caso del prestatore d'opera intellettuale.

Un ulteriore aspetto, particolarmente rilevante ai fini della partecipazione dei lavoratori autonomi alle procedure di appalto pubblico, concerne l'esercizio delle professioni all'interno di una attività organizzata in forma di impresa: l'art. 2238 c.c. dispone l'applicabilità delle disposizioni del titolo II (dell'impresa) del codice civile.

Tuttavia è necessario precisare che, secondo dottrina consolidata, il professionista rimane tale anche qualora organizzi la propria attività all'interno di una struttura (di mezzi e persone) qualora tale organizzazione sia strumentale all'esercizio della professione, mentre assumerà lo *status* di imprenditore qualora svolga una attività, distinta da quella professionale e nella quale la struttura organizzativa non sia relegata a mero mezzo per il raggiungimento del risultato (Campobasso; Cass. 08/8998).

A questo riguardo un elemento essenziale concerne la facoltà di costituire società tra professionisti: infatti sino alla entrata in vigore della l.n. 183/2011 e del successivo decreto attuativo (decreto del Ministro della Giustizia 8 febbraio 2013, n. 34) era previsto il divieto di costituire società per l' esercizio di professioni protette (l. n. 1815/1939), introdotto per garantire la prerogativa del cliente di relazionarsi esclusivamente con una persona fisica iscritta ad un albo professionale.

Pertanto l' unica forma associativa consentita si risolveva nella possibilità di costituire uno studio associato senza personalità giuridica autonoma, tra soggetti tutti iscritti ad un albo professionale, fermo restando l' obbligo di affidare l' incarico ad uno specifico ed individuato professionista, non potendo essere affidato allo studio associato.

Dunque, ancora oggi, l' attività dello "studio professionale", anche detta "associazione professionale" spiega i suoi effetti esclusivamente nei confronti degli stessi associati per ciò che concerne la divisione degli utili senza dispiegare alcun effetto nei confronti di terzi e clienti.

Contrariamente a quanto previsto per lo studio professionale, la società tra professionisti, introdotta dall' art. 10 della l. n. 183/2011 che ha abrogato il divieto di costituzione di società previsto dall' art. 2 della l. n.1815/1939, assume personalità giuridica e risponde anche nei confronti dei terzi; pertanto attualmente è consentito costituire società tra professionisti (società di persone, di capitali o cooperative), aventi per oggetto l'esercizio di professioni regolamentate in ordini professionali.

In realtà, come si dirà meglio in seguito, la possibilità di costituire società tra professionisti era già presente nella cd. "Merloni ter" introdotta con il d.lgs. n. 415/1998 ma è con l' art. 90 del d.lgs n. 163/2006 che si sistematizza la costituzione di società di ingegneria, sia di capitali che cooperative, alle quali oltre ai professionisti iscritti agli appositi albi possono partecipare anche soci di capitali non professionisti e società tra i professionisti (società di persone o cooperative) tra soggetti iscritti agli specifici albi e senza la presenza di soci di capitali.

Nel caso delle società tra professionisti, contrariamente a quanto previsto nel caso dello studio associato, il rapporto d' opera professionale si instaura tra il cliente e la società, così determinando una responsabilità solidale di tutti i soci e dunque della società e non soltanto del singolo professionista.

Infine la società di professionisti deve iscriversi nel registro delle imprese nella sezione prevista per il tipo societario prescelto ed, al contempo, in una sezione speciale dell' albo o dei registri professionali.

E' poi utile chiarire che la società tra professionisti, così come l' associazione tra professionisti, è ammessa esclusivamente per l' esercizio di attività riservate o protette, la ratio del divieto di costituzione di società o associazioni per attività non riservate risiede nel fatto che questi ultimi soggetti possono agevolmente, qualora lo ritengano opportuno, costituire una società, esercitando quindi attività di impresa, o, ancora, agire tramite il contratto d' opera.

Infine si ricorda che i prestatori d' opera che esercitano una professione non riservata possono comunque partecipare ad una società tra professionisti, in qualità di soci di capitale, purché non superino la quota di un terzo dei voti della società stessa.

[2] La distinzione tra contratto di appalto privato e contratto d'appalto pubblico

L'accesso dei lavoratori autonomi al mercato degli appalti non può prescindere da una fondamentale distinzione tra appalti privati e pubblici; mentre i primi sono disciplinati dal codice civile agli art. 1655 e seguenti, gli appalti pubblici sono oggi disciplinati dal d.lgs n. 50/2016 che recepisce le direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE. In questo paragrafo si presentano gli elementi essenziali e distintivi dei due istituti al fine di inquadrare correttamente la disciplina applicabile ai casi concreti.

L'appalto privato è disciplinato dal codice civile agli articoli 1655 e seguenti, si tratta di un contratto con cui 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 denaro (art. 1655 c.c.); tale attività è commissionata dal committente. (Gazzoni).

Il contratto di appalto, pertanto, è un contratto a titolo oneroso a prestazioni corrispettive, bilaterale e caratterizzato o meno (a seconda della corrente dottrina cui si presta adesione) dall'*intuitus personae*, con il quale l'appaltatore si impegna a realizzare una specifica opera o uno specifico servizio.

Affinché si configuri un contratto di appalto è necessaria la contestuale presenza dell'obbligo di effettuare una prestazione a favore del committente nonché della organizzazione di mezzi necessaria per effettuare la prestazione richiesta, dove i "mezzi necessari" sono sia gli strumenti utili ai fini della realizzazione sia i lavoratori impiegati dall'appaltatore per la realizzazione dell'attività.

Tale attività deve essere effettuata "a proprio rischio" con ciò intendendosi il fatto che l'appaltatore assume l'onere dell'appalto organizzando i mezzi necessari senza vincolo di dipendenza a proprio rischio e pericolo e agendo in nome proprio, si tratta dunque, per la dottrina prevalente di un "rischio economico" (Cass..5690/90).

L'oggetto del contratto di appalto si sostanzia nella realizzazione di una opera o di un servizio: questa distinzione quanto all'oggetto diventa rilevante ai fini della corretta identificazione delle norme applicabili alla fattispecie concreta, posto che alcune norme non si applicano all'appalto di servizi.

In linea generale la forma del contratto è libera e la prestazione dell'appaltatore è indivisibile; l'appaltatore procede con le proprie attività in piena autonomia ferma

restando la necessità di ottenere il risultato richiesto dal committente.(Carullo – Iudica).

Il contratto di appalto pubblico invece è lo strumento oggi più utilizzato dalla Pubblica Amministrazione per dotarsi dei mezzi, delle opere e dei servizi ad essa necessari per conseguire il fine dell'interesse pubblico, tra questi è opportuno rilevare che l'appalto di forniture, ovvero l'acquisto di beni, pur rientrando tra gli "appalti pubblici" dal punto di vista civilistico non si configura quale contratto di appalto bensì di compravendita o locazione.

La disciplina degli appalti pubblici (o più precisamente dei "contratti pubblici") si caratterizza per la contemporanea presenza dell'esercizio di competenze normative nazionali, regionali e dell'Unione Europea (art. 2 d.lgs n. 50/2016).

In particolare, nonostante già con l. n. 2248/1865 (all.F) si disponesse una disciplina di dettaglio per la realizzazione di lavori pubblici; l'impulso più rilevante alla creazione di un mercato pubblico degli appalti di livello sovranazionale e comunitario lo si deve alla produzione normativa dell'Unione Europea che, da ultimo con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, semplifica elaborando di fatto una nuova disciplina più organica degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'aspetto essenziale che differenzia il contratto di appalto privato da quello pubblico risiede nel fatto che l'appalto pubblico si caratterizza per contestuale presenza, seppure divisa in due fasi distinte, della disciplina pubblicistica (che si applica alla fase di selezione del contraente/appaltatore) volta a tutelare la concorrenza e la creazione di un mercato unico europeo, e della disciplina privatistica che si applica alla fase di esecuzione del contratto ed è volta a tutelare le parti contraenti (Perfetti). Si tratta dunque di una disciplina "mista" nella quale si combinano finalità di tipo pubblicistico quali il perseguimento dell'interesse pubblico e di tipo privatistico quali l'autonomia negoziale; il contratto di appalto pubblico risulterebbe dunque *"una species dell'istituto tipizzato nel codice civile....I suoi caratteri giuridici fondamentali sono proprio quelli del contratto di appalto tra privati: così la fonte è l'accordo di due volontà che hanno identico valore costitutivo ed uguale efficacia sullo svolgimento del rapporto; la causa è la stessa funzione economico giuridica, cioè il conseguimento di un'opera, risultato dell'elaborazione di un soggetto diverso dalla pubblica amministrazione, a fronte di un corrispettivo; il contenuto riguarda una prestazione che ben può formare oggetto di scambio tra privati e, quindi, non è riconducibile in via esclusiva all'attività di diritto pubblico; gli effetti si sostanziano nella costituzione di obbligazioni reciproche, qualificabili in termini di diritti soggettivi"* (Franchini).

Attualmente la fonte normativa nazionale che regola i contratti pubblici è il d.lgs n. 50/2016 (come modificato dal d.lgs n. 50/2017) di recepimento delle direttive comunitarie n. 23, n. 24 e n. 25 del 2014 – cd. "codice dei contratti pubblici" -, con il quale sono stati abrogati sia il precedente codice, d.lgs n. 163/2006., e sia, parzialmente, il relativo regolamento di attuazione contenuto nel d.lgs n. 207/2010.

Il codice dei contratti pubblici definisce gli appalti pubblici come *"i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori"*

economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e le prestazioni di servizi" ed affronta, in maniera estensiva e compiuta, le modalità di affidamento integrando le norme del codice civile sulla esecuzione del contratto.

Alle norme previste dal codice dei contratti pubblici si affianca inoltre una rilevante produzione di linee guida (cd. "soft law") emanate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), le quali hanno l'intento di esplicitare le modalità operative di attuazione dei disposti del d.lgs n. 50/2016.

L'assunto fondamentale del legislatore europeo, poi trasposto nel codice dei contratti pubblici, consiste nel ritenere che la apertura del mercato e la tutela della concorrenza rappresentino le modalità più efficienti ed efficaci per favorire la crescita qualitativa del mercato stesso tutelando al contempo il "consumatore/fruitori"; si tratta di un approccio che guarda all'universo dei contratti pubblici come ad un mercato all'interno del quale si incontrano domanda ed offerta; in questo caso, contrariamente a quanto avviene in un mercato privato dove, per continui aggiustamenti, domanda e offerta formano il prezzo e si incontrano in un punto di equilibrio, la pubblica amministrazione che domanda l'opera, il bene o il servizio fissa il prezzo di riferimento (la cd. "base d'asta") e contestualmente garantisce che tutti gli operatori economici abbiano le stesse possibilità di entrare nel mercato ed essere concorrenziali. La disciplina dei contratti pubblici non prende le mosse, come avviene per la disciplina dell'appalto privato, dalla stipulazione del contratto, così ignorando le modalità con le quali si è pervenuto all'identificazione dell'appaltatore, bensì, in considerazione delle specifiche necessità di tutela del mercato e della concorrenza, dall'attività volta alla selezione dei concorrenti che parteciperanno alla procedura di affidamento.

In conclusione, dunque, il contratto di appalto pubblico oltre a ricomprendere al proprio interno categorie proprie di altri istituti – i contratti di mera prestazione d'opera e di prestazione d'opera intellettuale per quanto riguarda gli appalti di servizi ed i contratti di compravendita e di locazione per ciò che attiene gli appalti di forniture – si distingue poi dal contratto di appalto sul punto della modalità di selezione del prestatore d'opera che nell'ambito privato viene effettuata *intuitus personae* dal committente mentre negli appalti pubblici avviene attraverso una procedura selettiva fondata su elementi oggettivi tecnici e/o economici.

[3] la distinzione tra contratto d'appalto e contratto di prestazione d'opera e d'opera intellettuale

Prima di entrare nel merito delle modalità di partecipazione dei lavoratori autonomi agli appalti pubblici occorre chiarire un ulteriore aspetto che ha lungamente interessato giurisprudenza e dottrina; si tratta della distinzione tra contratto d'appalto e contratto di prestazione d'opera e d'opera intellettuale; sulla questione la giurisprudenza civile e amministrativa ha avuto modo di esprimersi in numerosissimi casi, di fatto, così offrendo una interpretazione che, allo stato attuale, risulta univoca

quanto alla distinzione tra i contratti determinata dalle loro specifiche caratteristiche e, in particolare, dall'oggetto della prestazione e dalla qualità del prestatore .

Tuttavia, è opportuno evidenziare che questa distinzione, che non pone particolari problemi interpretativi nell'ambito civilistico, diviene assai più tenue avendo a riferimento la disciplina pubblicistica in particolar modo da quando le direttive comunitarie, a partire dalla 92/50 recepita con d.P.R. n. 157/1995, hanno inserito nel generale ambito degli appalti di servizi numerosi contratti di prestazione d'opera intellettuale, così di fatto assorbendo nel proprio alveo anche un numero assai significativo di prestazioni che sono per loro natura configurabili come prestazioni d'opera o prestazioni d'opera intellettuale e non come appalti.

Dal punto di vista civilistico entrambi i contratti, d'opera e d'appalto, prevedono che un soggetto si obblighi verso corrispettivo a realizzare un'opera o un servizio, in entrambe le fattispecie, poi, permane un elemento di indipendenza del prestatore o appaltatore nei confronti del cliente o committente e, ancora, in entrambi i contratti il rischio che rimane in capo al prestatore o appaltatore risulta l'elemento comune.

Per questa ragione la differenza sostanziale tra contratto di prestazione d'opera e contratto di appalto si fonda essenzialmente sul carattere organizzato della prestazione: *“la differenza sostanziale fra il contratto d'appalto ed il contratto d'opera consiste nel fatto che mentre il primo è contrassegnato dall'esistenza di una organizzazione ad impresa dell'appaltatore, il secondo è qualificato dalla prestazione di lavoro da compiersi, quanto meno in via prevalente, personalmente dall'obligato, dal suo nucleo familiare, non essendo invece requisito distintivo la modesta entità delle opere eseguite”* (Cass. 19014/2010); in altri termini il contratto d'opera presenta elementi di certa affinità con l'appalto di servizi (l'autonomia rispetto al committente, il carattere oneroso della prestazione, l'assunzione del rischio legato all'esecuzione della prestazione), ma non ne condivide il profilo dell'organizzazione.

In linea generale rilevano dunque due profili distintivi delle fattispecie: il primo legato alla natura della prestazione (criterio oggettivo), il secondo connesso al soggetto giuridico che svolge la prestazione (criterio soggettivo). (Corte conti, sez. contr. Lombardia, 236/2013).

Ed ancora, ricollegandosi a quanto precedentemente specificato in merito all'obbligazione di mezzi a cui si impegna il prestatore d'opera è opportuno precisare che un contratto d'appalto non potrà mai configurarsi come obbligazione di mezzi bensì sempre di risultato mentre il contratto d'opera potrà avere ad oggetto una prestazione che configuri alternativamente una obbligazione di mezzi o di risultato (Cons. Stat., sez. V, 8/2009).

In particolare nel contratto d'opera intellettuale è l'elemento “intellettuale” a definire la prestazione oggetto del contratto come contraltare al carattere necessariamente imprenditoriale del soggetto esecutore di un contratto d'appalto (Corte conti, sez. contr. Lombardia, parere 20 maggio 2014, n. 178).

Tuttavia se le norme civilistiche consentono, almeno in via teorica, una corretta distinzione fra i due istituti, assai meno agevole è tracciare un confine di demarcazione netto in sede di applicazione delle fattispecie contrattuali all'interno della normativa

del contratti pubblici di derivazione comunitaria (Corte conti, sez. contr. Liguria, del. 79/2015).

E utile a tal proposito chiarire preliminarmente che, in ambito pubblicistico, la distinzione, più o meno marcata, tra i due istituti assume particolare rilevanza nel raffronto tra contratto di prestazione d'opera intellettuale (atteso che il mero contratto di prestazione d'opera è assai infrequente anche per il rischio che esso di fatto dissimuli l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato) e appalto di servizi.

Gli appalti pubblici di servizi - già presenti nell'ordinamento ma di scarso rilievo perché ciascuna amministrazione provvedeva con risorse proprie all'espletamento dei servizi necessari - iniziano ad avere consistenza nel panorama della contrattualistica pubblica italiana a partire dal d.P.R. 18 aprile 1994 n. 573 che dettava disposizioni sui procedimenti di aggiudicazione di forniture e servizi al di sotto della soglia comunitaria; successivamente il d.lgs 17 marzo 1995 n. 157 di attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi nell'ottavo considerando precisava che *“la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratti di appalto; nel caso in cui la prestazione del servizio si fonda su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, detta prestazione esula dal campo di applicazione della presente direttiva”* In quella fase la *“definizione teorica dell'appalto di servizi, dunque, appare riferita al dato meramente formale, in quanto sono da considerare tali tutti quegli appalti che hanno per oggetto le prestazioni espressamente indicate negli allegati 1 e 2 del d.lgs n. 157/95. Si tratta quindi di una nozione residuale rispetto agli appalti di lavori pubblici e di pubbliche forniture”* (Del Castillo, Galtieri, Realfonzo).

Con la direttiva 92/50 si assisteva, perciò, da una parte ad una introduzione dei servizi all'interno del più generale alveo dei contratti pubblici ma con contestuali importanti esclusioni applicative sulla scorta delle quali gli appalti di servizi che figuravano nell'Allegato 1 erano soggetti all'integrale disciplina del d.lgs n. 157/95 mentre a quelli ricompresi nell'Allegato 2 (i.e. servizi legali) si applicavano esclusivamente le disposizioni degli obblighi di informazione (art. 8) delle prescrizioni tecniche (art. 20) e delle deroghe a queste ultime (art. 21). La ratio di questa distinzione risiedeva nel fatto che di alcuni servizi non si aveva all'epoca ancora esatta cognizione circa la loro consistenza perciò si prevedeva una iniziale disciplina *“leggera”* (Allegato 2) ma sufficiente a consentire una più puntuale valutazione delle dimensioni quantitative del fenomeno in una fase successiva.

Se con il d.lgs n. 157/95 si assisteva ad una delimitazione della applicabilità della normativa pubblica alle prestazioni di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, l'evoluzione della normativa ha spinto verso una applicazione assai più pervasiva della disciplina pubblica alle prestazioni di servizi.

Già la direttiva 92/50/CE e poi più organicamente la 2004/18/CE, recepita con d.lgs n. 163/2006, accoglievano una nozione di appalto di servizi tanto ampia da ricomprendervi all'interno anche la prestazione d'opera intellettuale.

L'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006, infatti, definiva gli appalti di servizi *“appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per*

oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato IP'. L'allegato richiamato comprendeva una serie di servizi, tra i quali erano ampiamente richiamate tipologie di servizi concettualmente legate alla prestazione d'opera intellettuale: tra di essi, ad esempio, si collocavano i servizi legali, i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini alla consulenza scientifica e tecnica, quelli relativi all'istruzione, anche professionale.

Il d.lgs. n. 163/2006, poi, operava una suddivisione nell'ambito delle tipologie di servizi fin qui elencate enucleando un gruppo (cui facevano parte peraltro i servizi legali), per cui i relativi appalti erano aggiudicati seguendo esclusivamente l'art. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati) del codice, lasciando invece impregiudicata, per un secondo gruppo di servizi, l'applicazione complessiva delle disposizioni del d.lgs. n. 163/2006.

E dunque evidente che nel tempo si è assistito ad un significativo ampliamento dell'applicazione della normativa pubblicistica in materia di selezione degli operatori che, proprio in virtù della sua derivazione comunitaria “non si ripercuote, tuttavia, sulle definizioni di contratto di prestazione d'opera, di prestazione d'opera intellettuale o di appalto di servizi, come delineate dal codice civile, posto che il codice dei contratti pubblici è teso a disciplinare le procedure di affidamento di un'ampia gamma di contratti che, pur definiti come <appalto>; comprendono una serie eterogenea di negozi civilistici” (Corte conti, sez. contr. Lombardia 162/2016). Si tratta, come recentemente sostenuto di una “*espansione della disciplina europea rispetto a quella interna*”. (Perfetti).

Sulla scorta di questa estensione anche a negozi giuridici diversi dalla fattispecie tipica del contratto di appalto, la direttiva 2014/24/CE, recepita poi in Italia con il d.lgs n. 50/2016, estende l'ambito soggettivo della norma, infatti il considerando n. 14 precisa che “*la nozione di operatori economici dovrebbe essere interpretato in senso ampio in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare*”, a tal proposito giova rammentare che anche i soggetti pubblici sono operatori economici ai fini della disciplina appalti e possono partecipare a procedure selettive (i.e. Università, centri di ricerca, enti pubblici economici).

In questo senso risulta dunque evidente che oltre alla impossibilità di una perfetta sovrapposizione tra gli istituti previsti dalla disciplina civilistica italiana e gli istituti più sommariamente identificati nelle direttive comunitarie, ciò che emerge è che con il codice dei contratti pubblici di derivazione comunitaria si assiste ad uno spostamento del baricentro di indagine e attenzione dal singolo negozio giuridico al “contratto” nella sua accezione più ampia e in questo caso, sovrapponibile a quella civilistica di “*accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*” (1321 c.c.) e tramite il quale “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.. Le*

parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.” (1322 c.c.).

In coerenza con questa impostazione dunque l'attività negoziale della pubblica amministrazione si caratterizza per essere un'attività “contrattuale” e “privatistica” la cui tutela, nella fase esecutiva dei contratti è, di conseguenza, affidata alle cure del giudice ordinario e non già a quelle del giudice amministrativo.

Pertanto se fino alla aggiudicazione del contratto la pubblica amministrazione deve rispettare una normativa volta a garantire il più generale interesse pubblico anche tramite la tutela della concorrenza, il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento; quando la selezione è già stata esperita e si è verificato l'affidamento con la sottoscrizione del contratto il centro dell'interesse non è più solo o soltanto l'interesse generale, che già si è manifestato, bensì diviene l'interesse particolare della pubblica amministrazione a vedere correttamente eseguito quell'appalto, un interesse, quest'ultimo, analogo a quello di qualsiasi parte in un contratto tra privati.

[4] La partecipazione dei lavoratori autonomi al mercato degli appalti pubblici

Il primo comma dell'art. 12 dispone che le pubbliche amministrazioni debbano promuovere la partecipazione dei lavoratori autonomi agli appalti pubblici per la prestazione di servizi o ai bandi per l'assegnazione di incarichi di consulenza e ricerca, e ancora che promuovano la loro partecipazione alle procedure di aggiudicazione favorendo l'accesso alle informazioni sulle gare pubbliche anche tramite i centri per l'impiego.

Per avvicinare i lavoratori autonomi agli appalti pubblici - questo è lo spirito della norma in esame - è opportuno brevemente richiamare i tratti essenziali del mercato degli appalti pubblici facendo chiarezza sull'intenzione del legislatore comunitario di “tutelare la concorrenza” ed accrescere il livello qualitativo del mercato stesso.

L'universo degli appalti pubblici ha, in effetti, tutti gli elementi per poter essere considerato un “mercato”, si tratta di un mercato non libero ma regolamentato perché uno dei “player” di questo mercato ha una connotazione ed uno *status* particolare, non è un giocatore come gli altri dovendo perseguire un interesse non particolare ma generale, per questa ragione l'elemento che differenzia sostanzialmente un mercato privato da questo mercato risiede nel fatto che la libertà delle parti di trovare un equilibrio e dunque fissare un prezzo per una prestazione (interazione tra domanda e offerta) senza alcuna intermediazione trova, nel contesto degli appalti pubblici, un limite ed un confine preciso nella sostanziale impossibilità per la pubblica amministrazione di acquisire direttamente lavori, beni e servizi; di conseguenza se il mercato privato è libero in quanto disintermediato, nel caso degli appalti pubblici permane una intermediazione che è quella delle norme che lo regolano.

La distinzione tra mercato pubblico e privato persegue perciò un fine ultimo che non è quello della mera convenienza economica perché, attraverso l'esclusione

dell'offerta anomala, punta a garantire una giusta redditività alle imprese come strumento per tutelare la permanenza nel – e la crescita del – mercato.

La disciplina degli acquisti da parte delle pubbliche amministrazioni (il codice dei contratti pubblici) rappresenta, in questo senso, la forma di intermediazione tra domanda ed offerta.

E' opportuno domandarsi il motivo di questa "intermediazione" e non è difficile comprendere come alla base della necessità di fissare delle regole generali per questo mercato si ponga la finalità ultima di tutelare la concorrenza, ovvero di consentire a tutti gli individui (*rectius*: "operatori economici" art. 3 comma 1 d.lgs n. 50/2016) di poter accedere al mercato e dunque alla competizione e, in questo modo, di tutelare l'interesse generale consentendo di reperire sul mercato la migliore offerta sia in termini di qualità che di prezzo, in un rapporto virtuoso tra i due elementi.

Il legislatore comunitario, supportato dalla letteratura economica e dalla osservazione della realtà, ritiene dunque che il migliore dei modelli possibili per un mercato sia quello che più si avvicina al modello di concorrenza perfetta, ovvero ad una situazione in cui l'incontro tra domanda ed offerta genera un "risparmio" per il consumatore/fruitoro che non soltanto paga il prezzo più corretto per ciò che acquista ma che, con la sua azione, impone all'offerente il miglior rapporto tra prezzo e qualità. Naturalmente questo modello è lontano dall'essere realmente perfetto e soffre di diversi difetti dovuti, per esempio, alla presenza di informazioni asimmetriche e costi immateriali, ma è, pur con la presenza di questi ed altri limiti, di gran lunga più efficiente per i consumatori rispetto, ad esempio, a mercati monopolistici ed oligopolistici.

Così le norme che disciplinano il mercato degli acquisti da parte delle pubbliche amministrazioni sono volte prioritariamente ad evitare che si creino sul mercato posizioni dominanti o di potere che impedirebbero di ottenere il prioritario risultato del miglior rapporto qualità prezzo dei beni o servizi acquisiti.

Per il legislatore comunitario dunque l'interesse generale si esplicita nel mercato degli appalti pubblici nel reperire il lavoro, il servizio o il bene con il miglior rapporto qualità prezzo perché questo significa tutelare il "consumatore finale" ovvero la stessa pubblica amministrazione o il cittadino, fruitori ultimi – diretti o indiretti - di quel bene, del servizio o di quell'opera; per raggiungere questo obiettivo è necessario che il mercato sia "aperto" ovvero che ponga tutti gli operatori economici nelle condizioni di poter concorrere all'affidamento.

Dunque dato che il mercato degli appalti pubblici è un mercato, piccolo soltanto rispetto al mercato globale, è necessario regolamentarlo non per chiuderlo ma, al contrario, per aprirlo e consentire a tutti gli operatori economici ed, in generale, alla collettività, di avere accesso alle informazioni.

L'intermediazione delle norme non è quindi volta a costruire una barriera tra gli operatori e la pubblica amministrazione ma, al contrario, ad abbattere le barriere esistenti che possono impedirne l'accesso e, in questo senso, come è noto, una delle barriere più difficile da abbattere è quella generata dalla assenza o scarsità delle informazioni; ecco, quindi, spiegata l'insistenza con la quale il legislatore comunitario

richiede trasparenza e predisposizione di un sistema informativo il più possibile semplice e diffuso capillarmente.

Sulla scorta di questa impostazione, che impronta tutta la produzione normativa del legislatore comunitario, le direttive in materia di appalti pubblici sono andate nel tempo, per passi progressivi, aprendo il mercato e consentendone l'accesso non soltanto alle grandi e medie imprese - inizialmente facilitate dalle stesse caratteristiche del mercato: elevati costi di partecipazione e ricavi spostati nel tempo a volte anche con indeterminatezza sul "quando" - ma anche alle medie e piccole imprese e poi con le ultime e più recenti norme, alle microimprese (d.lgs n. 50/2016 art. 3 comma aa) ed ai lavoratori autonomi fino a giungere alla già citata definizione di operatore economico che ricomprende anche questi ultimi (direttiva 2014/24/UE considerando 14, d.lgs n. 50/2016 art. 3, comma 1, lett. p) riportando al suo interno "*qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*".

Nella direzione di facilitare l'accesso anche ad imprese meno strutturate si inserisce la disciplina sui raggruppamenti di imprese che ha la finalità di consentire ad imprese non di grandi dimensioni di raggiungere le soglie comunitarie cumulando i requisiti necessari ai fini della propria ammissione alle procedure di gara.

Allo stesso modo, dalle prime direttive dove era presente una netta distinzione tra servizi che rientravano nel codice ed altri esclusi (Allegato 1 ed Allegato 2, d.lgs n. 157/95) si è giunti attualmente ad un modello che vede i servizi quali parte integrante nel mercato degli appalti pubblici e relega le esclusioni ad una breve e tassativa elencazione di pochi e peculiari casi (art. 17 d.lgs n. 50/2016) ed a poche altre distinzioni previste per settori caratterizzati sia per le loro finalità pubblica che per la presenza nel settore di numerosi operatori pubblici (Allegato IX – Servizi di cui agli articoli 140, 143 e 144 d.lgs n. 50/2016).

In questo senso, pertanto, coglie nel segno l'orientamento della magistratura contabile già citata che precisa come la nozione di appalto di servizi sia ampia e ricomprenda al proprio interno anche l'attività del professionista intellettuale" (Corte conti, sez. contr. Lombardia, 162/2016); perché non è rilevante il negozio giuridico ma ciò che rileva è l'esistenza di un mercato, ovvero di diversi offerenti, che quel servizio sono in grado di offrire e che perciò hanno il diritto di partecipare alla procedura per l'affidamento del servizio stesso.

Dunque, il primo comma dell'art 12 della l.n. 81/2017 si muove nel senso indicato dal legislatore comunitario e trasposto nel codice dei contratti pubblici italiano, fornendo un'ulteriore sollecitazione alle pubbliche amministrazioni italiane ad adeguarsi alla normativa di matrice comunitaria in materia di contratti pubblici e, particolare rilevante, non soltanto consentire bensì "favorire" la partecipazione dei lavoratori autonomi alle procedure selettive ed ai bandi pubblici; pertanto se la corretta individuazione del negozio giuridico (appalto o prestazione d'opera intellettuale) rileva in fase di esecuzione del contratto oltre che per il corretto inquadramento della prestazione dal punto di vista dei limiti posti dalla finanza pubblica (fra tutte si veda d.l. n. 90/2014 art. 11, c. 4 bis) all'acquisizione di prestazioni intellettuali; la

medesima distinzione risulta assai meno rilevante per la partecipazione dei lavoratori autonomi alle procedure ad evidenza pubblica.

[5] L'ambito oggettivo e soggettivo degli appalti di servizi

Occorre ora individuare correttamente l'ambito oggettivo e soggettivo della disciplina del codice dei contratti pubblici; in particolare è opportuno fornire alcune precisazioni rispetto all'ambito di applicazione dell'appalto di servizi e, successivamente, rispetto ai soggetti che sono i primi destinatari delle norme del codice che, nel comma 1 dell'art. 12 in esame vengono genericamente definite "pubbliche amministrazioni". Per quanto riguarda l'ambito oggettivo, l'appalto di servizi, come già detto, ha, nel codice, una connotazione residuale: sono appalti di servizi quegli appalti che non sono di lavori (art. 3 c. 1 lett. ss, d.lgs n. 50/2016).

Sul punto va detto che la dottrina non si addentra in una più puntuale disamina né propone soluzioni che consentano di definire concretamente quali prestazioni debbano essere ricomprese tra i servizi; questo "elegante silenzio" che si riscontra in ogni commento al decreto legislativo n. 50/2016 oltre a evidenziare una certa attitudine della dottrina giuridica a commentare ciò che è già chiaro e a non chiarire ciò che chiaro non è, si può forse giustificare soltanto in considerazione del fatto che è la stessa legislazione comunitaria a non fornire chiarimenti se non definendo la categoria dei servizi (siano essi appalti o concessioni) per sottrazione rispetto ad altre al punto che commentando la questione Perfetti si spinge ad osservare che "non serve sfoderare categorie della logica contemporanea per mettere in luce il risultato molto limitato cui il legislatore approda".

L'unico elemento su cui si concentra l'attenzione del legislatore è, infatti, quello dell'ambito a cui debba essere ricondotto un contratto misto (ovvero che preveda prestazioni afferenti ai diversi ambiti dei lavori, dei servizi e delle forniture), precisando che il criterio che deve essere utilizzato è quello della finalità dell'appalto (prevalenza funzionale) superando la valutazione meramente quantitativa (art. 20 comma 1 d.lgs.n. 50/2016 "*I contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito, ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione*").

Preso atto del silenzio del legislatore e della dottrina sulle prestazioni che rientrano nell'ambito degli appalti di servizi non resta dunque che muoversi attraverso una ricostruzione che consenta di circoscrivere l'ambito; in questo senso è indubbio che seppure il legislatore comunitario e, conseguentemente quello nazionale, utilizzino nelle direttive e nel decreto legislativo la tecnica della sottrazione è altrettanto vero che il legislatore comunitario ha già fornito con altra norma un essenziale strumento che consente l'individuazione dell'ambito oggettivo delle prestazioni, si tratta del regolamento comunitario 2195 del 5 novembre 2002 relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV).

Infatti il vocabolario è un sistema di classificazione dell'oggetto dei contratti - che deve essere indicato nei bandi ed è il riferimento per individuare la soglia consentendo di accorpare oggetti che appartengono alla stessa categoria commerciale – che consente con una certa precisione di discriminare correttamente le prestazioni tra lavori e servizi posto che nella classificazione utilizzata (una classificazione che le stazioni appaltanti debbono riportare nel testo delle proprie procedure d'appalto identificando così in maniera precisa la prestazione oggetto della procedura) è possibile chiaramente identificare le categorie di “servizi” distinguendole da quelle di “lavori”.

Pertanto, saranno, senza tema di essere smentiti, da considerarsi appalti di servizi quegli appalti le cui prestazioni rientrano tra le voci “servizi” del vocabolario comune appalti.

Poiché il primo comma dispone che sono “le pubbliche amministrazioni, in qualità di stazioni appaltanti” i soggetti chiamati a favorire l'accesso dei lavoratori autonomi agli appalti pubblici, è necessario chiarire chi siano i soggetti a cui il legislatore fa riferimento.

Le Pubbliche Amministrazioni sono individuate dalla legge come “*tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*”, oltre al CONI (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/ 2001).

Tuttavia, per avere una chiara visione dei soggetti sottoposti alle norme del Codice dei contratti pubblici è necessario integrare questa prima definizione generale con quanto prevede lo stesso d.lgs n. 50/2016, il quale, sempre sulla scorta della necessità di aprire il mercato degli appalti, include tra i soggetti che devono seguirne le regole anche soggetti che non rientrano in questa definizione ma che, sulla scorta della legislazione comunitaria ed anche sulla base dei principi di finanza dello stato e degli enti locali, sono comunque chiamati a rispettarne le norme.

Anche in questo caso si è assistito nel tempo ad una notevole estensione dei soggetti tenuti al rispetto delle norme pubblicistiche in materia di appalti pubblici, una estensione che è stata certamente motivata non soltanto dalla impostazione comunitaria di apertura del mercato ma anche da quella nazionale di controllo e gestione della spesa pubblica complessiva, la quale non è soltanto quella delle pubbliche amministrazioni *strictu sensu* intese, bensì è anche quella di tutti gli enti dalle prime partecipati, i quali, in virtù di questa partecipazione e, di conseguenza, dell'uso di denaro pubblico, sono tenute a risponderne secondo gli schemi più propriamente pubblicistici anche qualora abbiano natura privatistica di società di capitali.

Dunque per definire l'ambito soggettivo di applicazione del codice non importa la personalità giuridica dell'ente ma ciò che importa è l'uso di denaro pubblico, il quale, è infine il discrimine più chiaro per individuare i soggetti obbligati a seguire il codice dei contratti pubblici ed quelli che non lo sono.

Sulla scorta di questa logica il d.lgs n. 50/2016 dopo aver precisato all'art. 1 che "il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori" dispone che sono "amministrazioni aggiudicatrici": le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti; le "autorità governative centrali"; "amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali"; gli "organismi di diritto pubblico"; gli enti aggiudicatori; i "soggetti aggiudicatori" e, infine, gli "altri soggetti aggiudicatori". Una definizione ben più ampia di quella di pubblica amministrazione fornita dal legislatore interno e che comprende al proprio interno anche gli organismi la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato o da enti pubblici, rientrano perciò nella definizione anche le imprese pubbliche o le imprese titolari dell'esercizio di diritti esclusivi e, infine, i soggetti privati tenuti all'osservanza del codice: i privati assegnatari di fondi pubblici - per il loro impiego- , le società partecipate da enti pubblici - qualora enti pubblici esercitino una forma di controllo sulla società- e, infine, anche i privati cittadini nel caso in cui realizzino opere pubbliche (art. 20).

Di fatto, un metodo, empirico e dunque non definitivo, per individuare i soggetti tenuti al rispetto delle norme del codice dei contratti pubblici è quello di fare riferimento al canale di finanziamento di questi soggetti: quando il finanziamento è prioritariamente pubblico rientreranno nell'ambito di applicazione del codice; restando del tutto residuali e confinate a pochi e specifici casi in cui il discrimine non è la provenienza del finanziamento bensì la destinazione della prestazione (i.e. le opere realizzate da privati all'interno di convenzioni urbanistiche che dovranno essere cedute ad un ente pubblico) le ipotesi di applicabilità del codice a finanziamenti privati.

Infine, il d.lgs n. 50/2016 ha modificato la precedente definizione di "stazione appaltante" , infatti nel d.lgs. n.163/2006 la presenza tra le stazioni appaltanti degli "enti aggiudicatori" era limitata ai casi in cui questi ultimi operavano con le disposizioni dei settori ordinari come definiti dal codice stesso, mentre attualmente entrano a pieno titolo tra i soggetti tenuti all'applicazione del Codice; di fatto un ampliamento della nozione che si è fatta omnicomprensiva ricomprendendo anche gli enti aggiudicatori dei settori speciali. (De Nictolis).

Di conseguenza, quando un soggetto è tenuto all'applicazione del codice dei contratti pubblici, nel momento in cui attiva una procedura per l'affidamento di un appalto, acquisisce lo *status* di "stazione appaltante"; di fatto una amministrazione aggiudicatrice è sempre tale se rientra tra quelle identificate dal codice ma diventa stazione appaltante in un dato momento per un numero variabile di casi pari al numero delle procedure che avrà attivato.

[6] La distinzione tra contratti di collaborazione a lavoratori autonomi e appalti di servizi

E' opportuno preliminarmente distinguere il contenuto della norma oggetto di analisi, che tratta la partecipazione dei lavoratori autonomi ad appalti e bandi, dalla possibilità, assai limitata, delle pubbliche amministrazioni di conferire incarichi a lavoratori autonomi; questo secondo profilo che configura un rapporto di lavoro tra la pubblica amministrazione ed un individuo (per quanto autonomo) non rientra nella casistica prevista dall'articolo 12 della l. n. 81/2017 pertanto, solo per completezza, e brevemente, si richiamano le norme che attengono, ed in particolare i limiti previsti, l'attribuzione di incarichi di lavoro da parte della P.A.

Il testo unico in materia di pubblico impiego d.lgs n. 165/2001 dedica un'intera disposizione (l'art. 7, c.6,) alla possibilità per le amministrazioni pubbliche di stipulare contratti con lavoratori estranei al settore del pubblico impiego, in particolare il sesto comma prevede che *“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”*.

Tuttavia, il comma 5 bis, introdotto con l'art. 22, c. 8, del d.lgs n. 75/2017, la cui entrata in vigore è stata differita al 1 gennaio 2018, prevede che *“E' fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. I contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale...”* Si tratta, in questo caso, del recepimento nella normativa di principi già consolidati anche a seguito di numerosi pronunciamenti del giudice contabile.

Di fatto, dunque, le possibilità della pubblica amministrazione di ricorrere a lavoratori esterni al proprio ente è limitata ad alcuni casi in cui si riscontrino tutti i presupposti di legittimità previsti dallo stesso sesto comma: *“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; 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; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico 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; d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione”*

Si tratta di presupposti che hanno riferimenti legislativi “antichi” che risalgono alle prime normative introdotte negli anni 50 e 60 del secolo scorso e che di fatto

esplicitano e raccolgono le affermazioni giurisprudenziali consolidate della Corte dei conti.

Un esempio già lontano nel tempo della portata di queste norme si rinviene nell'art. 380 del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 che dispone *“per esigenze speciali i Ministri possono affidare lo studio e la soluzione di particolari problemi attinenti agli affari di loro competenza a professori universitari ed a membri degli organi consultivi istituiti presso le amministrazioni centrali”* poi abrogato dall'art.9 del d.P.R. 18 aprile 1994, n 338, recante *“semplificazione del procedimento di conferimento di incarichi individuali ad esperti da parte dei Ministri”* dove il ricorso agli esperti è rimesso ai casi in cui il personale in servizio non possa *“coprire”* determinate esigenze della prassi lavorativa. Quest ultimo regolamento individua, poi, una procedura specifica per la richiesta della prestazione lavorativa al lavoratore autonomo infatti l'art. 3 prescrive che *“la richiesta di compiere studi e risolvere particolari problemi va formulata, ai soggetti cui si intende conferire l'incarico, con lettera a firma del Ministro, indicante l'oggetto dell'incarico, l'entità del compenso, il termine per l'accettazione dell'incarico e quello per lo svolgimento dello stesso”*.

Emerge dunque chiaramente il fatto che il ricorso ai lavoratori esterni all'ente non è destinato allo svolgimento di funzioni ordinarie, né può dissimulare prestazioni analoghe a quelle di un contratto di lavoro subordinato – fattispecie che è causa di responsabilità amministrativa – ma è circoscritta alla natura della prestazione che deve avere carattere non ordinario, e di certa specializzazione, come può essere per un incarico connesso alla ricerca di base o per soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigiani altamente specialistici che pur essendo prossimi agli appalti di servizi non li configurano.

E' perciò assai chiara la volontà del legislatore di limitare il ricorso a contratti di lavoro restando, al contrario, aperta la facoltà delle pubbliche amministrazioni, fermo restando che se ne dimostri la necessità, di ricorrere invece a contratti d'appalto anche con lavoratori autonomi.

Infatti, il contratto d'appalto fornisce maggiori *“garanzie”* al legislatore in termini di distinzione rispetto ad eventuali contratti di collaborazione poiché impedisce la dissimulazione del rapporto di subordinazione sia fornendo un dettaglio chiaro e preciso della attività da realizzare, sia perché l'oggetto d'appalto non potrà essere definito genericamente, sia, ancora, perché stabilirà precisi confini temporali e eviterà dubbi circa l'organizzazione della prestazione stessa che sarà a esclusivo carico dell'appaltatore/prestatore del servizio.

Di conseguenza non deve essere commesso l'errore di confondere un contratto di collaborazione con la pubblica amministrazione, che ricorre solo ed esclusivamente in presenza dei presupposti già chiariti, con i contratti di appalto affidati secondo le disposizioni del codice dei contratti pubblici

[7] Il variegato universo degli appalti di servizi: l'art. 12, c. 1, della l.n. 81/2017

Il primo comma dell'art. 12 in commento distingue poi tra “appalti per la prestazione di servizi” e bandi per l’assegnazione di “incarichi personali di consulenza e ricerca”. Questa distinzione si rivela particolarmente critica e risente della difficoltà del legislatore, mai del tutto risolta, e sostanzialmente non risolvibile, di definire una linea di confine esatta delle consulenze rispetto agli appalti pubblici.

In questo studio, si è già lungamente rappresentata la difficoltà di circoscrivere ed isolare i contratti di prestazioni d’opera intellettuale - fattispecie in cui, per il legislatore nazionale, indubbiamente rientrano i contratti di consulenza senza organizzazione di una specifica struttura ed i contratti di ricerca - dai contratti di appalto; proprio sulla scorta di questa impostazione la giurisprudenza amministrativa sosteneva che i conferimenti singoli non devono rientrare tra gli appalti di servizi. (Cons. Stat., n. 2730/2012).

Di fatto la giurisprudenza sia contabile che amministrativa per un lungo periodo ed in modo costante ha distinto contratti d’opera intellettuale e appalti di servizi in virtù della assenza o meno di una organizzazione di mezzi; tuttavia già si è dato conto del fatto che questa discriminazione fondata sulla caratteristica tipica dei due negozi giuridici non è risolutiva in considerazione della ampiezza della nozione di appalto utilizzata dal legislatore comunitario – si pensi all’ampiezza del vocabolario comune appalti - recepita nel d.lgs n. 50/2016.

Di fatto questa distinzione, che consentiva di escludere dalla applicazione del codice dei contratti tutte le consulenze che non avevano connotazione di stabilità nel tempo e non prevedevano una organizzazione di mezzi di natura particolare - se non quelli necessari alla normale organizzazione del lavoro da parte del professionista -, è andata con il tempo circoscrivendosi ad una casistica assai limitata e precisa (art. 17 d.lgs n. 50/2016).

Infatti, la previsione che anche per i servizi esclusi ex art. 17 - rappresentano una categoria eterogenea e vasta di servizi all’interno della quale possono essere ricompresi alcuni servizi svolti da lavoratori autonomi - sia comunque necessario rispettare “i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità” (art. 4 d.lgs n. 50/2016), ha imposto alle stazioni appaltanti di apprestare strumenti utili ad adempiere a tale prescrizione; strumenti che, con approccio pragmatico e sovente acritico, le amministrazioni, anche confortate da certa giurisprudenza della magistratura contabile, hanno individuato nell’impiego degli strumenti che il codice dei contratti pubblici destina ai servizi nei settori ordinari vanificando in questo modo la ratio stessa della esclusione di determinati servizi.

I contratti esclusi.

[7.1] I servizi legali

Le difficoltà interpretative che sono state delineate in precedenza si ritrovano plasticamente rappresentate nella *vexata quaestio* dell’affidamento da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei servizi legali.

Sul punto, come si è già detto, hanno lungamente dibattuto dottrina e giurisprudenza arrivando alla conclusione che i servizi legali fossero esclusi quando riferiti a specifici incarichi di tutela giudiziaria mentre fossero inclusi tra gli appalti di servizi e dunque assoggettati complessivamente alle norme del codice qualora si trattasse di consulenze stragiudiziali (per tutte Cons. Stat. 2730/2012; Corte conti, sez. contr Lombardia 51/2013; AVCP deliberazioni 4/2010 e 4/2011).

La direttiva 2014/24/UE con i considerando 24 e 25 esclude i servizi di arbitrato e di conciliazione ed i servizi di difesa legale “dall’ambito di applicazione della presente direttiva” poiché *“tali servizi sono prestati da organismi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti”*; mentre con il considerando 116 precisa che i servizi legali (non di difesa) *“riguardano esclusivamente questioni di puro diritto nazionale sono pertanto offerti generalmente solo da operatori ubicati nello Stato membro interessato e hanno di conseguenza anche una dimensione limitatamente transfrontaliera. Dovrebbero pertanto rientrare solo nel regime alleggerito, con una soglia di 750 000 EUR. Gli appalti di servizi legali al di sopra di tale soglia possono rivestire interesse per vari operatori economici, quali gli studi legali internazionali, anche su base transfrontaliera, in particolare ove riguardino questioni giuridiche aventi come fonte o contesto il diritto dell’Unione o il diritto internazionale oppure questioni giuridiche che interessano più di un paese*

Coerentemente con l’impostazione comunitaria il d.lgs n. 50/2016 (come modificato dal d.lgs n. 56/2017) prevede un diverso trattamento per i servizi di tutela legale (art. 17), esclusi dall’applicazione, ed i servizi legali (art. 74) che soggiacciono alla disciplina, seppure alleggerita, del codice;

Tuttavia questa chiara distinzione non sembra aver risolto i dubbi delle stazioni appaltanti che, anche sulla scia di certa giurisprudenza della magistratura contabile, frequentemente confondono le due tipologie applicando le norme del codice agli incarichi di difesa legale così palesando una radicata incertezza e disomogeneità nella gestione dei singoli affidamenti.

Questa difficoltà ha richiamato l’attenzione dell’Autorità Anticorruzione (ANAC) che ha sottoposto alla consultazione degli *stakeholders*, una bozza di linea guida nella quale, tuttavia, l’Autorità ha di fatto riproposto la distinzione già presente nel codice senza, allo stato, apportare reali elementi risolutivi; forse per questa ragione il Consiglio di Stato, rilasciando parere su tale documento (6.10.2017, n. 2109), ha chiarito che seppure l’intervento tramite lo strumento di soft law delle linee guida *“appare in linea generale condivisibile.”*, il codice dei contratti pubblici esclude l’applicazione delle proprie disposizioni proprio a tali tipi di contratti, *“anche in ragione di una rilevante – anche se non esclusiva – componente fiduciaria delle scelte, che pure deve essere tenuta in considerazione”* e, ancora, che andrebbe, peraltro, verificata la compatibilità di una regolazione *“particolarmente stringente e dettagliata”* con il divieto di *“gold plating”* di cui all’art. 1 della legge delega per l’attuazione delle direttive appalti del 2014 che si sostanzia nel *“divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi*

richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246” (l. n. 11/2016 art. 1).

Le questioni irrisolte ed i dubbi che permangono hanno determinato una situazione che attualmente induce le stazioni appaltanti nell'affidamento di incarichi di difesa legale a procedere con modalità selettive che spaziano da vere e proprie procedure di appalto, con la pubblicazione di bandi ed avvisi e successive selezioni su offerte tecniche ed economiche, a formulazioni di preventivi con affidamento dell'incarico al professionista che ha formulato l'offerta economica più bassa, così non soltanto eliminando il carattere primigenio della fiduciarità del rapporto ma anche introducendo una difficilmente reversibile tendenza a depauperare la prestazione, (fino a giungere alla assurda condizione di affidamenti gratuiti: Tar Lombardia, Milano, sent. 902/2017) anche in violazione dell'art. 95 comma 4 del medesimo codice dei contratti pubblici.

[7.2] I servizi di architettura e ingegneria

Probabilmente poiché l'affidamento delle prestazioni di architettura e ingegneria è stato oggetto, fin dalla direttiva 92/50/CEE, dell'attenzione del legislatore comunitario e nazionale, attualmente la disciplina prevista dalle direttive e dal codice dei contratti volta all'affidamento di servizi di architettura e ingegneria risulta più definita e chiara di quanto non sia per gli altri servizi di prestazione intellettuale.

L'art. 3 definisce i servizi di architettura e ingegneria e gli altri servizi tecnici come “servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE” e all'art. 157, c. 3, dispone poi che “è vietato l'affidamento di attività di progettazione, direzione lavori, di direzione dell'esecuzione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, collaudo, indagine e attività di supporto per mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente codice”.

Quanto ai soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento, l'art. 46, c. 1, lett. a) dispone che sono ammessi i prestatori di servizi “che svolgono per committenti pubblici e privati servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse”.; l'articolo fa riferimento “a professionisti singoli, associati, nonché alle società fra professionisti “costituite esclusivamente fra professionisti iscritti negli appositi albi...nelle forme delle società di persone o delle società cooperative”.

Da ultimo, il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2 dicembre 2016 n. 263, definisce i requisiti che devono possedere i professionisti per l'affidamento di questi servizi, individuando, inoltre, i criteri per garantire la presenza dei giovani sia in forma singola ed associata: un criterio che dovrà essere tenuto in considerazione dalle stazioni appaltanti per l'aggiudicazione dei contratti.

La linea guida ANAC n. 1/2016 dedicata ai servizi di ingegneria ed architettura fornisce indicazione circa le modalità di affidamento dei contratti, distinguendo tra incarichi: - inferiori a 40000 euro, che possono essere affidati in via diretta nel rispetto

dei principi generali del codice; - inferiori a 100000 euro, che possono essere affidati secondo la procedura negoziata senza bando prevista dall'articolo 36, comma 2, lett. b) oppure attingendo ad albi ed elenchi appositamente istituiti o, ancora, attraverso indagini di mercato; - incarichi di importo superiore a 100000 euro che possono essere affidati esclusivamente con procedura aperta o ristretta.

Infine, la normativa è chiara nell'indicare come metodo di valutazione l'offerta economicamente vantaggiosa che, non prendendo in considerazione il solo prezzo, consente di mettere in luce le qualità professionali dei concorrenti.

Un aspetto che merita autonoma trattazione e che in questo contesto si intende riprendere, almeno brevemente, concerne l'ammissibilità della costituzione di società di ingegneria.

Vietate dall'art. 2 della l. n. 1815/1939 (divieto di esercizio in forma anonima delle libere professioni), con alcune disposizioni settoriali sul finire degli anni settanta (art. 13 l. n. 183/1976; art. 1 l. n. 97/1979; art. 11 l. n. 17/1981) si introduceva la facoltà di costituire tali società, tuttavia soltanto con l'art. 17 della l. n. 109/1994 - ed, in modo più rilevante con le successive modifiche apportate dalla l. n. 415/1998 - cd. "Merloni Ter" a cui faceva seguito con la l. n. 266/1997 (legge Bersani), l'abolizione dell'art. 2 della l. n. 1815/1939 -, si dava luogo ad una legittimazione delle società di progettazione quali soggetti progettisti di lavori pubblici.

Restava aperta la più generale questione dell'ammissibilità di tali società anche nel settore privato infatti la Cassazione, negli stessi anni, limitava l'ammissibilità delle società di ingegneria ai casi in cui "*l'apporto intellettuale dell'ingegnere sia uno dei vari fattori del più complesso risultato promesso*" e ancora rilevava che l'inserimento delle società di ingegneria nella l. n. 109/94 consentiva soltanto di giudicare lecita la loro costituzione ma non ne definiva l'ambito di operatività oggettiva (Cass. 10872/99) così anche parte della dottrina che riteneva non estendibile al settore privato tale facoltà stante l'assenza di un regolamento previsto dall'art. 24 l. n. 266/1997 che fissasse i requisiti per l'esercizio dell'attività libero professionale in forma associata. Tale questione è stata definitivamente superata soltanto con l'art. 10 l. n. 183/2011 (legge di stabilità 2012) che ha abrogato, nuovamente, l'art. 2 della l. n. 1815/1939 disciplinando la costituzione delle società di capitale per l'esercizio delle attività professionali regolamentate e soltanto recentemente la Cassazione si esprime conclusivamente (Cass. II, 7310/2017; De Nictolis).

Il codice dei contratti pubblici prevede all'art. 46, c.1, lett. c) le società di ingegneria tra gli operatori economici cui possono essere affidati servizi di ingegneria ed architettura; la norma, che non differisce sostanzialmente da quanto prevista dall'art. 17 della l. n. 109/1994 e successivamente dall'art. 90, c.2, lett.b), del d.lgs n. 163/2006 trova oggi una propria puntuale definizione regolamentare nel d. m. 263/2016, entrato in vigore il 28.02.2017, che all'art. 3 definisce i requisiti che devono possedere le società di ingegneria.

[7.3] L'accesso alle informazioni sugli appalti

Il primo comma dell'art. 12 dispone inoltre che le pubbliche amministrazioni debbono “favorire l'accesso alle informazioni relative alle gare pubbliche, anche attraverso gli sportelli di cui all'articolo 10, comma 1”.

L'impegno del legislatore comunitario a garantire la massima trasparenza degli appalti pubblici non è, certo, un fatto recente, già alla fine degli anni novanta la Corte di Giustizia sosteneva che i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione comportavano un obbligo di trasparenza che consisteva nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura al mercato della concorrenza (CGCE C-324/98 Teleaustria); in particolare secondo la Corte l'obbligo di trasparenza implica che un'impresa situata sul territorio di un altro Stato membro possa avere accesso ad informazioni adeguate relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato in modo tale che, se lo desidera, sia in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere tale appalto (CGCE c-231/03 Coname). Successivamente, la comunicazione interpretativa della Commissione 2006/C179/02 del 1 agosto 2006 definiva il livello di pubblicità adeguato per gli appalti sotto le soglie comunitarie.

Come si è già detto, posto che l'obiettivo prioritario del legislatore comunitario risiede nella apertura del mercato e, di conseguenza, nella tutela della concorrenza, per raggiungere questo obiettivo è necessario che l'accesso alle informazioni sulle procedure di appalto bandite dalle pubbliche amministrazioni sia garantita e facilitata. In questo senso il codice dei contratti all'art. 29 dispone che *“tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni,devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”*”.

Una disposizione che assume un significato ancora più preciso se interpretata congiuntamente al secondo comma dell'articolo 30 che prevede che “le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economico”.

L'azione volta alla trasparenza del legislatore nazionale è inoltre rafforzata dalla contestuale applicazione delle disposizioni del d.lgs n. 33/2013 che disciplinano l'accesso civico e gli obblighi di pubblicità e di informazione delle amministrazioni pubbliche.

All'interno di questo contesto si inserisce anche la norma in commento che ulteriormente rafforza l'impegno delle pubbliche amministrazioni nel consentire il massimo accesso alle informazioni investendo i centri per l'impiego, art. 10, comma 3, l. n. 81/2010, di una attività di diffusione ulteriore e mirata degli appalti che per oggetto e natura possano vedere la partecipazione di lavoratori individuali.

[8] la partecipazione a bandi per l'impiego di fondi pubblici: art. 12 c. 2

Il comma in esame risolve una annosa questione che ha, di fatto, pregiudicato l'accesso dei lavoratori autonomi ai fondi comunitari messi a disposizione dalle autorità di gestione dei programmi operativi.

Dal momento che i fondi strutturali identificavano quali destinatari degli interventi consentiti dai fondi stessi le "imprese" a lungo le autorità di gestione dei programmi operativi sia nazionali che regionali si sono interrogate sulla possibilità di considerare i lavoratori autonomi, ed in particolare i liberi professionisti, quali soggetti esercenti attività di impresa equiparandoli, di conseguenza, alle stesse imprese.

Una equiparazione che, alla luce delle caratteristiche sostanzialmente differenti delle prestazioni d'opera intellettuale rispetto alla attività di impresa definite, in primo luogo, dal codice civile, era resa particolarmente complessa nel sistema italiano.

Tuttavia è opportuno rammentare che, anche in questo caso, come già si è detto per la nozione di "appalto di servizi", le definizioni fornite dal legislatore comunitario risultano più ampie ed inclusive di quelle del legislatore nazionale; infatti già la raccomandazione 2003/361/CE all'Allegato 1 art. 1 così definiva l'impresa "*Si considera impresa ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica.*", in questo modo equiparando espressamente i lavoratori autonomi alle imprese.

Tale definizione veniva poi richiamata espressamente nel regolamento UE 1303/2013 sulla regolamentazione dei fondi strutturali che al considerando 28 dispone che sono "PMI: le microimprese, le piccole imprese o le medie imprese quali definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione".

Questa sostanziale equiparazione era successivamente rafforzata dal documento "Piano d'azione imprenditorialità 2020 (COM(2012)795 *Bolstering the business of liberal professions*)" che tracciando le linee di azione per il rafforzamento delle libere professioni inseriva una apposita linea in materia di "accesso ai finanziamenti".

Sulla scorta di questa posizione comunitaria, il legislatore nazionale proponeva una prima soluzione attraverso l'art. 1, c. 821, l. 28 dicembre 2015 n. 208 (legge di stabilità 2016) il quale disponeva che "*I Piani operativi POR e PON del Fondo sociale europeo (FSE) e del Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), rientranti nella programmazione dei fondi strutturali europei 2014/2020, si intendono estesi anche ai liberi professionisti, in quanto equiparati alle piccole e medie imprese come esercenti attività economica, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, dal titolo I dell'allegato alla raccomandazione 2013/ 361/CE della Commissione, del 6 maggio 2013, e dall'articolo 2, punto 28), del regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, ed espressamente individuati, dalle Linee d'azione per le libere professioni del Piano d'azione imprenditorialità 2020, come destinatari a tutti gli effetti dei fondi europei stanziati fino al 2020, sia diretti che erogati tramite Stati e regioni.*".

Tuttavia, questa norma non risultava risolutiva per due distinte ragioni: in primo luogo perché delimitava l'accesso ad alcuni fondi - "FSE" (Fondo sociale europeo) e

“FESR” (Fondo europeo di sviluppo regionale) – riferendosi esclusivamente alla programmazione 2014 - 2020, così tralasciando altri fondi strutturali ed introducendo il vincolo temporale della sola programmazione in corso; ed, in secondo luogo, perché individuava esplicitamente le “libere professioni” introducendo una definizione non presente nella vigente normativa comunitaria e che sembrava limitare l’accesso alle sole professioni organizzate.

Su questo ultimo punto, l’Agenzia per la coesione territoriale, con propria nota del 10/10/2016 n. 8321, fornendo indicazioni alle autorità di gestione dei programmi operativi programmazione 2014 – 2020, precisava che subordinare la partecipazione al possesso di requisiti soggettivi specifici non risultava conforme ai principi generali della legislazione comunitaria.

La disposizione in esame, rimuovendo il limite temporale e superando il richiamo alle libere professioni (“*i soggetti di cui al presente capo sono equiparati alle piccole e medie imprese*”) riesce nell’intento di risolvere in modo definitivo l’annoso problema e traccia una linea di comportamento chiara per le autorità di gestione dei programmi operativi coerente con gli obiettivi di una crescita intelligente e coesiva posti dalla strategia europea 2020.

Di conseguenza, anche grazie alla norma in commento, si può affermare che il sistema attuale riconosce in maniera definitiva la possibilità dei lavoratori autonomi, siano essi liberi professionisti la cui attività è organizzata in ordini e albi o liberi professionisti non organizzati in associazioni riconosciute di avere accesso, in equiparazione alle imprese, ai fondi strutturali gestiti attraverso i programmi operativi

[9] la partecipazione dei lavoratori autonomi a reti, associazioni temporanee e consorzi ed i requisiti di partecipazione: art. 12 c. 3.

La norma in commento si muove anch’essa nella direzione di facilitare l’accesso dei lavoratori autonomi agli appalti pubblici e privati, e in questo senso prevede un confronto concorrenziale con le imprese, consentendo forme di integrazione che possano risultare più idonee ad affrontare la complessità di tali appalti.

La dottrina recente si è lungamente interrogata sulla peculiarità (e le distinzioni) delle tre forme di integrazione ed ha, in particolare, dibattuto sulla prossimità delle “reti”, di più recente istituzione, ai “consorzi” di cui all’art. 2602 e ss del codice civile; pur non essendo questa la sede per affrontare compiutamente la questione, si intende richiamare i tratti distintivi principali delle tre forme di integrazione.

Il Contratto di Rete è stato istituito con l’art. 5 del d.lgs n. 5/2009 poi convertito in l. n. 33/2009 (art. 3 c. 4 ter e c. 4 quater); questa prima disciplina è stata integralmente sostituita dall’art. 42 della l. n. 122/2010 e poi, ancora, ha subito modificazioni con la l. n. 134/2012, con il d.l. n. 179/2012 (e relativa legge di conversione n. 221/2012) ed infine con la l. n. 154/2016 la quale, attualmente in vigore, così dispone “*con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all’esercizio delle proprie*

imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4 quater ultima parte”.

Le numerose modifiche subite a seguito dell'istituzione della fattispecie contrattuale consentono di comprendere la difficoltà di inquadramento che ha subito questo tipo contrattuale in particolar modo per quanto concerneva la presenza, o meno, di una soggettività giuridica autonoma rispetto alle imprese che partecipavano alla sua costituzione; con le modificazioni introdotte dal legislatore nel 2012 si è chiarito che il contratto di rete, anche quando dotato di un fondo patrimoniale e di un organo comune, non è comunque dotato di soggettività giuridica tranne nel caso in cui la rete sia iscritta nel registro delle imprese.

Questa soluzione del legislatore non ha comunque risolto, ma, anzi, forse incrementato l'ambiguità dell'istituto che, potendo essere sia privo che dotato di soggettività giuridica non risolve la criticità derivanti della limitata responsabilità patrimoniale dei “retisti” per le obbligazioni assunte dalla rete.

Se l'istituto del contratto di rete è ancora fonte di dibattito in dottrina e giurisprudenza, più chiari sono gli elementi che caratterizzano i consorzi che hanno portato la dottrina a ritenere che il contratto di rete non sia riconducibile, anche se vicino, al contratto di consorzio con attività esterna. (Cafaggi)

Il contratto di consorzio, disciplinato dal codice civile agli art. 2602 e seguenti, è caratterizzato dalla presenza di più imprenditori che istituiscono una organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi/attività delle proprie imprese di fatto così rappresentando uno strumento di collaborazione generale tra imprese (Cass. 96/6774), collaborazione che può essere rivolta anche alla gestione di un solo specifico affare.

Il comma 3 dell'art. 12 in commento facendo riferimento a bandi e ad appalti privati si riferisce più puntualmente alla figura dei consorzi con attività esterna disciplinati dall'art. 2612 c.c.; in questo caso parte della dottrina e della giurisprudenza ha sostenuto che il consorzio assuma la caratteristica di imprenditore commerciale (Cass. 54/3586); in ogni caso, a mente dell'art. 2614 c.c., il consorzio con attività esterna può assumere sia obbligazioni per conto del proprio consorzio, per le quali risponde illimitatamente sia obbligazioni assunte per conto dei consorziati per le quali la responsabilità sarà solidale fra consorzio e singolo consorziato.

Nelle associazioni temporanee di imprese (disciplinate per la prima volta dalla l. n. 584/1977 – di recepimento della direttiva n. 305 del 1971) la caratteristica essenziale risiede nel conferimento da parte degli associati di un mandato collettivo con rappresentanza all'impresa capogruppo per la partecipazione alla gara, con possibilità

di costituzione formale dopo l'aggiudicazione; si tratta quindi di un mandato conferito per un obiettivo specifico e limitato alla durata di uno specifico appalto.

L'utilizzo di queste forme di aggregazione di professionisti e imprese sia negli appalti pubblici quanto in quelli privati pone dunque un elemento di necessaria cautela in merito alla attribuzione delle responsabilità circa le attività concretamente realizzate dai singoli operatori, siano essi "retisti"; "consorzati" o "associati temporaneamente"; per questa ragione il codice dei contratti pubblici ha inteso disciplinare la partecipazione delle forme aggregative alle procedure di selezione.

A mente dell'art. 45 del d.lgs n. 50/2016 – come già accennato- possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli "operatori economici"; nozione assai ampia nella quale rientrano, fra gli altri, anche le associazioni temporanee, i consorzi e, più recentemente, le reti (TAR Toscana 346/2016): seppure tutte queste forme di aggregazione si riferiscano espressamente alle imprese, l'opinione prevalente già riteneva che la medesima disciplina potesse applicarsi anche ai liberi professionisti. In questo senso il comma 3 dell'art. 12 ha sostanzialmente la finalità di offrire un elemento di chiarificazione su aspetti già contemplati dal codice dei contratti pubblici.

In questo senso si pone anche l'art. 46 del medesimo codice il quale esplicita le modalità di partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, norma che di fatto risulta essere una mera specificazione di quanto già previsto, in via generale, dall'art. 45 per tutti gli ambiti degli appalti pubblici.

Di maggiore interesse risulta dunque la lettura degli art. 47 e 48 del codice che disciplinano il possesso dei requisiti da parte di consorzi (47), dei raggruppamenti e dei consorzi ordinari di concorrenti (48) alle procedure di gara.

Il comma 2 dell'art. 47, così come modificato da D. Lgs n. 56/2017, prevede, infatti, che i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorzati possano utilizzare per la qualificazione i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria sia del consorzio che dei singoli consorzati rimuovendo il limite temporale dei primi cinque anni dalla sua costituzione previsto precedentemente dal d.lgs. n.163/2006.

L'art. 48 disciplina il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria da parte dei raggruppamenti e consorzi stabili; l'utilizzo dei raggruppamenti, esteso ai servizi già con il d.lgs n. 157/1995, prevede la costituzione di raggruppamenti "verticali" (in cui un operatore esegue la prestazione principale), "orizzontali" (in cui gli operatori eseguono tutti parti della stessa prestazione) e "misti" – Tar Piemonte 454/2010 – in cui la prestazione principali e le secondarie sono realizzate a loro volta tramite ulteriori "sotto-raggruppamenti orizzontali": in sede di presentazione dell'offerta i raggruppamenti dovranno indicare precisamente le parti del servizio (o dei servizi) che saranno eseguite dai singoli operatori.

In conclusione è opportuno comunque ricordare che in tema di requisiti di partecipazione per gli appalti di servizi di opera intellettuale il percorso per giungere alla attuale definizione del codice è stato caratterizzato da importanti pronunzie della giurisprudenza nazionale e comunitaria e, non da ultimo, dalla procedura di infrazione

aperta dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia in merito alle disposizioni del d.P.C.M. n. 116/1997 ("Decreto Karrer") che, non recependo correttamente la direttiva sugli appalti pubblici di servizi 92/50/CEE, poneva tra i criteri di aggiudicazione elementi che avrebbero dovuto essere considerati quali meri requisiti di accesso alla procedura e consentiva alla commissione giudicatrice di introdurre ulteriori elementi durante la fase di valutazione così violando la direttiva ed il principio di trasparenza a cui deve essere orientata ogni procedura di affidamento.

La disciplina pubblicistica ha compiuto in questi ultimi anni importanti passi avanti per conformarsi alla generale "apertura al mercato" della normativa comunitaria; in questo senso si ricorda la recente posizione della giurisprudenza amministrativa in merito alla partecipazione di giovani professionisti che, pur privi di requisiti a causa della giovane età, secondo il giudice amministrativo possono partecipare ai raggruppamenti di operatori purché non sia stata attribuita loro una specifica quota della prestazione da svolgere: una posizione avanzata che va nel senso auspicato dal legislatore comunitario (*ex multis*: Cons. Stat., Iv, 2988/2015).

[10] Conclusioni: il futuro e le criticità irrisolte

Con l'art. 12 della legge n. 81/2017, il legislatore ha fatto un indubbio passo avanti nella individuazione dei lavoratori autonomi, ed in particolare, dei prestatori d'opera intellettuale quali soggetti che possono partecipare alle procedure di affidamento di appalti e usufruire di fondi strutturali; tuttavia permangono alcune criticità che dovranno trovare idonee soluzioni, almeno in via interpretativa, così da eliminare le attuali incertezze che impediscono una generale partecipazione dei professionisti agli appalti e finanziamenti pubblici.

Il punto di partenza del legislatore italiano, che risiede nella ferma distinzione dei due negozi giuridici (contratto di prestazione d'opera intellettuale e contratto di appalto) non può trovare risposta nella disciplina comunitaria che in forza del superiore principio della libertà di forma giuridica, si fa forte di un approccio sostanziale che supera le categorie e individua l'esercizio di una attività economica come elemento centrale.

Il codice dei contratti pubblici nel recepire le direttive comunitarie del 2014 positivizza il superamento della disciplina interna ed introduce, almeno a livello definitorio, il concetto comunitario dell'"operatore economico"; tuttavia nel dispiegarsi delle norme non sempre sembra rammentarsene e, così, ad esempio, all'art. 45 sembra dimenticare i liberi professionisti nella indicazione, si suppone di conseguenza non tassativa, dei soggetti che possono qualificarsi quali operatori economici.

Un altro aspetto che richiederà ulteriori approfondimenti concerne le modalità di selezione per le prestazioni professionali, ad oggi lasciato all'estemporaneità delle singole stazioni appaltanti che, a volte anche sulla scorta degli orientamenti di una parte della magistratura contabile tendono ad enfatizzare i principi comunitari fino al punto di selezionare il professionista incaricato della difesa legale sulla base del mero

ribasso del prezzo, di fatto così equiparando una prestazione intellettuale con uno spiccato elemento fiduciario ad una mera prestazione se non anche ad una fornitura di beni.

Mentre si accresce la produzione normativa e regolamentare in materia di servizi di ingegneria volta alla tutela degli stessi liberi professionisti, si deve rilevare l'assenza di puntuali disposizioni normative e di consolidati orientamenti sulla individuazione di corrette metodologie selettive per il caso dell'affidamento dei servizi legali (nei quali spesso si comprende, erroneamente, anche l'affidamento di incarichi per la difesa in giudizio) e per quello delle altre professioni intellettuali, in particolare quelle non organizzate in albi e ordini, le quali si muovono in un territorio assai fumoso in balia della autonoma e a volte, scellerata, interpretazione delle singole stazioni appaltanti

Certamente le disposizioni contenute nell'art.12. costituiscono un consistente progresso, ma la loro incompletezza ed il loro mancato coordinamento con il quadro normativo relativo all'intera materia degli appalti e degli incarichi di collaborazione, allo stato attuale ed in attesa di un'eventuale migliore definizione normativa non possono che essere superate, anche con l'apporto di linee-guida dell'ANAC, da una giurisprudenza che offra un inquadramento sistematico dei nuovi istituti, rendendo compatibili le disposizioni stesse con i principi comunitari e con le norme relative alle diverse forme di prestazioni autonome di natura anche intellettuale.

GUIDA ALLA GIURISPRUDENZA

Cass. s.u. 05/15781 "Ritengono le Sezioni Unite, al fine di risolvere la questione di diritto e definire il contrasto, che debba privilegiarsi l'interpretazione secondo la quale sono inapplicabili alla prestazione d'opera intellettuale, in particolare a quelle del progettista, anche nell'ipotesi in cui cumuli le funzioni di direttore dei lavori, le disposizioni dell'art. 2226 c.c. in tema di difformità e vizi dell'opera, in base alle seguenti considerazioni. Innanzitutto è opinione della Corte che la distinzione, finora seguita dalla giurisprudenza, fra obbligazioni di mezzi e di risultato non possa continuare ancora a costituire il criterio risolutivo della problematica relativa all'applicabilità dell'art. 2226 c.c. alle obbligazioni d'indole intellettuale, alla luce dei principi in tema di responsabilità contrattuale del professionista intellettuale, della disamina dei casi più salienti portati all'attenzione del giudice di legittimità, della posizione della dottrina e della legislazione comperata, tenuto conto anche, in riferimento alle prestazioni professionali d'indole conforme a quelle oggetto di controversia, le frequenti possibilità di commistione delle diverse obbligazioni (in capo al medesimo o a diversi soggetti) in vista del medesimo scopo finale, rispetto al quale diversità di disciplina normativa e conseguenti responsabilità, relativi limiti e oneri probatori potrebbero apparire ingiustificati e forieri di confusione."

Corte conti, sez. contr. Lombardia 162/2016 “Appare anche opportuno precisare che alcuni rapporti negoziali, qualificabili, per il diritto civile, come contratti d’opera o di opera intellettuale, sono stati attratti, in punto di procedure per l’affidamento, alla disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50), che, in esecuzione a specifiche direttive comunitarie, nel delineare l’ambito oggettivo di applicazione, contiene una definizione di “*contratto di appalto di servizi*” (cfr. art. 3, comma 1, lett. dd), ii) ed ss) del d.lgs. n. 50 del 2016 e, in precedenza, art. 3, commi 3, 6 e 10 del d.lgs. n. 163 del 2006) molto più ampia di quella del codice civile, attraendo anche negozi qualificabili come contratti d’opera o di opera intellettuale”

Cassazione, 7310/2017, “Dalla seconda metà degli anni '70, con interventi di carattere settoriale (art. 13 della legge n. 183 del 1976; art. 1 della legge n. 92 del 1979; art. 11 della legge n. 17 del 1981), il legislatore ha introdotto disposizioni che consentivano la costituzione di società di ingegneria - nelle due forme cosiddette del commercio e del consulting engineering - così parzialmente abrogando il divieto risalente all'art. 2 della legge n. 1815 del 1939 di esercizio in forma anonima dell'attività ingegneristica. In proposito la giurisprudenza di questa Corte, chiamata a giudicare su incarichi affidati in periodo antecedente al 1994, ha circoscritto la validità degli stessi all'ipotesi in cui «l'apporto intellettuale dell'ingegnere sia uno dei vari fattori del più complesso risultato promesso, ma non per quella in cui l'attività oggetto del contratto tra committente e società consista, secondo l'accertamento del giudice di merito, in un'opera di progettazione di ingegneria civile interamente rientrante nell'attività professionale tipica dell'ingegnere e dell'architetto e non in un'attività preparatoria e accessoria rispetto all'indicata progettazione; conseguentemente è nullo il contratto che affida ad una società l'esecuzione di incarichi rientranti in pieno nell'ordinaria attività del libero professionista”

Consiglio di Stato, IV, 2988/2015, “Questa Sezione ha recentemente affermato (2048/2015) che il “giovane professionista” non è tenuto a rendere le dichiarazioni di cui all’articolo 38 del d.lgs. n. 163 del 2006. Invero, anche sotto il vigore dell’articolo 253 del Regolamento, l’obbligo della sua individuazione ha funzione promozionale ed è funzionale all’inserimento nel mercato del lavoro dei giovani abilitati alla professione da meno di cinque anni, trattandosi di possibilità a questi concessa a loro (quasi) esclusivo vantaggio, non ricevendo la stazione appaltante alcun diretto beneficio dalla presenza o meno di tale figura nel Raggruppamento. La previsione del suo inserimento in qualità di “progettista” comporta senza dubbio una maggiore responsabilizzazione, tendendo ad evitare che la sola “indicazione” si tramuti in mero adempimento formale. Essa, però, non lo pone sullo stesso piano degli altri componenti del raggruppamento, ai fini della sussistenza dell’obbligo di rendere le dichiarazioni di cui al citato articolo 38.”

GUIDA ALL'APPROFONDIMENTO

Albanese G., Bezzi D., Fabiano N., Ferro A., Mele G., *Gli appalti di servizi*, 2000, Giuffrè;
Villata R., Bertolissi M., Domenichelli V., Sala G., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, 2014, Cedam;
Buscema S., A. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, Trattato di diritto amministrativo, VII volume, 2008, Cedam;
Carroccia F. "Il contratto d'opera intellettuale tra professione e impresa" in Marinelli – Carroccia, *Contratto d'opera e contratto d'opera intellettuale*, Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato (Perlinger), 2013, E.S.I.;
Calice E., *La responsabilità civile dell'appaltatore e del costruttore*, 2008, UTET;
Camilli E.L., *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giornale di dir. Amm.* 12/2010, 1239 ss;
Caracciolo La Grotteria, E., *Profili sul recesso negli appalti di servizi e forniture*, in *Il Diritto dell'economia*, 2016, 1, 187-220;
Carullo A., G.A. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, II edizione, 2012, Cedam;
Cerbo, P., *L'affidamento dei "Servizi Legali" fra giurisprudenza nazionale e nuova direttiva appalti* (T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 28 maggio 2015, n. 1197), in *Urbanistica e Appalti*, 12, 2015, 1331-1342;
Cordinanzi M., *Profili critici dell'impatto del diritto comunitario sul regime delle professioni in Italia*, in *Il processo di integrazione europea: un bilancio*, a cura di A. Tizzano, 2008, Giappichelli;
Cuffaro V., *I contratti di appalto privato*, 2011, UTET;
De Tilla M., *L'appalto privato*, II edizione, 2008, Giuffrè;
De Nictolis R., *I nuovi appalti pubblici*, 2017, Zanichelli;
Del Castillo I., C. Galtieri, U. Realfonzo *Appalti di Servizi*, 1997, *Il Sole 24ore*;
Della Cananea G., *L'ordinamento delle professioni*, In *Trattato Di Diritto Amministrativo*, a cura di Cassese S., 2003, Giuffrè;
Franchini C., *I contratti di appalto pubblico*, Utet;
Franchini C, Sciaudone F, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, 2015, Editoriale Scientifica;
Garella F., M. Mariani, *Il codice dei contratti pubblici – Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50*, 2016, Giappichelli;
Gazzoni F., *Manuale di diritto privato XVIII edizione*, 2017, E.S.I.;
Cafaggi F., P. Iamiceli, G.D. Mosco, *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, 2012, Giuffrè;
Ianniello, Saliceti A., *Le Professioni Non Regolamentate*, In *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, VI, 2006, Giappichelli;
Ibba C., Latella D., Piras P., De Angelis P., Macrì C., *Le Professioni Intellettuali*, 1987, Utet;
Lega C., *Le Libere Professioni Intellettuali Nelle Leggi E Nella Giurisprudenza*, 1974, Giuffré Editore;

Iliberti, B., Appalti di servizi esclusi nel nuovo codice dei contratti pubblici. spunti di riflessione in materia di servizi finanziari relativi all'emissione, acquisto, vendita e trasferimento di titoli o altri strumenti finanziari, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2017, N. 1, 107 – 130;

Mastragostino F, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, 2017, Giappichelli;

Melusi F., *Il Diritto Pubblico delle Libere Professioni. Ordini, Albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente o «quasi vigente»*, In *Rass. Forense*, 2005, 1101- 1123;

Musolino, *Contratto d'opera professionale*, 2009, Giuffrè;

Musolino G., *Appalto e contratto d'opera. La responsabilità*, 2008, Zanichelli;

Musolino, G., *La progettazione nell'appalto pubblico e nell'appalto privato*, *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2013, 2, 245 – 309;

Nobile A., *Gli appalti pubblici di servizi. La disciplina comunitaria degli appalti pubblici di servizi trasposta nell'ordinamento giuridico italiano*, 1997, Istituto Poligrafico dello Stato;

Nogler L., *Le Attività Autonome*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, VI, 2006, Giappichelli;

Perfetti L., *Codice dei contratti pubblici Commentato*, 2017, Ipsoa;

Perulli A., *Il Lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, 1996, Giuffrè;

Porcelli G., *Il lavoratore autonomo e le professioni non protette*, In *Trattato di Diritto Privato Europeo a cura Di N. Lipari*, II Ed., I, 2003, Cedam;

Santoro - Passarelli F. *Voce Professioni Intellettuali In Novissimo Digesto Italiano*; Vol. XVI, 1980, Utet;

Tacchi, *Voce Professioni. I) Professioni, Arti E Mestieri (Dir. Amm.)*, In *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, 1991;