

**Il lavoro gratifica, quindi è gratuito.  
Non convince la recente sentenza con cui il Consiglio di Stato ha ritenuto  
legittimo il compenso di un euro per la prestazione professionale resa  
nell'interesse della pubblica amministrazione  
(nota a Consiglio di Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614)**

di Pasquale Staropoli

16 febbraio 2018

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. La vicenda – 3. Le motivazioni della sentenza – 4. La confusione tra i motivi e la causa giuridica del contratto – 5. Conclusioni.

## **1. Premesse**

Ha avuto una vasta eco la sentenza 3 ottobre 2017, n. 4614, con la quale il Consiglio di Stato ha dichiarato legittimo un bando pubblico che, per l'affidamento dell'incarico di redazione di un piano strutturale comunale e del relativo regolamento urbanistico, ha previsto per il professionista che si aggiudichi la gara un corrispettivo pari ad un euro, salvo il rimborso delle spese, se documentate e preventivamente autorizzate. Ciò, nonostante il Codice degli appalti riconosca inequivocabilmente la natura onerosa del contratto di appalto pubblico.

La pronuncia si prodiga in un tentativo di individuare il carattere della onerosità della prestazione lavorativa resa in tale architettura negoziale, giungendo a considerare legittima la pretesa della gratuità della prestazione professionale da parte della pubblica amministrazione, ritenendo tale circostanza compatibile con il divieto del codice degli appalti e con i principi comunitari in materia di concorrenza.

In realtà la pronuncia di Palazzo Spada presta il fianco a numerose critiche consentono legittimamente di dubitare che possa costituire il prologo di un orientamento giurisprudenziale che possa essere condiviso e consolidarsi.

## **2. La vicenda**

Un Comune bandisce un appalto avente ad oggetto la elaborazione, stesura e redazione integrale del proprio piano strutturale, prevedendo un compenso di un euro, oltre al rimborso delle spese documentate e preautorizzate.

Ricorrono avverso tale provvedimento numerosi ordini e collegi professionali, ritenendo che ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016 non sia configurabile un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito. Tale istanza trova l'accoglimento del Tribunale Amministrativo Regionale, avverso la cui sentenza ricorre l'amministrazione comunale che quel bando aveva emesso.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 3 ottobre 2017 n. 4614, capovolgendo la statuizione del TAR, dichiara legittimo il bando in discorso, sulla base di una asserita accezione “*debole*” della natura onerosa del contratto di prestazione d’opera. Secondo la sentenza in esame, la definizione recata dall’art. 3, co. 1, lett. ii del D.Lgs. n. 50/2016 dell’appalto pubblico come contratto a titolo oneroso, “*può assumere per il contratto pubblico un significato attenuato o in parte diverso rispetto all’accezione tradizionale e propria del mondo interprivato*”.

Ciò che appare immediatamente *debole*, in realtà, è proprio la fondatezza di tale affermazione, la cui fragilità risulta immediatamente, proprio al vaglio delle stesse motivazioni con le quali la quinta sezione del Consiglio di Stato vorrebbe sorreggerla: la puntuale necessità della natura onerosa dell’appalto pubblico può essere, secondo quei giudici amministrativi “*ragionevolmente assicurata da altri vantaggi, economicamente apprezzabili anche se non direttamente finanziari, potenzialmente derivanti dal contratto*”.

*Ergo*, il compenso del professionista, obbligatorio e necessario per una legge dello Stato (il D.Lgs.n. 50/2016), può essere legittimamente surrogato, ed il divieto di gratuità fissato dal codice degli appalti aggirato, grazie ad indefiniti “*altri vantaggi, economicamente apprezzabili*”, che tuttavia non solo non hanno alcuna ricaduta finanziaria tangibile su chi presta la propria attività e spende la propria professionalità per la pubblica amministrazione, ma neppure sono certi perché, come affermato dalla sentenza n. 4614/17 sono soltanto “*potenzialmente*” derivanti dal contratto.

### 3. Le motivazioni della sentenza

Come premesso, le contraddizioni della sentenza sono numerose ed immediatamente evidenti, innanzi tutto per i tentativi di interpretazioni analogiche niente affatto convincenti. A sostegno della ammissibilità della prestazione gratuita infatti, i giudici fanno riferimento al mondo del c.d. “Terzo settore” ed ai contratti di sponsorizzazione, esempi di come – è il discutibile assunto di questo Consiglio di Stato – una controprestazione, pur non immediatamente remunerativa per chi presta il servizio o l’opera richiesti, può rivestire connotati di onerosità tali da poter configurare il canone previsto dal Codice degli appalti.

Ma ad apparire *deboli* sono proprio questi tentativi, più che l’insinuazione di un innovativo concetto di onerosità.

La gratuità della prestazione professionale disciplinata dal bando dovrebbe essere legittima perché, stando a quanto affermato dalla sentenza n. 4614/17, “*quanto alla ragione economica del contraente, la giurisprudenza da tempo ammette l’abilitazione a partecipare alle gare pubbliche in capo a figure del c.d. terzo settore, per loro natura prive di finalità lucrative*”. Appunto. La specialità della natura giuridica di quei soggetti ha consentito il riconoscimento eccezionale da parte della giurisprudenza, proprio perché quei soggetti, per riprodurre ancora una volta le identiche parole della sentenza in esame, perseguono scopi non di stretto utile economico, bensì sociali o mutualistici. Finalità eccezionali, insuscettibili perciò dell’impropria operazione di estensione analogica nella quale si prodiga la sentenza.

Il professionista può avere nobili attitudini filantropiche spontanee, ma quando opera nell’esercizio delle sue competenze ha il diritto, nello specifico finanche

conclamato dal Codice degli appalti, di pretendere una dignitosa remunerazione dell'opera prestata.

Né appare godere di miglior pregio l'altro termine di paragone con i contratti di sponsorizzazione. Qui la contraddittorietà della sentenza è duplice. Innanzi tutto, come ammesso dal Consiglio di Stato, la pratica dei contratti di sponsorizzazione gode di una disciplina e di una "*particolare applicazione*" nel settore dei beni culturali. È pur vero, come riportato dalla sentenza, che "*la sponsorizzazione non è un contratto a titolo gratuito, in quanto alla prestazione dello sponsor in termini di dazione di denaro corrisponde l'acquisizione del diritto all'uso promozionale dell'immagine della cosa di titolarità pubblica*", ma in quel caso, quello scambio economico, rappresenta effettivamente lo scopo dell'assetto negoziale. La sponsorizzazione "è" il contratto; lo scambio del denaro verso l'utilizzazione dell'immagine, costituisce la causa giuridica del contratto di sponsorizzazione, la ragione oggettiva che l'ordinamento ritiene apprezzabile e degna di tutela.

#### **4. La confusione tra i motivi e la causa giuridica del contratto**

Nel caso deciso così inopinatamente dal Consiglio di Stato invece, la fattispecie è ontologicamente diversa: il contratto ha come causa giuridica una prestazione di opera professionale, e come tale presuppone l'onerosità della stessa, finanche obbligatoria, giusto il Codice degli appalti.

Lo scopo oggettivo concreto ed immediato voluto dalle parti, la *causa* del negozio giuridico, in questo caso è rappresentato dallo scambio prestazione lavorativa – compenso.

La valorizzazione, aberrante, operata dalla sentenza n. 4614/17 circa "*l'utilità costituita dal (peraltro solo) potenziale ritorno di immagine per il professionista che può essere insita anche nell'appalto di servizi*", costituisce, caso unico anziché raro, un singolare tentativo di valorizzare piuttosto i motivi della sottoscrizione di un contratto. Elemento che – è pacifico – può essere determinante per la decisione di contrarre per la parte, ma rimane nella sua sfera intima ed è giuridicamente irrilevante. Tanto più quando si appalesa come elemento del tutto accidentale, nello specifico peraltro fortemente aleatorio e perciò suscettibile di incorrere nella nullità per indeterminatezza.

Né soddisfano, infine, le ragioni poste a fondamento della (presunta) aderenza dell'affermato principio di gratuità della prestazione professionale alla normativa europea, che dovrebbero rinvenirsi, sempre secondo gli estensori della sentenza in commento, nella previsione della direttiva 93/37/CEE, la cui previsione "*gli appalti pubblici di lavori sono contratti a titolo oneroso*" andrebbe interpretata in modo da assicurare l'effetto utile della direttiva medesima: "*infatti (sempre secondo la sentenza n. 4614/17 CdS) per attribuire a un contratto pubblico il carattere oneroso non è necessario un esborso pecuniario, perché ad analogo rilievo funzionale assolve la realizzazione a scomputo di opere di urbanizzazione secondaria*". Anche questo ragionamento è fuorviante.

Nel caso della realizzazione a scomputo delle opere di urbanizzazione infatti, si realizza comunque un scambio di utilità contrattualmente predeterminato ed economicamente apprezzabile con adeguata certezza. È evidente la differenza,

ontologica, dal ritorno di immagine (?) peraltro soltanto “*potenziale*” che un professionista “*potrebbe*” avere nel prestare la propria attività gratuitamente.

E ancora. Se potesse essere plausibile l’asserita gratuità della prestazione professionale resa nell’ambito di un appalto pubblico, per le ragioni addotte con la sentenza, perché lo sforzo di individuarne comunque una onerosità, con gli incerti confini evidenziati? Se fosse davvero possibile prevedere una utilità economica diversa per il professionista, rappresentata dall’*onore* di lavorare per la pubblica amministrazione, perché la machiavellica previsione del bando di individuare, comunque, un compenso, sebbene nella misura irrisoria di un euro? È evidente che le ragioni sono da individuare nella preoccupazione che la gratuità del bando sia invero *contra legem*, perché altrimenti, nulla avrebbe impedito di dichiararla espressamente.

## 5. Conclusioni

Le argomentazioni spiegate dalla sentenza n. 4614/17 della V<sup>a</sup> Sezione del Consiglio di Stato appaiono dunque cedevoli rispetto alla chiarezza del dettato normativo, che in modo inequivoco, qualifica gli appalti pubblici come contratti necessariamente a titolo oneroso (art. 3, co. 1, lett. *ii*), d.lgs. n. 50/2016).

Peraltro la posizione espressa dal Consiglio di Stato appare in controtendenza rispetto alle più recenti norme introdotte a tutela del lavoro autonomo, che si pongono a baluardo proprio degli abusi contrattuali nei confronti dei professionisti, anche da parte delle pubbliche amministrazioni, in ragione delle loro posizioni di forza contrattuale (art. 2 l.n. 81/2017), provvedendo a proteggerli proprio da situazioni di abuso del predominio economico contrattuale (art. 3 l.n. 81/2017). *E rispetto al dibattito in corso in materia di equo compenso dei professionisti*; la presunzione che possa essere legittimo un bando di una pubblica amministrazione che pretenda di godere gratuitamente delle prestazioni professionali dei privati, nonostante il principio di onerosità previsto dal d.lgs. n. 50/2016 vulnera il dovere della Repubblica di tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35, Cost., che Romagnoli ricordava essere stato “oscurato come una tv pirata!”) ed appare distonica rispetto ai chiari orientamenti della giurisprudenza di legittimità, che nell’applicare il principio civilistico del decoro professionale (art. 2233 cc) ha ritenuto in esso ricompreso il diritto ad un compenso adeguato (così Cass. civ., 30.11.2016, n. 24492; 22.12.2015, n. 25804). La mutata realtà sociale, ma soprattutto una più corretta esegesi del principio lavorista e della nozione costituzionale di lavoro (Di Gaspare, Luciani) consentono ormai di lasciarsi alle spalle forzature ideologiche che possano escludere dal diritto ad un compenso proporzionato alla quantità ed alla qualità delle proprie prestazioni i lavoratori autonomi ed i professionisti in particolare, confinando l’art. 36 Cost nel recinto (peraltro sempre più ristretto e residuale) del lavoro subordinato.