

**21 giugno
2016**

Come interpretare il Codice
degli appalti – D.Lgs 50/2016
sulla partecipazione dei
freelance?

*Stefano Carboni,
con la collaborazione di
Salvatore Tarantino*

www.actainrete.org

Come interpretare il Codice degli appalti – D.Lgs 50/2016?

1. D.LGS 50/20165

Art. 3

(Definizioni)

1. Ai fini del presente codice si intende per:

[...]

p) «operatore economico», una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi

Art. 45

(Operatori economici)

1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p) nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice.

2. Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti:

a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative

[...]

Art. 83

(Criteri di selezione e soccorso istruttorio)

1. I criteri di selezione riguardano esclusivamente:

a) i requisiti di idoneità professionale

b) la capacità economica e finanziaria

c) le capacità tecniche e professionali

2. I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. Per i lavori, con linee guida dell'ANAC adottate entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14.

3. Ai fini della sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, lettera a), i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali. Al cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, è richiesta la prova dell'iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XVI, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito ovvero mediante attestazione, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui è residenti. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio Paese d'origine i servizi in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione.

2. DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE

[...]

Articolo 58 - Criteri di selezione

1. I criteri di selezione possono riguardare:

- a) abilitazione all'esercizio dell'attività professionale;
- b) capacità economica e finanziaria;
- c) capacità tecniche e professionali.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici, come requisiti di partecipazione, unicamente i criteri di cui ai paragrafi 2, 3 e 4. Le amministrazioni aggiudicatrici limitano i requisiti a quelli adeguati per assicurare che un candidato o un offerente abbia la capacità giuridica e finanziaria e le competenze tecniche e professionali necessarie per eseguire l'appalto da aggiudicare. Tutti i requisiti sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

2. Per quanto riguarda l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici siano iscritti in un registro professionale o commerciale, tenuto nel loro Stato membro di stabilimento, come descritto nell'allegato XI, o soddisfino qualsiasi altro requisito previsto in tale allegato.

3. ALCUNE QUESTIONI E UNA SINTESI

- Un libero professionista è un operatore economico? Nel momento in cui offre beni e servizi su un dato mercato (vedi definizione), la risposta non può che essere affermativa. Ciò è coerente con le posizioni espresse a più riprese dalla Corte di Giustizia Europea e sistematicamente utilizzate dalla Commissione Europea.
- Un libero professionista non iscritto alla CCIAA o Albo professionale è un operatore economico? E' del tutto irrilevante, sul piano del diritto comunitario, l'iscrizione o meno ad un registro (così come lo è, irrilevante, la natura giuridica o orientata al profitto dell'impresa) al fine di stabilire se un soggetto sia o meno un operatore economico: lo è in quanto opera offrendo beni e servizi su un dato mercato.
- Il precedente codice degli appalti (D.Lgs 163/2006) all'Art. 39 Requisiti di idoneità professionale comma 1 indicava come "I concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, **possono essere invitati a provare la loro iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali**". Il nuovo codice all'art. 83 indica che "Ai fini della sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, lettera a), i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, **devono** essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali". Il nuovo codice degli appalti discrimina i professionisti autonomi? L'utilizzo della formula "devono" oltre a discriminare il lavoratore autonomo è in contrasto con l'Art. 58 della

direttiva comunitaria ed in evidente contrasto con lo spirito e la ratio della norma comunitaria che tende ad ampliare e non a restringere l'accesso agli appalti pubblici alle MPMI.

- È sempre obbligatorio richiedere la sussistenza dei requisiti di cui al comma 1a dell'articolo 83 oppure è facoltativo come nel vecchio codice? Alla luce di quanto al nuovo codice, la formula "devono", impone alle stazioni appaltanti la richiesta dell'iscrizione alla CCIAA, con ciò facendo venir meno il criterio di proporzionalità esplicitamente espresso dalla direttiva comunitaria.
- IL d.lgs 50/2016 è in contrasto con la Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014? Affermativo.

In sintesi, in una sola domanda: **un professionista freelance titolare di partita iva, con competenze specifiche sull'oggetto dell'appalto, per il quale non è prevista alcuna iscrizione né al Registro della Camera di Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato né ad alcun Albo Professionale, è un operatore economico ammesso a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici ai sensi del D.Lgs 50/2016? Allo stato sembrerebbe potersi affermare che, pur essendo il soggetto assolutamente assimilabile al concetto di operatore economico, la lettera dell'Art. 83 del Nuovo Codice tenderebbe comunque ad escludere la sua partecipazione alle gare.**

Convinceteci del contrario!

- Cosa si può fare?
- Chi sono i soggetti di riferimento per risolvere la questione?
- Si tratta di un aspetto che verrà regolato attraverso le linee guida predisposte dall'ANAC? Allo stato, l'unica soluzione potrebbe essere offerta da una definizione di una interpretazione autentica di ANAC in sede di predisposizione delle Linee Guida per l'attuazione del Codice. Tale posizione dovrebbe ripristinare il criterio di proporzionalità. Altra soluzione, la migliore, non potrebbe che essere una modifica da introdurre all'Art. 83 del Nuovo Codice.
- Se sì: chi, quando, dove e come deve intervenire con ANAC?
- E nel frattempo: come agire nei confronti delle stazioni appaltanti che escludono i professionisti autonomi ai sensi dell'art. 83 del nuovo codice appalti? Oltre ad interpellare di volta in volta ANAC, una soluzione potrebbe essere una segnalazione da parte dell'Associazione agli Uffici della Commissione Europea competenti in materia di Concorrenza.
- E infine: come evitare che in attesa di poter apportare le giuste modifiche i professionisti freelance siano danneggiati?

