

Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 12/6/2012 n. AG 6/2012

Oggetto: *richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici – Consiglio Nazionale degli Ingegneri – Necessità di iscrizione all'albo professionale dei professionisti dipendenti delle società in house.*

In esito a quanto richiesto dal Consiglio Nazionale degli Ingegneri presso il Ministero della Giustizia (di seguito l'Istante) con nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 128015 in data 28 dicembre 2011, concernente la valutazione della necessità di iscrizione all'albo professionale dei professionisti dipendenti di società in house, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 6 giugno 2012 ha approvato le seguenti considerazioni.

In particolare, l'istante ha rappresentato che in un caso concreto, in cui asseritamente non sussistono dubbi sulla qualificazione della società come società in house di un ente locale, si è posto il problema dello status giuridico dei dipendenti di quest'ultima, con riferimento all'applicabilità a questi della disposizione inerente la deroga all'obbligo di iscrizione all'albo prevista per i progettisti interni alle dipendenze dell'ente locale, ex art. 90, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006.

A tal riguardo, segnala il richiedente che, con il D.P.R. 5 giugno 2001, n. 328, l'uso del titolo professionale è riservato agli iscritti all'albo e che, con riguardo all'assetto societario della società in house, tra le attribuzioni del socio unico rientrano l'approvazione dell'organigramma aziendale, l'assunzione dei quadri e dei dirigenti e la nomina di un direttore generale; peraltro, sottolinea l'istante che l'assunzione del personale della medesima società avviene secondo categorie professionali tipiche del diritto giuslavoristico e che agli ingegneri dipendenti della stessa viene applicato il Contratto collettivo nazionale di un'associazione di categoria privatistica (CCNL Federcasa).

In coerenza con tali osservazioni, viene sollevato, dunque, il dubbio interpretativo sullo status giuridico dei dipendenti delle società in house: in tal senso – secondo una prima teoria – questi potrebbero considerarsi a tutti gli effetti come funzionari dell'ente locale, in virtù della delegazione interorganica che intercorre tra comune e società, benché nei limiti delle funzioni delegate, pur non essendo qualificabili come dipendenti comunali, con conseguente, pacifica, applicabilità dell'art. 90, comma 4, del Codice; di contro, secondo una diversa teoria, che afferma la caratteristica derogatoria della citata norma dell'art. 90 del Codice rispetto al principio generale della obbligatoria iscrizione all'albo per esercitare attività professionale – tale disposizione non può essere applicata analogicamente ai soggetti diversi da quelli che possono qualificarsi come pubblici dipendenti.

Alla luce delle suddette considerazioni, onde pervenire ad un chiarimento intorno all'obbligo di iscrizione all'albo dei dipendenti di società in house, che svolgano attività di progettisti per conto della stessa, l'istante domanda di conoscere l'avviso dell'Autorità.

Ritenuta la questione rilevante dal punto di vista giuridico e sociale, acquisito il parere favorevole del Presidente, è stato avviato il procedimento ex art. 4 del Regolamento sulla istruttoria dei quesiti giuridici, dandone contestuale notizia all'istante con nota prot. n. 22026 in data 6 marzo 2012.

Occorre, in linea generale, premettere che il Codice dei contratti pubblici nell'individuare i soggetti deputati ad espletare le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico amministrativo, distingue tra progettazione interna ed esterna (art. 90, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006).

La disciplina prevede, infatti, che tali prestazioni possono essere espletate da soggetti interni all'amministrazione competente a realizzare l'opera (lett. a, b, c) ovvero da altri soggetti legittimati

all'elaborazione tecnica dei progetti, unitamente allo svolgimento delle connesse attività tecnico amministrative (lett. d, e, f, f-bis, g e h). I titolari della progettazione c.d. interna sono gli uffici tecnici delle stazioni appaltanti (lett. a); gli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire ai sensi della l. 267/2000 (lett. b); nonché, gli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge (lett. c).

Legittimati alla progettazione esterna sono, invece, i liberi professionisti, singoli o associati (lett. d); le società di professionisti (lett. e); le società di ingegneria (lett. f); i prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'Allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi (lett. f-bis); i raggruppamenti temporanei costituiti dai predetti soggetti e da quelli di cui alla successiva lett. h (lett. g); i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore per un periodo di tempo di almeno cinque anni (lett. h).

L'affidamento esterno della progettazione è subordinato al ricorrere di talune condizioni, tassativamente previste al comma 6 del medesimo art. 90 del Codice, ove si dispone che le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, ai soggetti di cui alle lett. d), e), f), f-bis), g) e h), in caso di carenza in organico di personale tecnico, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze. Inoltre, il successivo comma 7, con specifico riferimento al predetto affidamento esterno della progettazione, precisa che lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali.

Con riguardo ai progetti redatti dai soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lett. a), b) e c), ossia i soggetti interni all'amministrazione, è previsto invece che i progetti da essi redatti "sono firmati da dipendenti delle amministrazioni abilitati all'esercizio della professione" (art. 90, comma 4 D.Lgs. n. 163/2006). Tale disposizione ripropone quanto già previsto dall'art. 17, comma 2, Legge n. 109/1994 (c.d. Legge Merloni), così come modificata dall'art. 6, comma 2, Legge n. 415/1998 (c.d. Legge Merloni ter). A quest'ultimo intervento normativo, infatti, risale la scelta del legislatore di distinguere i requisiti richiesti ai professionisti per la progettazione interna e quelli richiesti per la progettazione esterna, esonerando i dipendenti delle amministrazioni dall'obbligo di iscrizione all'albo professionale.

Rilevante, in proposito, è quanto precisato da questa Autorità nell'Atto di regolazione 8 novembre 1999, n. 6, laddove si evidenzia che "La circostanza che le prestazioni relative alla progettazione attengono ad un'attività umana prettamente intellettuale e di contenuto corrispondente a quello proprio di una professione liberale, individualmente esercitata, non è idonea a far ritenere che, nel nostro ordinamento, i tecnici appartenenti ad ufficio pubblico svolgano un'attività di libera professione in quanto autori delle medesime elaborazioni intellettive proprie delle professioni liberali. Quel che, invece, è vero, è che l'attività di progettazione svolta da funzionari pubblici è attività professionalmente qualificata, ma non di libera professione".

Alla luce di queste premesse, occorre dunque verificare se sia possibile ritenere che i dipendenti delle società in house, i quali operino come progettisti, possano sottoscrivere progetti, al pari dei progettisti dipendenti degli enti locali, con il mero requisito dell'abilitazione all'esercizio della

professione ovvero se essi – in quanto non condividono la natura di dipendenti pubblici – debbano essere considerati alla stregua di progettisti esterni e, dunque, siano legittimati alla progettazione solo con il requisito dell'iscrizione all'albo, previsto per i professionisti c.d. esterni. In altri termini, occorre chiedersi se la disposizione di cui all'art. 90, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 sia da riferirsi soltanto al caso in cui il progettista sia un dipendente pubblico ovvero se questa si possa considerare rivolta altresì ai progettisti dipendenti della società in house.

A tal riguardo occorre considerare che, per ormai consolidata giurisprudenza, l'espressione in house individua un modello organizzativo interno all'amministrazione pubblica, nel quale una società privata, totalmente partecipata da un ente pubblico, si caratterizza per una rilevante aderenza organizzativa rispetto all'amministrazione controllante, tale da implicare che detta società sia priva di una propria autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte, costituendo in sostanza una sorta di longa manus dell'amministrazione pubblica. Per tali ragioni, lo status di in house legittima – nello specifico settore degli affidamenti pubblici – l'affidamento di commesse pubbliche, al di fuori del sistema della gara. La giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha utilizzato l'espressione in house providing per identificare il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (c.d. esternalizzazione) e dunque al mercato (a partire da C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). Si è, quindi, in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, che non implica un rapporto di delegazione intersoggettiva tra l'ente pubblico e la società – formalmente privata, ma sostanzialmente in mano pubblica – bensì una relazione meramente interorganica tra i due soggetti, in quanto la società in house si pone in rapporto di completa subordinazione gerarchica e funzionale rispetto all'ente locale che la controlla, di cui costituisce sostanzialmente un plesso organizzativo (requisito del controllo analogo).

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa, invece, in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pur minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi [C. giust. CE: sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle]. Occorre, quindi, che l'ente posseda l'intero pacchetto azionario della società affidataria (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%).

Atteso che la società in house si pone quale una sorta di prolungamento organizzativo dell'amministrazione pubblica, tra i due soggetti non sussiste un rapporto di autonomia ed alterità, ma è piuttosto riscontrabile un unicum soggettivo e tale peculiarità non può non rilevare anche ai fini del caso di specie.

Beninteso, non possono sussistere dubbi sul fatto che i dipendenti della società in house – sotto il profilo della disciplina del rapporto di lavoro – non possano in alcun modo essere identificati con i pubblici dipendenti e che ad essi si debba ritenere inapplicabile lo statuto del pubblico impiego, il quale – sebbene abbia subito negli ultimi decenni un rilevante processo di c.d. privatizzazione (rectius contrattualizzazione) – conserva nel D.Lgs. n. 165/2001 profonde differenze ontologiche rispetto al rapporto di lavoro privato. Infatti, come opportunamente puntualizza il richiedente, nel caso de quo agli ingegneri dipendenti della società in house si applica un CCNL privatistico. Non si può non osservare, tuttavia, che sotto il profilo funzionale il dipendente della società in house, limitatamente alle funzioni ad essa delegate dall'amministrazione pubblica controllante,

persegue la stessa mission dell'amministrazione pubblica e svolge, quindi, nei limiti suddetti, funzioni ad essa immediatamente riconducibili.

La sopra esposta linea interpretativa appare d'altra parte confermata dalla recente giurisprudenza del Tar Lazio, opportunamente citata dal richiedente, ove il giudice amministrativo ha riconosciuto che il peculiare rapporto tra la società in house e l'amministrazione di appartenenza "fa sì che i dipendenti della società possano esser preposti ad uffici dell'amministrazione o comunque chiamati a svolgere (nella prospettiva della delegazione interorganica) funzioni riconducibili direttamente nell'ambito delle competenze del Comune, così da operare come funzionari del Comune pur non essendo qualificabili come dipendenti comunali e nei limiti delle funzioni delegate" (Tar Lazio, sentenza 14 marzo 2011, n. 2241).

Alla stregua di tali parametri sostanziali e teleologici, l'art. 90, comma 4 del Codice, laddove prevede che i progetti redatti dai soggetti interni all'amministrazione "sono firmati da dipendenti dell'amministrazione abilitati all'esercizio della professione" non pare possa essere interpretato, restrittivamente, come riferito esclusivamente ai progettisti dipendenti di ruolo dell'amministrazione aggiudicatrice, ma piuttosto, estensivamente, come riferito anche ai progettisti dipendenti di società in house dell'amministrazione medesima che, in quanto modello organizzativo meramente interno all'amministrazione al pari di un Ufficio Tecnico, sono parte integrante dell'organizzazione complessa dell'amministrazione stessa.

Ne deriva, in conclusione, che i dipendenti della società in house che operino come progettisti, al pari dei progettisti dipendenti degli enti locali, possono sottoscrivere progetti con il mero requisito dell'abilitazione, poiché esercitano – sotto il profilo funzionale – un'attività, professionalmente qualificata ma non di libera professione, che deve essere assimilata alla progettazione interna dell'amministrazione locale.

Non pare superflua, infine, la precisazione che le considerazioni svolte per le società in house, sono inapplicabili al diverso fenomeno delle società miste: tali società non configurano evidentemente un'ipotesi di progettazione interna, bensì un caso di progettazione esterna e, in quanto non previste dall'elenco tassativo di cui all'art. 90, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, devono ritenersi non ammesse alla progettazione per conto delle amministrazioni aggiudicatrici (Cons. Stato, Sez. IV, 23 gennaio 2002 n. 391; Tar Emilia Romagna, Parma, 25 maggio 2005, n. 288).

Avv. Giuseppe Busia