

Deliberazione n. 4 Adunanza del 12 febbraio 2014

Fascicolo n. 1272/2013

Oggetto: avviso di selezione per l'affidamento del contratto libero professionale ex art. 2222 cc e ss. per la gestione del servizio infermieristico presso le U.T.A.P. di Mira e Noale
Stazione appaltante: Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 13
Esponente: Studio M.S. Tarabelloni ed Associati

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;
Vista la relazione della Direzione generale vigilanza lavori, servizi e forniture

Considerato in fatto

In data 20 maggio 2013, è pervenuta una segnalazione in merito alla selezione avviata dalla ULSS 13 Regione Veneto, per l'affidamento dell'incarico finalizzato a realizzare il servizio infermieristico, per un importo di € 130.000,00 annuali e con durata di un anno; alla selezione erano ammessi enti, istituti, studi professionali società o associazioni tra professionisti. La segnalante lamenta il mancato rispetto delle disposizioni del codice dei contratti, in ragione del richiamo contenuto nell'avviso all'art. 2222 (contratto d'opera) del codice civile. Pur trattandosi di un affidamento di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, si è ritenuto opportuno avviare un'istruttoria per verificare se il contratto non debba essere qualificato come appalto di servizi (con la conseguenza che all'operatore compete l'organizzazione del servizio), ovvero come somministrazione di lavoro, nel caso in cui avesse ad oggetto la fornitura di personale infermieristico, che operi sotto la direzione ed il controllo della stazione appaltante.

Con nota acquisita al n. 75584 del protocollo generale in data 12.08.2013 integrata con nota acquisita al n. 94005 in data 3.10.2013 in seguito all'ulteriore richiesta di chiarimenti dell'Ufficio, l'Amministrazione ha rappresentato che in base a quanto previsto dalle vigenti convenzioni nazionali è tenuta a garantire la presenza di infermieri professionali presso gli ambulatori privati dei medici di medicina generale delle due Unità Territoriali di Assistenza Primaria; pertanto, ha indetto una selezione per l'affidamento di un contratto libero professionale ai sensi dell'art. 2222 c.c. che prevede rispettivamente lo svolgimento di 62 ore settimanali presso gli studi medici dell'UTAP di Mira e di 34 ore settimanali per quelli dell'UTAP di Noale, a fronte di un corrispettivo totale complessivo di € 130.000,00.

Il contratto è stato ricondotto nel novero di quelli ex art. 2222 c.c., in quanto nel 2008 l'Azienda lo aveva sottoposto a certificazione, qualificandolo come appalto di servizi, ma la Commissione di Certificazione di Venezia, di cui agli artt. 75 e ss. del D.Lgs. n. 276/2003 ed al D.M. 21 luglio 2004, aveva respinto l'istanza, in quanto: "trattasi di prestazione di natura occasionale svolta da soggetti iscritti obbligatoriamente ad un Ordine Professionale già esistente alla data di entrata in vigore della norma sulla certificazione (L. Biagi) non sostanziandosi un rapporto di appalto bensì un contratto d'opera ex art. 2222 c.c.". La stazione appaltante ha, altresì, evidenziato di non aver fatto ricorso alla somministrazione di lavoro temporaneo, precisando che le attività non sono svolte nelle strutture della ULSS bensì presso gli ambulatori privati dei medici di Medicina Generale; inoltre, precisa di essersi di fatto attenuta alle prescrizioni del codice applicabili agli acquisti in economia di cui all'art. 125 avendo pubblicato il testo integrale sul sito, avendo inviato l'avviso all'Ordine Professionale; infine, evidenzia di aver accettato tutte le domande pervenute entro i termini previsti senza alcun invito discrezionale e di aver valutato le domande in base a quanto previsto nell'avviso di selezione. All'esito dell'analisi della documentazione inviata, con nota prot. 121080 del 5.12.2013, ai sensi dell'art. 7, comma 4, del Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell'Autorità, sono state comunicate alla stazione appaltante le risultanze emerse dall'attività istruttoria svolta.

Al riguardo, l'Azienda Sanitaria ha ribadito quanto già rilevato nelle precedenti note difensive in ordine all'intervenuto pronunciamento in data 3/12/2008 della Commissione di Certificazione di Venezia. Inoltre, l'Azienda ha sottolineato di essersi comunque attenuta di fatto anche alle prescrizioni del codice dei contratti applicabili agli acquisti in economia ex art. 125 del D.Lgs. n. 163/09 in quanto ha pubblicato il testo integrale sul sito aziendale, ha accettato tutte le domande pervenute entro i termini previsti ed ha verificato i requisiti morali dei partecipanti alla gara, in ottemperanza dall'art. 8 del Regolamento Aziendale per il conferimento degli incarichi libero professionali (approvato con deliberazione n. 1170 del 30/11/2006 e successive modificazioni). Infine, la stazione appaltante ha evidenziato che le domande sono state valutate secondo a quanto previsto nell'avviso di selezione e sulla base di criteri predeterminati dall'art. 7 del citato Regolamento Aziendale.

Considerato in diritto

Preliminarmente, occorre dare atto che la stazione appaltante si è attenuta a quanto stabilito con la

procedura di certificazione, che le parti hanno attivato innanzi alla Commissione di Venezia. L'istituto della certificazione di cui agli artt. 75 e ss. del D. Lgs. n. 276/2003 è stato introdotto per ridurre il contenzioso, mediante un meccanismo che dia certezza alla qualificazione del rapporto di lavoro, la quale è vincolante per le parti fino alla sentenza di merito che ne accolga l'impugnativa. L'efficacia vincolante della certificazione, si produce anche per Istituti previdenziali, Direzione provinciale del lavoro, Agenzia delle Entrate, ecc., giacchè in presenza di una certificazione non impugnata si ritiene preclusa per dette autorità l'adozione di provvedimenti amministrativi che presuppongano una qualificazione del rapporto diversa da quella indicata nel provvedimento certificatorio. Tuttavia, si ritiene che la descritta efficacia della certificazione di cui all'art. 75 del d.lgs. 276/2003 non impedisca a questa Autorità di esprimere le proprie considerazioni in merito, giacchè mediante il presente procedimento non si intende discutere della natura del rapporto di lavoro del personale infermieristico, quanto piuttosto verificare l'assoggettabilità alle disposizioni del d. lgs. n. 163/2006 della procedura di scelta dello studio professionale, con il quale la stazione appaltante ha stipulato il contratto.

La distinzione operata dal legislatore nell'ambito del codice civile tra contratto d'appalto (art. 1655) e contratto d'opera (art. 2222) è già stata ben illustrata dalla giurisprudenza, la quale ha evidenziato che se nel primo l'esecuzione dell'opera commissionata avviene mediante una organizzazione di media o grande impresa cui l'obbligato è preposto, nel secondo risulta prevalente il lavoro di quest'ultimo, pur se coadiuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore, secondo il modulo organizzativo della piccola impresa (ex multis Cassazione Civile Sez. II, sent. n. 12519 del 21-05-2010).

Nell'ambito del codice dei contratti pubblici, ai fini dell'individuazione del campo di applicazione delle disposizioni sulle relative procedure di aggiudicazione, la predetta distinzione concernente l'organizzazione dell'esecutore, non viene in rilievo, risultando invece determinanti, da un lato, la riconducibilità del soggetto affidante tra le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori o gli altri soggetti aggiudicatori e, dall'altro, la condizione che il contratto abbia ad oggetto lavori, forniture o - per quel che qui interessa - servizi di cui all'allegato II.

La descritta impostazione risulta confermata nell'art. 3 del codice, in base al quale "I termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica, o una persona giuridica, o 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 offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi".

Pertanto, anche tutti i contratti di consulenza o aventi ad oggetto servizi professionali o prestazioni intellettuali potrebbero essere compresi nell'ambito di applicazione del codice dei contratti, considerando anche il singolo professionista/consulente compreso nel novero dei prestatori di servizi, alla stregua della richiamata definizione di cui all'art. 3 del codice; peraltro, nell'allegato II al codice dei contratti, molti servizi indicati sono riconducibili a professioni intellettuali (servizi di ricerca e sviluppo, servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili, servizi di consulenza gestionale e affini nell'allegato IIA; servizi legali, servizi relativi all'istruzione anche professionale, servizi sanitari e sociali nell'allegato IIB)

Al contempo, il d. lgs. n. 165/01 T.U. sul pubblico impiego, all'art. 7 comma 6 prevede che "Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

- a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;
- 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 originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico;
- d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione".

In questi casi, le amministrazioni non sono soggette alle disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici, ma in base al comma 6-bis "disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione".

Nel caso di specie - alla luce della ricognizione normativa che precede - occorre verificare se il contratto sottoscritto dallo studio professionale e dalla stazione appaltante vada ricondotto nell'ambito della prestazione di lavoro autonomo soggetta al solo obbligo della previa procedura comparativa (all'art. 7 comma 6-bis), ovvero se, pur trattandosi di prestazioni professionali, non ricorrano comunque gli elementi del contratto d'appalto di servizi, come definito nel codice dei contratti pubblici.

Della distinzione tra appalto di servizi ed incarico professionale si è di recente occupata la Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia nel parere n. 51 del 15/2/2013, la quale ha evidenziato che "le norme in tema di appalto si palesano nelle ipotesi in cui il professionista si sia

obbligato a strutturare una stabile organizzazione per l'esecuzione della prestazione, mentre la carenza di tale requisito derivante dall'unicità, dalla singolarità e puntualità dell'incarico, nonché dalla determinatezza dell'arco temporale in cui si deve svolgere la prestazione professionale, inducono a qualificare il caso di specie quale contratto di prestazione d'opera e dunque quale consulenza e/o collaborazione autonoma"; nel caso esaminato dal giudice contabile, l'incarico conferito aveva ad oggetto l'elaborazione di una perizia per la stima del valore di un immobile. Il medesimo criterio distintivo, poi, è stato utilizzato con riferimento all'affidamento i servizi legali dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 11 maggio 2012 n. 2730), la quale ha accolto l'interpretazione già indicata da questa Autorità nella deliberazione n. 4 del 14 gennaio 2010 e nella determinazione n. 4 del 7 Luglio 2011. Secondo le richiamate pronunce, l'ambito di operatività della categoria dei servizi legali di cui all'allegato II B, n. 21, al codice dei contratti pubblici è limitato "ai soli affidamenti di servizi legali conferiti mediante un appalto - ossia un contratto caratterizzato da un quid pluris, sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità - rispetto al contratto di conferimento dell'incarico difensivo specifico, integrante mero contratto d' opera intellettuale, species del genus contratto di lavoro autonomo, come tale esulante dalla nozione di contratto di appalto ratione materiae abbracciata dal legislatore comunitario. In altre parole, il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce".

Venendo al caso in trattazione, si rileva che mediante il contratto in esame, la stazione appaltante ha inteso affidare ad una struttura - che raccoglie più infermieri per lo svolgimento della professione in forma associata - la realizzazione di un progetto con degli obiettivi esplicitati, da eseguirsi presso gli ambulatori dei medici di base. L'art. 3 del contratto prevede, tra l'altro, che l'organizzazione del servizio è demandata allo studio professionale unitamente alle funzioni di coordinamento dei professionisti per garantire la presenza continuativa di personale infermieristico negli ambulatori; lo studio, inoltre, garantisce la fornitura delle divise di lavoro ed il ripristino delle stesse, nonché le visite mediche di controllo; all'art. 6 è, poi, specificato che lo studio professionale si impegna a fornire il servizio senza alcun vincolo di subordinazione verso l'ULSS, né verso i medici appartenenti alle UTAP, mentre in base all'art. 5, il corrispettivo dovuto è costituito da un importo complessivo, comprensivo di oneri fiscali, previdenziali e contributo integrativo per l'attività infermieristica. La selezione dell'affidatario è avvenuta previa valutazione, oltre che dell'offerta economica a ribasso sull'importo presunto indicato nell'avviso - per la quale era prevista l'assegnazione di un massimo di 60 punti - anche dei curriculum dei professionisti e del progetto presentato da ciascun partecipante; per queste ultime due voci era prevista l'attribuzione di un massimo di 40 punti.

Pertanto, applicando il criterio distintivo già enunciato da questa Autorità per i servizi legali, non trattandosi della mera acquisizione di una prestazione infermieristica professionale unica, singola e determinata nel tempo, mediante la sottoscrizione di un contratto di lavoro autonomo, bensì dell'affidamento dell'organizzazione di un servizio, previa partecipazione alla redazione del relativo progetto, occorre concludere che, nel caso di specie, la stazione appaltante avrebbe dovuto attenersi alla disciplina di cui al codice dei contratti pubblici.

In particolare, poiché anche i servizi infermieristici sono inclusi nell'allegato II B del codice dei contratti (n. 25 servizi sanitari e sociali), trovano applicazione, ai sensi degli artt. 20 e 27 del d.lgs. 163/06 le prescrizioni in materia di specifiche tecniche e obbligo di post-informazione, nonché i principi generali previsti dal codice dei contratti pubblici, ivi compreso l'obbligo di gara con invito rivolto ad almeno cinque concorrenti (TAR Toscana, II, 30 giugno 2008, n. 1692). Inoltre, occorre ricordare che la scarna disposizione dell'art. 27 è stata meglio chiarita dalla Comunicazione interpretativa della Commissione Europea 2006/C 179/02, cui ha fatto seguito il Comunicato del Presidente AVCP del 30 novembre 2007, dal quale si ricava una più completa disciplina. In particolare, questa Autorità ha già posto in rilievo l'esigenza che anche gli affidamenti dei servizi di cui all'allegato II B siano preceduti da un adeguato livello di pubblicità; sicché, quando il valore dell'appalto è superiore alla soglia comunitaria è opportuna anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cfr. deliberazione n. 25 dell'8 marzo 2012). Sempre in ordine alla disciplina applicabile agli affidamenti di servizi di cui all'allegato II B, anche in virtù del richiamo al principio di trasparenza posto nell'art. 27 del Codice medesimo, l'Autorità ha concluso, per l'applicabilità del principio del necessario possesso e della conseguente verifica dei requisiti morali di cui all'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 (sul punto cfr. parere Ag 8/13 del 3 Luglio 2013).

Infine, l'Autorità ha anche chiarito per gli appalti aventi ad oggetto l'affidamento di servizi inquadrati nell'allegato IIB del D. Lgs. 163/2006, "le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare i principi del Trattato, dai quali discende anche il vincolo di predeterminazione dei criteri selettivi nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione di una analitica indicazione delle componenti della prestazione" (cfr. Deliberazione n. 25 Adunanza del 8 marzo 2012).

Diversamente, nel caso di specie, la stazione appaltante, avendo ritenuto di doversi attenere alle sole regole concernenti l'affidamento di incarichi di lavoro autonomo, pur avendo dato adeguata pubblicità alla selezione mediante avviso sul proprio sito - in quanto l'importo presunto era inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria - non si è conformata pienamente ai principi appena richiamati,

avendo seguito le regole procedurali del proprio regolamento interno concernente l'affidamento di incarichi professionali, comunque non richiamato nell'avviso né reperibile sul sito; infatti, nell'avviso - che non indicava alcun C.I.G. - non è stato richiesto alle partecipanti il possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 38, ma solo di quelli di moralità indicati nel predetto regolamento; inoltre, non sono stati specificati i criteri in base ai quali sarebbero stati assegnati i punteggi, in quanto l'avviso prevedeva genericamente che sarebbero stati valutati i curriculum ed i progetti con la possibilità di assegnare fino a 40 punti, mentre, fino a 60 punti erano riservati all'offerta economica. Infine, la stazione appaltante ha omesso di richiedere il C.I.G. e di versare la relativa contribuzione, non ottemperando agli obblighi sulla tracciabilità dei flussi finanziari introdotti con l'art. 3 della legge n. 136/2010.

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene che:

- nel caso di specie, il contratto per servizi infermieristici sottoscritto dalla stazione appaltante pur riguardando prestazioni professionali, vada ricondotto nell'ambito dell'appalto di servizi, come definito nel codice dei contratti pubblici;
- la stazione appaltante ha omesso di conformarsi pienamente alle disposizioni del codice dei contratti che regolano l'affidamento di appalti di servizi di cui all'allegato IIB, nonché alle ulteriori indicazioni fornite dalla Commissione europea, da questa Autorità e dalla giurisprudenza;
- in particolare, la stazione appaltante non ha richiesto alle partecipanti il possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 38, ma solo di quelli di moralità indicati nel proprio regolamento interno concernente l'affidamento di incarichi professionali;
- nell'avviso non sono stati predeterminati i criteri in base ai quali sarebbero stati assegnati i punteggi;
- la stazione appaltante ha omesso di richiedere il C.I.G. e di versare la relativa contribuzione all'Autorità.

Dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione all'ULSS n. 13 Regione Veneto, alla segnalante, nonché all'Ufficio Politiche di Bilancio per il seguito di competenza ed al Prefetto territorialmente competente ai sensi dell'art. 6 della legge n. 136/2010.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 marzo 2014

Il Segretario: Maria Esposito