



Scordino De Bellis
I, J, edel

Roma, 10/05/2021

Associazione Teatro di Roma
Via dei Barbieri, n. 21
00186 - Roma (RM)

c.a. del presidente Emanuele Bevilacqua

Oggetto: Opinione inerente alla sottoscrizione dei contratti di consulenza ad oggi scaduti e non ancora affidati e sulle modalità per procedere al relativo (nuovo) affidamento.

Spettabile Associazione, Caro Presidente,

è stata chiesta la nostra opinione circa taluni contratti di consulenza in passato sottoscritti dall'Associazione stessa, ma ad oggi scaduti e non ancora (ri)affidati. L'Associazione, in particolare, si interroga sulle modalità e sui limiti relativi ad un (nuovo) affidamento. Se, dunque, detti contratti (che più oltre saranno via via citati) possano o meno essere affidati in via diretta e senza necessità di procedure competitive.

Il quesito, per vero, abbraccia contratti di *consulenza* aventi un contenuto oggettivamente variegato e diverso tra loro, che però – secondo quanto riferito – risultano necessari anche e soprattutto al fine di coadiuvare l'attività amministrativa e gestionale dell'ente (su tale aspetto si tornerà più volte).

Gli incarichi oggetto di discussione possono essere suddivisi come segue: (A) contratti di consulenza legale (comprensivi o meno del patrocinio giudiziale); (B) contratti di consulenza contabile e fiscale; (C) contratti di consulenza professionale in ambito autorale; (D) contratti di marketing e reperimento di risorse a favore dell'Associazione (anche in forma di iniziative di crowdfunding); (E) contratti di consulenza riguardanti l'organizzazione di eventi culturali, progetti espositivi e rassegne video; (F) contratti di supporto al rilascio autorizzazioni di pubblico spettacolo (relativi ai vari teatri appartenenti all'Associazione Teatro di Roma); (G) contratti di assistenza tecnico-amministrativa sulle attività di investimento e di manutenzione ordinaria e straordinaria.

*

Va detto che, da un punto di vista meramente "quantitativo", i contratti in discussione (anche sommando gli incarichi multipli affidati al medesimo professionista) risultano essere tutti inferiori alla soglia di € 40.000,00 (quarantamila/00 euro). Si tratta, dunque, di fattispecie rientranti nel novero di quelle ipotesi previste dall'art. 36, comma 2, lett. a) del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), per le quali può ricorrersi all'affidamento diretto c.d. "puro". Ferme

Piazza Margana, 19
00186 Roma - Italia
T +39 06 697737
F +39 06 39915351

Via Carlo Porta, 1
20121 Milano - Italia
T +39 02 76317629

info@elled.global
www.elled.global
P.I. 14829281006





Scordino De Bellis
I, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100

alcune specificità e taluni vincoli procedurali che più oltre si chiariranno, è allora vero che i contratti in parola sfuggono all'applicazione di rigide procedure competitive e consentono una ragionevole dose di discrezionalità.

Per altro verso, fermo quanto appena detto a proposito del limite "quantitativo", è vero che non sembra possibile una trattazione perfettamente unitaria per tutti i contratti sopra richiamati. E ciò, soprattutto in riferimento alla generale applicabilità (o meno) del codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) ovvero comunque dei vincoli "speciali" connessi alla natura dell'Associazione come ente incluso nell'elenco ISTAT. Appare dunque necessario suddividere l'esame richiesto quanto meno in due macro-aree, per l'appunto distinguendo tra contratti certamente esclusi dal codice e contratti invece assoggettati al codice ma appunto assegnabili discrezionalmente per via dell'aspetto dimensionale (con qualche ulteriore precisazione sui contratti di "pura" consulenza).

*

Può innanzitutto essere esaminato il gruppo di contratti relativi alla assistenza legale. In proposito, il codice dei contratti, in attuazione della direttiva UE 2014/24, all'art. 17, comma 1, dispone testualmente che le "disposizioni del presente Codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: [...] d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali: 1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni: 1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un Paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; 1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali; 2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni; [...] 5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri".

A tale formulazione, dunque, consegue per certo che i servizi legali consistenti nel patrocinio legale ovvero comunque connessi ad una controversia già insorta, debbano considerarsi tra quelli "esclusi" dall'applicazione del codice.

È però anche vero che a valle di taluni interventi dell'ANAC (linee guida numero 12) e di alcuni arresti del Consiglio di Stato (Cons. Stato, comm. spec., 3 agosto 2018, n. 2017), le esclusioni concernenti la "difesa in giudizio" lasciava teoricamente aperto il dubbio che l'assenza di procedure di competizione dovessero non riguardare i servizi legali di tipo stragiudiziale. Alle necessità di affidamento *intuitu personae* – e dunque al di fuori di rigidi schemi proceduralizzati – si opponeva il rispetto dell'art. 4 del d.lgs. 50/2016, a mente del quale anche per i contratti "esclusi" valgono i "principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza





Scordino De Bellis

L. J. et al.

energetica". La stessa magistratura contabile, dunque, almeno inizialmente aveva assunto posizioni tutt'altro che risolutive, rischiando persino di complicare il piano di indagine. Vero è che si era sostanzialmente creato un chiaro contrasto giurisprudenziale (quando non generale confusione) per via di alcune decisioni della Corte dei Conti (ad es. Corte dei Conti Lazio, sentenza 29/05/2017, n. 124; Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 22/05/2018, delibera n. 105/2018/VSGO) e delle discordanti interpretazioni del Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato 11/05/2012, n. 2730 secondo il quale l'attività del professionista nella rappresentanza dell'ente è prestazione d'opera professionale che non può essere qualificata in modo avulso dal contesto in cui si colloca, *id est* l'ambito dell'amministrazione della giustizia, settore statale distinto e speciale rispetto ai campi dell'attività amministrativa regolati del codice). Non solo. Lo stesso Consiglio di Stato, nel proprio parere n. 1502/2017 concernente le linee guida ANAC, aveva espresso dubbi sulla compatibilità di procedure di affidamento assolutistiche sostenendo la legittimità della "previsione di una modalità eccezionale di affidamento del servizio legale denominata 'affidamento diretto', differenziata da quella ordinariamente prevista per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d)".

La materia, in ogni caso, risulta più di recente "risolta" con l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 6 giugno 2019 (C 264/2018), le cui decisioni, come è noto, in ragione degli obblighi eurounitari e dell'art. 117 Cost., hanno portata generale e prevalente rispetto alle disposizioni incompatibili degli ordinamenti interni. La Corte di Giustizia ha dunque affermato che gli incarichi legali sono esclusi dalla normativa degli appalti pubblici in quanto diversi da ogni altro contratto, perché le relative prestazioni possono essere rese *"solo nell'ambito di un rapporto intuitu personae tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza"*. Si tratta di garantire la salvaguardia del pieno esercizio dei diritti di difesa e la possibilità di rivolgersi con piena libertà al *proprio avvocato*; libertà che non può essere compressa e che potrebbe invece essere minacciata dal dover precisare le condizioni di attribuzione dell'incarico. Nella decisione menzionata, peraltro, la Corte ha dato ulteriore rilievo alla circostanza per cui i servizi legali possono partecipare, *"direttamente o indirettamente, all'esercizio di pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela di interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche"*. Ciò che pure li rende incomparabili con ogni altro servizio. Dunque, secondo la lettura proposta dalla Corte di Giustizia UE, qualsiasi affidamento di incarico connesso alla difesa o assistenza legale della PA ed all'esercizio del proprio potere può ben essere affidato senza una preventiva selezione concorsuale.

In tal senso, dunque, le prestazioni rese dall'avvocato anche in ambito consulenziale devono necessariamente rientrare tra le prestazioni "escluse" ex art. 17, comma 1, lettera d), n. 5, d.lgs. 50/2016 o forse (come aveva avvisato il Consiglio di Stato) appartengono ad una categoria "speciale" che può sempre andare in affidamento diretto per ragioni proprie: quelle come detto inerenti il diritto di difesa, che a sua volta non significa solo rappresentanza in giudizio, ma anche assistenza nelle scelte (di contorno giuridico) dell'azione di governo. E ciò tanto più a fronte di un sistema legislativo che oggettivamente determina una generalizzata e costante incertezza dell'agire privato e amministrativo.





Scordino De Bellis
L. y elled

Piuttosto, resta vero che la scelta di un avvocato e la relativa contrattualizzazione è soggetta ad una precisa motivazione, non ultimo anche in relazione all'incarico in concreto da svolgere, così garantendosi (proprio attraverso alla motivazione) il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa. Sul punto, invero, non può non segnalarsi come la stessa Corte di Cassazione (cfr. in particolare Cassazione civile sez. lav., 15/01/2020, n. 712) abbia di recente precisato che la natura fiduciaria di un incarico non esclude la necessità che l'incarico stesso sia adeguatamente motivato.

Se allora è vero che i contratti di consulenza per servizi legali possono essere affidati in via diretta e sono certamente esclusi dal codice dei contratti, fors'anche nel senso di costituire categoria a sé, è altrettanto vero che detto affidamento dovrà comunque essere accompagnato da una precisa motivazione che specifichi quanto meno: (i) il perché della scelta (ovviamente anche in termini di fiduciarità del rapporto e di CV) di *quell'avvocato* o studio legale; (ii) l'assenza di personale interno qualificato per lo svolgimento delle medesime attività; (iii) la necessità dell'affidamento tenuto conto delle attività ordinarie o straordinarie svolte dall'ente.

E lo stesso "percorso" resta vero anche rispetto a contratti in passato già affidati. La rinnovazione di essi – nonostante la consequenzialità degli incarichi e quindi la necessità di mantenere esperienza ed efficienza – merita comunque una nuova riflessione ad opera dell'ente circa la sussistenza delle caratteristiche dell'affidamento e circa l'*excursus logico* che sopra si è citato.

A tal proposito, non si può non sottolineare trasparentemente come l'Associazione sarà chiamata ad una chiara e specifica motivazione anche con riguardo all'assenza di sovrapposizioni. Per vero, l'esigenza di avere *non meno* di tre studi legali coinvolti nella propria attività (**contratto Studio Avv. Fiore, contratto Studio Avv. Braggio e contratto Studio Elled Scordino De Bellis**), se resta perfettamente lecita secondo il "diritto di difesa/assistenza giuridica" che sopra si è citato, merita di essere adeguatamente discussa posto che, ove una simile esigenza "composita" risultasse non adeguatamente motivata, soprattutto rispetto agli specifici campi di effettiva operatività e con la necessità di distinguere (appunto) tra più affidamenti, potrebbe risultare oggettivamente non ragionevole. In altri termini, la scelta di non accorpate deve anch'essa risultare chiara e adeguatamente supportata da ragioni quanto più possibile oggettive.

*

Discorso in parte simile può essere fatto nei riguardi del contratto relativo alla tenuta dei libri obbligatori e della contabilità e altresì relativo alla assistenza in materia fiscale e contabile (**contratto Studio Costanzo**).

Benché la decisione della Corte di Giustizia sopra richiamata non sia direttamente applicabile ai detti servizi (assistenza contabile e fiscale), gran parte delle ragioni che ne sono il substrato appaiono però richiamabili. Se è vero che non vi è un "diritto di difesa" da applicare automaticamente (nel senso di "gestione della giustizia"), è però anche vero che l'assistenza contabile e fiscale è mondo *chiaramente parallelo* e per definizione ancorato ad un rapporto fortemente fiduciario (tanto più in un'epoca nella quale, anche in questo campo, va riproposto il

Piazza Margana, 19
00186 Roma - Italia
T +39 06 697737
F +39 06 39915351

Via Carlo Porta, 1
20121 Milano - Italia
T +39 02 76317629

info@elled.global
www.elled.global

P.I. 14829281006





Scordino De Bellis
L. J. edel

commento circa la stratificazione di normative rende il "consulente fiscalista" una figura tutt'altro che *fungibile*). Proprio l'assistenza contabile e fiscale costituisce un servizio oggettivamente diverso da quelli comunemente *contendibili* attraverso una selezione.

In altre parole, la scelta di *quel dato fiscalista* risponde anch'essa ad una discrezionalità che non appare soggetta ad essere facilmente proceduralizzata, lasciando che l'esito di una competizione possa determinare la scelta di un soggetto con il quale non vi sia un consolidato rapporto di fiducia professionale. Il tutto, però, ferma anche in questo caso la necessità di una specifica motivazione che abbia le caratteristiche che sopra si sono dette a proposito degli avvocati: (i) il *perché* della scelta di quel professionista; (ii) l'assenza di personale interno qualificato per lo svolgimento delle medesime attività; (iii) la necessità dell'affidamento tenuto conto delle attività ordinarie o straordinarie svolte dall'ente; (iv) la ragione di una "consequenzialità" di incarichi e della scelta di non operare rotazioni.

Discorso in parte diverso deve essere invece svolto *vuoi* nei riguardi dei contratti a contenuto tecnico e *vuoi* nei riguardi dei contratti di consulenza "varia" (cioè di quei contratti non sussumibili in categorie professionali tipiche).

Si è già detto che sul piano "quantitativo", i contratti in discussione appaiono tutti inferiori alla soglia di € 40.000,00. Siamo dunque in ambito di affidamento diretto c.d. "puro": l'affidamento può avvenire "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento [inoltre] non è obbligatoria".

Non vi è dunque necessità di consultazione di più preventivi (e va notato che in più di un caso i contratti in argomento hanno valori oggettivamente contenuti). E non vi è neppure obbligatorietà di pubblicazione di avvisi di procedura.

Ciò nonostante, per tutti tali contratti – che non appartengono a categorie direttamente "escluse" dal codice dei contratti – resta certamente applicabile il già richiamato art. 4 del d.lgs. 50/2016, a mente del quale devono essere sempre rispettati i "*principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*".

E soprattutto, per tale tipologia di affidamenti (*sotto soglia*, ma relativi a servizi rientranti nell'applicazione del codice dei contratti), sono applicabili le linee guida ANAC n. 4 (come da ultimo aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019). In particolare, andrà comunque prevista una specifica determina a contrarre contenente, tra l'altro, l'indicazione della procedura che si vuole seguire (ivi incluso l'affidamento diretto). Andrà poi verificato il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del codice nonché il possesso dei requisiti speciali eventualmente richiesti con la delibera a contrarre, così come dovranno essere adeguatamente dimostrati i requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale. E soprattutto, come già segnalato, andrà comunque prevista una specifica motivazione in merito alla scelta dell'affidatario e alle esigenze dell'Associazione. Il tutto, dovendosi anche specificare l'assenza di





Scordino De Bellis
L. Scordino De Bellis

personale interno in grado di erogare direttamente i servizi invece "acquistati" all'esterno dell'ente.

Quanto precede, con una ulteriore specificazione, in particolare rivolta ai servizi che coinvolgono attività direttamente o indirettamente ingegneristiche o progettuali.

Sia in ragione di quanto previsto dallo stesso art. 36, comma 1, del D.lgs. 50/2016, sia più in generale in ragione degli orientamenti delle già richiamate linee guida ANAC, è vero che per detti contratti, a contenuto eminentemente tecnico, dovrebbe dirsi effettivamente applicabile il principio della rotazione. Dunque, per l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie (e anche in caso di affidamento diretto) dovrebbe trovare applicazione l'obbligo di rispettare, oltre ai principi generali, il principio di rotazione volto a garantire "l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese". Quando allora si susseguano affidamenti identici o altamente comparabili (da un anno all'altro), e quando pertanto si assista a commesse rientranti nella stessa categoria di opere, o di servizi, ovvero nello stesso settore merceologico, il principio di rotazione dovrebbe impedire la semplice assegnazione *reiterata* al medesimo soggetto di una *serie continua di contratti*. Anzi, secondo l'indicazione dell'ANAC, nei confronti del fornitore uscente dovrebbe valere un generalizzato divieto di invito e di nuovo affidamento.

Ed allora, quanto meno i contratti sottoscritti o da sottoscrivere in ambito manutentivo o comunque progettuale o anche ingegneristico (**contratto Modus Engineering, contratto Giuri, contratto Di Stefano, contratto/i Chiarelli** e fors'anche **contratto Bianchini**) appaiono potenzialmente destinati a rientrare nel richiamato principio di rotazione. Per tali contratti, allora, dovrà essere specificato un passaggio ulteriore e aggiuntivo rispetto alla motivazione che già si è segnalata come essenziale. Andrà in particolare specificata la ragione che rende non applicabile una qualunque rotazione. Andrà allora specificato – in particolare tenuto conto del periodo di oggettiva eccezionalità appena trascorso – se eventuali rallentamenti dovuti all'emergenza epidemiologica COVID-19 abbiano impedito un ordinato esaurimento delle prestazioni passate e comunque possano consigliare, anche solo in via eccezionale, una proroga o rinnovazione dei contratti già sottoscritti, ferma una prospettica applicazione di future rotazioni pro-concorrenziali.

D'altro lato, resta sempre aperta la possibilità (in alternativa a vincoli di rotazione), di strutturare gli incarichi tecnici ora visti in contratti anche pluriennali da assegnare (però) in esito a procedure comparative negoziate; così superando la necessità di dover procedere di anno in anno all'affidamento di singoli incarichi di consulenza. In proposito, del resto, non può non segnalarsi che con particolare riguardo alle consulenze di natura *tecnica* (per progettazioni o *simili*) le stesse appaiono più coerentemente qualificabili quali affidamenti di servizi di supporto al RUP, ovvero quali incarichi di progettazione che ben potrebbero essere conferiti sulla base di specifiche procedure di selezione da svolgersi in occasione di ciascuna procedura di evidenza pubblica di approvazione dei lavori cui si riferiscono.

*

Piazza Margana, 19
00186 Roma - Italia
T +39 06 697737
F +39 06 39915351

Via Carlo Porta, 1
20121 Milano - Italia
T +39 02 76317629

info@elied.global
www.elied.global
P.I. 14829281006





Scordino De Bellis

L. J. elled

Semmai, solo il contratto a contenuto autorale (**contratto Accardo**) sembra sfuggire, per il relativo contenuto sostanzialmente artistico (e, se si vuole rientrante nell'ambito della legge sul diritto d'autore, Legge 22 aprile 1941 n. 633) ad una rigida forma di procedimentalizzazione. Pur confermata, in linea generale, l'esigenza di una preventiva determina a contrarre, non sembra che detto contratto possa essere vincolato a rotazione né possa essere soggetto al rispetto di una qualche forma di "competizione" che non sia basata sulla scelta appunto creativa o artistica. Quanto precede, però, fermo il suggerimento di una chiara motivazione coinvolgente sia l'aspetto da ultimo trattato (la natura artistico-creativa e autorale della prestazione), sia gli elementi cardine già sopra enunciati ("perché" dell'affidamento e necessità dell'affidamento), sia ancora il perché, in questo caso, non solo dell'assenza di personale dell'Associazione ma anche della scelta di non dotarsi di un tale personale in forma stabile (scelta forse comprensibile in termini di costo, ma pur sempre comportante la necessità di provvedere al costante *outsourcing* di una funzione pur sempre tipica nell'azione di una struttura culturale).

*

Sin qui, come detto, i vincoli comunque relativi ai contratti aventi un contenuto "tipizzato" (anche ai fini dell'elencazione dei servizi oggetto del codice dei contratti). Va peraltro segnalato come l'Associazione debba comunque rispettare sia la disciplina applicabile ai soggetti inseriti nell'elenco ISTAT, e sia ancora i principi (o almeno alcuni di essi) comunque indicati dalla Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Prendendo le mosse dall'inclusione nell'elenco ISTAT, è noto che proprio l'ISTAT comunichi annualmente l'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato individuate ai sensi dell'articolo 1, comma 3 della Legge 31 dicembre 2009, n. 196 e ss.mm. (Legge di contabilità e di finanza pubblica). Va in proposito sottolineato che l'elenco stesso è compilato sulla base di norme classificatorie proprie del sistema statistico nazionale e comunitario (Regolamento UE n. 549/2013) e i criteri utilizzati sono di natura esclusivamente statistico-economica. Tali criteri non incidono sulla natura dell'ente regolato che, se di natura privata, tale resta e non si trasforma anche ove controllato da amministrazioni pubbliche o legato ad esse dalla maggioranza delle risorse utilizzate (da ultimo in materia Corte di giustizia dell'11 settembre 2019, C-612/17 e C-613/17, e Corte Conti, sez. riun., 21 gennaio 2020, sentenza n. 1/2020 che ha escluso dall'elenco ISTAT la Fondazione Teatro alla Scala di Milano). L'appartenenza all'elenco ISTAT, dunque, non comporta (come talvolta si è soliti ritenere) una *categorizzazione* di tipo pubblicistico *tout court*. Comporta piuttosto l'applicazione di talune specifiche norme secondo la classica definizione di *natura cangiante* di un ente che a seconda della disciplina da applicare può essere o agire da privato o può essere o agire secondo i principi pubblicistici.

Ebbene, per quel che qui interessa, quelle di seguito sono le norme speciali (*recte*: eccezionali) che espressamente includono nell'ambito soggettivo le citate "amministrazioni pubbliche inserite nell'elenco Istat" (in taluni casi con ulteriori specificazioni per cui non sempre tutte le amministrazioni pubbliche sono soggette alle norme stesse): art. 1, comma 590 della Legge 27 dicembre 2019, n. 160 (che comporta una generale disapplicazione di una serie di previsioni normative prima previste a tutela della riduzione dei costi della pubblica amministrazione); art. 1,





Scordino De Bellis
L. J. et al.

comma 591 della Legge 27 dicembre 2019, n. 160 (sull'applicazione di un limite di spesa c.d. "globale"); art. 1, comma 592 della Legge 27 dicembre 2019, n. 160 (che individua specifiche voci di bilancio soggette a limite di spesa). art. 1, comma 597 della Legge 27 dicembre 2019, n. 160 (in materia di redazione esplicativa del bilancio); art. 1, comma 593 della Legge 27 dicembre 2019, n. 160 (sul principio di corrispondenza tra aumento di spesa e aumento di ricavi); art. 1, comma 594 della Legge 27 dicembre 2019, n. 160 e art. 1, comma 506, della Legge 28/12/2015, 208 (sui versamenti al bilancio dello stato dei risparmi di spesa, nei limiti dell'utile distribuibile); art. 1, comma 7, del Decreto-Legge 6 luglio 2012, n. 95 (sull'approvvigionamento da Consip spa di alcune categorie merceologiche); art. 5, comma 2, del Decreto-Legge 6 luglio 2012, n. 95 (sulle autovetture e sui buoni taxi); art. 1, comma 600 della Legge 27 dicembre 2019, n. 160 (sul settore informatico); art. 3, commi 4, 5 e 6, del Decreto-Legge 6 luglio 2012, n. 95 (sulle locazioni); art. 12, commi 1 e 1bis, del Decreto-Legge 6 luglio 2011, n. 98 (sull'acquisto o vendita di immobili); art. 5, comma 9, del Decreto-Legge 6 luglio 2012, n. 95 (sul divieto di incarichi a soggetti in quiescenza); art. 14, commi da 1 a 4, del Decreto-Legge 24 aprile 2014, n. 66 (sui limiti agli incarichi di consulenza generica); art. 10, comma 1, del Decreto-Legge 8 agosto 2013, n. 91 (sulle esenzioni per le attività culturali); art. 5, comma 8, del Decreto-Legge 6 luglio 2012, n. 95 (sulle ferie del personale); art. 11, comma 6, del Decreto Legislativo n. 175/2016 (in materia di fasce per compensi degli amministratori); art. 48-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (sul controllo dei pagamenti); art. 17-ter del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (sullo split payment); art. 1, comma 209 della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (sulla fatturazione elettronica); artt. 2, 2bis, 3, e 5, del D.M. 3 aprile 2013, n. 55 (sulla identificazione del GIG o CUP); art. 2, comma 2, del Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (sulla piattaforma PagoPA); art. 1, commi 859, 864 e 867 della Legge 30 dicembre 2018, n. 145 (sulla limitazione del debito commerciale).

Di tutte tali norme, appare particolarmente rilevante l'art. 14, commi da 1 a 4, del Decreto-Legge 24 aprile 2014, n. 66. A mente di tale previsione, invero, "le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, a decorrere dall'anno 2014, non possono conferire incarichi di consulenza, studio e ricerca [genericamente intesi] quando la spesa complessiva sostenuta nell'anno per tali incarichi è superiore rispetto alla spesa per il personale dell'amministrazione che conferisce l'incarico, come risultante dal conto annuale del 2012, al 4,2% per le amministrazioni con spesa di personale pari o inferiore a 5 milioni di euro, e all'1,4% per le amministrazioni con spesa di personale superiore a 5 milioni di euro".

Dunque, per i contratti (presumibilmente i *contratti Bernini* e *contratto Bianchini*) che possano rientrare nell'alveo degli incarichi generici di "consulenza, studio e ricerca" (cioè diversi dai servizi legali ovvero a contenuto tecnico), l'Associazione dovrà comunque rispettare il limite di spesa sopra riportato, salvo a non ritenere applicabile – anche in questo caso secondo una motivazione specifica – l'esenzione culturale disposta dall'art. art. 10, comma 1, del Decreto-Legge 8 agosto 2013, n. 91.

*

Piazza Margana, 19
00186 Roma - Italia
T +39 06 697737
F +39 06 39915351

Via Carlo Porta, 1
20121 Milano - Italia
T +39 02 76317629

Info@eFid.global
www.eFid.global

P.I. 14829281006





Scordino De Bellis
L. J. et al.

Peralto, in almeno un caso (*contratto Bernini*), le attività affidate appaiono a rischio di conflitto con la regolamentazione finanziaria (e con le direttive in materia *crowdfunding*) che consigliano in ogni caso la variazione dell'oggetto e l'espunzione di qualunque attività che possa risultare sovrapponibile alla sollecitazione dell'investimento o del pubblico risparmio.

Il detto contratto comprende invero l'attività di "favorire la raccolta di fondi a favore dell'Associazione Teatro di Roma attraverso azioni di sensibilizzazione nei confronti degli stakeholder utilizzando più metodologie con particolare riguardo a campagne di crowdfunding". Sebbene non sia chiarita la tipologia di *crowfundig* commissionata al professionista (*donation based, reward based, social lending, volendo escludere l'equity crowdfunding*), l'attività di raccolta fondi – e, in particolare, quella di crowdfunding che si caratterizza per raccolte eseguite su "piattaforme" o "portali" on line – se svolta a carattere professionale rientra nell'ambito di applicazione di discipline già esistenti per attività riservate (appello al pubblico risparmio, servizi di pagamento, etc.). L'attività di raccolta fondi non sfugge infatti ad esatte regolamentazioni, sia a livello nazionale che europeo, contenute principalmente nel Testo Unico sulla Finanza (TUF), nel Testo Unico Bancario (TUB), nella Direttiva AIFMD (Alternative Investment Fund Managers), nella PSD 1 (Payment Service Directive), nella PSD 2, nelle Direttive contro il riciclaggio e contro il finanziamento del terrorismo, nel Codice della Privacy, nel Codice Civile e nelle Direttive MiFID.

Accanto a detta regolamentazione, il decreto legge Crescita bis (D.L. 179/2012) e il decreto legge 33/2015 - unitamente al Regolamento Consob sulla raccolta di capitali tramite portali online adottato con delibera n. 18592 del 26 giugno 2013, da ultimo aggiornato al 6 febbraio 2020 – hanno disciplinato l'attività di equity crowdfunding come pure, da ultimo, il Regolamento (UE) 2020/1503, relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese (Regulation on European Crowdfunding Service Providers, "Regolamento ECSP") hanno sostanzialmente ridefinito la disciplina del lending crowdfunding.

Trattasi, dunque, di attività regolamentata il cui affidamento non può prescindere dall'esatta verifica dei requisiti (oggettivi e soggettivi) prescritti dalle normative di riferimento. Verifica che dunque dovrà essere specificamente condotta dall'Associazione prima di affidare un incarico che potrebbe risultare non appropriato per via dei vincoli normativi sopra citati.

*

Ultimo cenno può essere rivolto al richiamato Decreto legislativo 165/2001. Sul punto, va segnalata la difficoltà di inquadramento dell'Associazione. Ancorché ente di natura privata (associazione, appunto) è vero che il dettato normativo di cui all'art. 1, comma 2, del citato Decreto legislativo ("Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi ... le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni").

Ad avviso di chi scrive la logica "associativa" indicata dal Decreto legislativo 165/2001 si rivolge all'esercizio in forma privata di funzioni effettivamente e tipicamente pubbliche (come è il caso delle c.d. "aziende speciali" o della esternalizzazione di ruoli che gli enti partecipanti all'associazione avrebbero dovuto altrimenti svolgere per ruolo tipico ad essi assegnato per legge





Scordino De Bellis
L. J. et al.

e non per "scelta"). Funzioni che non sembrano affatto operare nel caso di specie. Nessuno discute della rilevanza degli scopi culturali che appunto appartengono all'Associazione (come ad altre istituzioni culturali, del resto, persino in una logica ormai quasi-concorrenziale), ma tali funzioni non costituiscono un effettivo affidamento di attività tipicamente amministrative o pubblicistiche per conto degli enti pubblici costituenti (ad un tale principio si rivolge in particolare il Consiglio di Stato nella sentenza n. 5643 del 11 dicembre 2015).

Ad ogni buon conto, non può sottacersi l'esigenza che il richiamo ad "associazioni" da parte del Decreto legislativo 165/2001 possa comportare – per i contratti non rientranti nell'ambito legale o tecnico – la potenziale applicazione dell'art. 7, comma 5-bis, a mente del quale "è 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". Di tale divieto dovrà dunque tenersi conto al momento della descrizione esatta dell'incarico e della esclusione della ricorrenza di un "contratto di collaborazione" del tipo di quello appena citato.

Come detto, si tratta di un rischio oggettivamente remoto, sia per la natura stessa dell'Associazione, sia ancora per l'arresto da ultimo riveniente dalla già citata Corte di giustizia dell'11 settembre 2019, C- 612/17 e C-613/17 (e dalla conseguente Corte Conti, sez. riun., 21 gennaio 2020, sentenza n. 1/2020) a mente della quale la circostanza che l'Associazione operi con maggioranza di risorse pubbliche non determina una natura pubblicistica dell'ente stesso. E tanto meno ciò avviene ove sia presente un consiglio di amministrazione (come sembra pur essere il caso dell'Associazione) che non sia soggetta ad un controllo vincolistico e gerarchico ad opera degli enti partecipanti.

Peraltro, si tratta (ed è forse la considerazione conclusiva) di un rischio che può essere normativamente superato in ragione dell'ulteriore comma 6 del medesimo art. 7 del Decreto legislativo 165/2001. Ed invero: "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, 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; d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione; 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. Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione [...] con soggetti che operino nel





Scordino De Bellis
L. Scordino De Bellis

campo dell'arte, dello spettacolo dei mestieri artigianali [...] ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore [...] [e] fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato”.

Dunque, ove vi sia una ragione oggettiva di affidamento, e ove non vi sia personale interno, i detti affidamenti (soprattutto in ambito dell'arte e dello spettacolo) sono pur sempre possibili. Ciò però ferma la necessità di non creare contratti continuativi, di non affidarsi a prestazioni “generiche” ma specifiche (ovvero rivolte a risolvere problematiche dettagliate) e di non provvedere ad automatici rinnovi (sostanzialmente dovendosi tornare al vincolo della rotazione, salvi casi davvero eccezionali). In altre parole, l'affidamento della collaborazione a terzi può avvenire solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione non sia davvero in grado di far fronte ad una particolare e temporanea esigenza con le risorse professionali presenti in quel momento al suo interno, dovendosi trattare di un rimedio eccezionale e non rivolto a sopperire esigenze organizzative costanti.

In conclusione, si può ritenere che in ragione dei limiti dimensionali dei contratti in commento, il relativo rinnovo non possa comportare una diretta violazione di normative vincolistiche. Ciò è in particolare vero con riguardo ai contratti a contenuto legale, di assistenza contabile e fiscale e ancora è vero con riguardo al contratto a contenuto creativo-artistico.

Lo stesso deve dirsi con riferimento ai contratti a contenuto tecnico, con l'aggiunta però che per tali contratti dovrà in futuro essere applicato il principio della rotazione, potendo non risultare giustificabile la semplice assegnazione di una serie continua di contratti *continui* o reiterati pur in presenza di affidamenti sotto la soglia dei 40.000,00 €.

Da ultimo, si raccomanda una particolare riflessione con riguardo a contratti che possano contrastare con vincoli di carattere finanziario (disciplina vincolistica del crowdfunding e divieto della sollecitazione all'investimento) e soprattutto una specifica limitazione (e se possibile graduale abbandono) per i contratti che possano rientrare nella consulenza o ricerca generica o comunque possano costituire contratti di collaborazione “continuata” (in particolare quelli riguardanti gli eventi o il marketing o simili). Per i quali potrebbe dirsi comunque operante un divieto di rinnovo.

In ogni caso, e come più volte richiamato, per tutti i contratti in esame è essenziale una compiuta motivazione di relativa adozione, sia in rapporto al perché dell'affidamento a quel dato professionista (in coerenza con la necessità di spiegare il vincolo fiduciario e la connessione tra tale vincolo e l'attività richiesta), sia ancora in rapporto all'assenza di personale interno, sia ancora in rapporto all'assenza di sovrapposizioni, e sia infine in rapporto alla necessità effettiva dei servizi oggetto di affidamento. A seconda dei casi, e per quanto si è sopra detto, dovendosi distinguere i casi sussumibili ad una esigenza anche ripetuta di assistenza all'azione di governo dell'Associazione (caso dei contratti di assistenza legale), dai casi comunque soggetti al principio della rotazione (contratti di tipo tecnico) ovvero ancora dai casi di assistenza temporanea e non ripetibile (caso dei contratti a contenuto *non tecnico* o generico o “atipico”).

Piazza Margana, 19
00186 Roma - Italia
T +39 06 697737
F +39 06 39915351

Via Carlo Porta, 1
20121 Milano - Italia
T +39 02 76317629

info@elled.global
www.elled.global
P.I. 14829281006

