

## **Appalto gratuito, ecco perché il Consiglio di Stato sbaglia**

### **Premesse**

La possibilità, per un professionista, di offrire gratuitamente la propria attività lavorativa di per sé è ammessa dal nostro ordinamento, ma solo quale eccezione esplicita, alternativa unica alla presunzione della onerosità della prestazione, e solo se frutto della libera determinazione del prestatore d'opera, senza possibilità di imposizioni.

Ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. *ii*), del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

Alla luce delle direttive comunitarie (2014/23, 2014/25) l'onerosità del corrispettivo è un elemento strumentale indefettibile dei contratti stipulati nell'ambito di un appalto pubblico.

### **La posizione (contraddittoria) della questione in generale**

Le risposte alle interrogazioni parlamentari, la sentenza n. 4614/17 del Consiglio di Stato che queste richiamano adagiandovisi sterilmente, patiscono una identica contraddizione di fondo nell'individuare la verifica fondamentale: *“anche un affidamento a titolo gratuito configura un contratto a titolo oneroso”*, un ossimoro frutto di un evidente fraintendimento, l'assimilazione della possibilità che la natura patrimoniale di una prestazione contrattuale possa anche non contemplare una dazione di denaro, ma altra utilità definita, con la gratuità – e dunque non onerosità – di una prestazione.

È vero, infatti, che il nostro ordinamento riconosce la natura patrimoniale a prestazioni che nell'ambito dell'obbligazione contrattuale non prevedono il pagamento di un importo in denaro, purché economicamente ed oggettivamente apprezzabili, ma in tali ipotesi la prestazione, ed il negozio giuridico sotteso, non può dirsi *gratuito*, recando un interesse patrimoniale economicamente rilevante. Pertanto, la questione non è la possibilità di considerare *onerosa* una prestazione *gratuita*, bensì verificare se una prestazione professionale dichiaratamente gratuita sia ammissibile nel quadro delineato dalle direttive europee ed attuato dal Codice dei contratti pubblici, che ne impone l'onerosità. Ed in questo senso la risposta non può che essere negativa.

#### L'erroneità specifica della sentenza n. 4614/17 del Consiglio di Stato

La prospettiva di un appalto che pretenda la gratuità della prestazione è fondata dalla sentenza n. 4614/17 sulla considerazione che l'onerosità, obbligatoriamente prevista dal Codice dei contratti pubblici, *“può assumere per il contratto pubblico un significato attenuato o in parte diverso rispetto all'accezione tradizionale e propria del mondo interprivato”*.

Va detto innanzi tutto che contrariamente alle premesse della sentenza, i tentativi di dare fondamento alla tesi dei giudici si fondano su argomentazioni tipiche, invece, proprio del diritto privato: l'onerosità della prestazione come non esclusività della dazione di somme di denaro.

Tale possibilità è riconosciuta con il concetto di patrimonialità della prestazione, che implica la sussistenza di un interesse oggettivo, suscettibile di valutazione economica, che realizzi l'interesse giuridicamente apprezzabile, immediatamente determinato o comunque determinabile dall'esecuzione del contratto, per chi adempie alla prestazione cui si è obbligato con il contratto e non riceve una somma di denaro quale corrispettivo.

Ma nella circostanza specifica, occasione per il Consiglio di Stato per introdurre l'innovativo concetto di compenso professionale *honoris causa*, la natura patrimoniale della prestazione dovrebbe fondarsi sulla considerazione che la natura onerosa del contratto, pur in assenza di alcun corrispettivo per il

professionista che deve garantire la propria opera, è *“ragionevolmente assicurata da altri vantaggi, economicamente apprezzabili anche se non direttamente finanziari, potenzialmente derivanti dal contratto”*.

L'erroneità delle conclusioni è evidente: si sostituisce alla patrimonialità della prestazione nel contratto (necessaria), dalla quale dovrebbe derivare l'onerosità dell'appalto pubblico (obbligatoria *ex lege*) una mera aspettativa, vaga, di presunti ed indefiniti *“altri vantaggi”*, neppure certi, perché dichiarati espressamente soltanto *“potenzialmente”* derivanti dal contratto. La conferma proviene proprio dagli argomenti posti dalla sentenza a sostegno di tale tesi: il paragone con i contratti relativi al c.d. *“Terzo settore”*, quelli di sponsorizzazione, i casi di realizzazione a scomputo delle opere di urbanizzazione.

Si tratta di casi nei quali il dato patrimoniale è immediatamente apprezzabile o la specialità della fattispecie non ne consente l'assimilazione generale e perciò risultano del tutto estranei a quanto deciso dalla sentenza n. 4614/17.

Nel caso della realizzazione a scomputo delle opere di urbanizzazione, infatti, è evidente lo scambio di utilità immediatamente determinato ed il rilievo patrimoniale dello stesso, così come nel contratto di sponsorizzazione, che prevede l'obbligazione, dietro corrispettivo, della promozione di un marchio o di un prodotto, contenuto specifico e dal contenuto patrimoniale del contratto. Il *pregio*, invece, peraltro soltanto potenziale, di prestare la propria attività professionale in favore della Pubblica Amministrazione rappresenta tutt'al più un motivo per la sottoscrizione del contratto, intimo, e come tale irrilevante ai fini contrattuali.

Né può assurgere a principio generale l'eccezionalità della prestazione gratuita nell'ambito del c.d. *“Terzo settore”*, la cui specialità giuridica, ontologicamente priva di finalità lucrativa, impedisce qualsiasi interpretazione analogico-estensiva.

### **Il rigore delle norme speciali e dei principi generali**

Pertanto, ammettere che la Pubblica Amministrazione può pretendere dai professionisti una prestazione lavorativa gratuita viola diffusi principi, generali e speciali, del nostro ordinamento.

Si pone in contrasto con il carattere necessariamente patrimoniale della prestazione (art. 1174 c.c.), non assolto da una vaga e presunta gratificazione che discenderebbe dall'aver lavorato per la P.A..

Viola il Codice dei contratti pubblici e la normativa comunitaria della quale costituisce attuazione, che individua nell'onerosità un requisito essenziale ed indefettibile dell'appalto pubblico.

Vilipende il diritto ad una remunerazione dignitosa del lavoro (artt. 35 e 36 Cost., art. 2233c.c.), per la cui affermazione gli ordini professionali si stanno spendendo, attualizzato dal doveroso riconoscimento del diritto all'equo compenso, in una norma di diritto positivo.

**A cura di**  
Pasquale Staropoli

---

DIPARTIMENTO SCIENTIFICO della  
**FONDAZIONE STUDI**  
Via del Caravaggio 66  
00145 Roma (RM)  
[fondazionestudi@consulentidellavoro.it](mailto:fondazionestudi@consulentidellavoro.it)