

Il conferimento di incarichi professionali esterni nella Pubblica Amministrazione

Ammissibilità e limiti del conferimento di incarichi a professionisti esterni alla P.A. In particolare, il conferimento di incarichi ad avvocati per la gestione del contenzioso. I controlli della Corte dei conti e i principali orientamenti giurisprudenziali.

a cura di **Gianluca Sposito***

LA QUESTIONE

Che limiti incontrano le Pubbliche Amministrazioni nell'affidamento di incarichi professionali esterni? Quali i criteri per l'assegnazione di tali incarichi? Quali limiti incontra l'attività di controllo della Corte dei conti? Quali sono i criteri per la determinazione dei compensi dei consulenti esterni all'Amministrazione pubblica?

INTRODUZIONE

Le Amministrazioni dello Stato per il conseguimento dei fini istituzionali, oltre ad avvalersi della collaborazione dei propri organi, possono conferire incarichi individuali ad esperti di comprovata competenza tecnica per esigenze cui non possono far fronte con il personale in servizio. Già la legge n. 142/1990¹, ed oggi il Testo Unico sugli Enti Locali², individuano tre diverse fattispecie di incarichi esterni: a) la "chiamata" di soggetti esterni all'Amministrazione negli uffici di staff degli organi politici; b) il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali; c) le convenzioni professionali per alte specializzazioni. La materia degli incarichi professionali e di consulenza, dopo il risalto avuto da alcune recenti pronunce della magistratura contabile, appare oggi di particolare attualità e delicatezza anche per la volontà, più volte espressa dal legislatore, di rivalorizzare le professionalità interne alle Amministrazioni e di contenere la spesa pubblica.

Peraltro, il mancato rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa in vigore per l'affidamento di incarichi esterni può determinare l'illegittimità del provvedimento, con danno per l'erario e conseguente responsabilità amministrativa.

*Avvocato del Foro di Pesaro, docente di Argomentazione giuridica e retorica forense presso la Facoltà di Giurisprudenza, Università di Urbino.

¹) Modificata prima dalla legge n. 127/1997, poi dalla legge n. 191/1998 e, infine, dalla legge n. 265/1999.

²) D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, artt. 107 ss.

LE NORME

Legge 7 agosto 1990, n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Art. 1 – Principi

D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (come sostituito dall'art. 5 del D.Lgs. n. 546/1993) – Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina del pubblico impiego.

Art. 7 – Gestione delle risorse umane

Legge 23 dicembre 1994, n. 724 – Misure di razionalizzazione della finanza pubblica (legge finanziaria 1995).

Art. 25 – Incarichi di consulenza

Legge 23 dicembre 1996, n. 662 – Misure di razionalizzazione della finanza pubblica (legge finanziaria 1997).

Art. 1 – Misure in materia di sanità, pubblico impiego, istruzione, finanza regionale e locale, previdenza e assistenza

Legge 23 dicembre 1999, n. 488 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2000).

Art. 30 – Patto di stabilità interna

D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Art. 110 – Incarichi a contratto

D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Art. 7 – Gestione delle risorse umane

Legge 30 luglio 2004, n. 191 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168, recante interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica.

Art. 1 – Interventi correttivi di finanza pubblica

Legge 30 dicembre 2004 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005).

Art. 1

LA FATTISPECIE

L'articolo 7, comma 6, del D.Lgs. n. 29/1993, come sostituito dall'articolo 5 del D.Lgs. n. 546/1993, ha stabilito – in via generale – che per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le Amministrazioni Pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione. Non pare dubbio che la norma, per come è formulata, fa riferimento all'attivazione di un rapporto di lavoro autonomo, regolato dagli artt. 2229 e ss. del Codice civile, caratterizzato dal compimento verso un corrispettivo di un'opera intellettuale, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente. L'art. 25 della legge n. 724/1994 ha stabilito che, al fine di garantire la piena e effettiva trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, al personale delle Amministrazioni di cui

all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 29/1993 che cessa volontariamente dal servizio (pur non avendo il requisito previsto per il pensionamento di vecchiaia dai rispettivi ordinamenti previdenziali, ma che tuttavia ha il requisito contributivo per l'ottenimento della pensione anticipata di anzianità previsto dai rispettivi ordinamenti), non possono essere conferiti incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca da parte dell'Amministrazione di provenienza o di Amministrazioni con le quali ha avuto rapporti di lavoro o impiego nei cinque anni precedenti a quello della cessazione dal servizio. L'art. 1, comma 127, della legge n. 662/1996 ha infine previsto che le Pubbliche Amministrazioni che si avvalgono di collaboratori esterni o che affidano incarichi di consulenza per i quali è previsto un compenso pubblicano elenchi nei quali sono indicati i soggetti percettori, la ragione dell'incarico e l'ammontare erogato. Copia degli elenchi è trasmessa semestralmente alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica³. L'art. 110, ultimo comma, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.), ha poi previsto che, per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità. La legge finanziaria 2000 (art. 30, comma 8, modificato dalla legge n. 388/2000) ha poi stabilito che, per raggiungere il patto di stabilità interna, gli enti devono limitare il ricorso alle consulenze esterne; elemento ribadito dalla legge n. 191/2004, e dalla ancor più recente legge n. 311/2004 (legge finanziaria 2005). Da queste norme deriva che una Pubblica Amministrazione può affidare degli incarichi a professionisti esterni soltanto quando vi sia la dimostrata impossibilità per le strutture interne dell'ente, o per i funzionari in servizio, di effettuare queste prestazioni e quando l'incarico (che deve essere temporaneo e non continuativo) comporta la risoluzione di problemi di particolare complessità, eccedenti le normali competenze dei dipendenti dell'amministrazione.

LA GIURISPRUDENZA

I presupposti per l'affidamento all'esterno

L'affidamento all'esterno di compiti delle Pubbliche Amministrazioni è disciplinato puntualmente dalle leggi ed è stato precisato, con una casistica significativa, dalla giurisprudenza della Corte dei conti. Quest'ultima, ad esempio, ha ritenuto illegittimo l'incarico esterno per lo svolgimento di attività prettamente amministrative e di supporto, che avrebbero potuto tranquillamente essere svolte dai dipendenti comunali⁴.

Quanto ai requisiti professionali dei nominati consulenti ed esperti, la Corte dei conti Lazio, con sentenza del 25 settembre 2000, n. 1544⁵, ha ritenuto illegittimi gli incarichi conferiti a soggetti privi di specifiche professionalità. Nel caso di specie, la Corte ha rilevato come i compiti affidati ai professionisti sarebbero inoltre stati di assoluta genericità, sicché il loro espletamento si sarebbe sovrapposto alle normali attività degli uffici comunali, al cui interno prestavano servizio dipendenti e funzionari in possesso, oltretutto, delle capacità necessarie ad espletare i compiti affidati all'esterno. In sostanza, il conferimento degli incarichi esterni sa-

³ Si veda altresì - ed analogamente - l'art. 58, comma 14, ultima parte, del D.Lgs. n. 29/1993.

⁴ Corte dei conti Emilia-Romagna 10 febbraio 1997, n. 122, in Foro amm., 1997, 1839.

⁵ In Foro it., 2001, III, 91, con nota di LORELLI.

rebbe avvenuto col fine prevalente, se non esclusivo, «di favorire persone di fiducia, portavoce, segretari, ecc.», senza che l'ente abbia ricevuto vantaggi di tale attività e, perciò, esponendo le finanze pubbliche ad un esborso ingiustificato.

Tuttavia, in passato la giurisprudenza si era espressa in maniera meno restrittiva, avendo ritenuto che non è connotato da colpa grave il comportamento di amministratori, funzionari e revisori responsabili dell'affidamento di numerosi incarichi esterni nel mancato rispetto di circolari disciplinatrici della materia, allorché gli incarichi stessi siano risultati utili e vantaggiosi e, comunque, in linea con i fini istituzionali dell'ente o, quanto meno, non estranei ad essi, pur nel presupposto della carenza di personale qualificato in grado di svolgerli⁶.

Recentemente la Corte dei conti ha rimarcato ancora di più le rigorose e puntuali linee giurisprudenziali sopra esposte. Infatti, la Sezione giurisdizionale della Basilicata⁷ ha stabilito che:

- a) «il conferimento di consulenze esterne (...) deve essere segnato dall'esigenza di conseguire obiettivi predeterminati attraverso l'utilizzazione di risorse caratterizzate da alto contenuto di professionalità»;
- b) «l'incarico esterno deve conseguire non una "qualunque" prestazione specialistica ricompresa in quel settore operativo proprio dell'amministrazione, considerato insufficiente o carente, bensì proprio "quella" prestazione». Perciò è proprio l'elevato tasso di specializzazione professionale – non rinvenibile all'interno dell'organizzazione amministrativa – che vale a qualificare la prestazione come «infungibile, unica e irripetibile»;
- c) l'incarico esterno comporta che vi è «il temporaneo inserimento nell'organizzazione della pubblica amministrazione di personale di provata competenza, da utilizzare per fronteggiare esigenze particolari, e "non ordinarie", alle quali non sia possibile adibire unità in servizio presso l'ente».

Criteri di valutazione della legittimità della consulenza esterna

La giurisprudenza dei giudici contabili ha quindi un costante filo rosso che – pur nelle diverse ipotesi considerate – si basa sui vari aspetti della legittimità dell'attività amministrativa, e nella conseguente illegittimità di un'attività che non sia retta da criteri di economicità, e comporti – con la consulenza esterna – quanto meno una duplicazione delle spese.

È pur vero che la stessa giurisprudenza nella valutazione del danno ha ritenuto che si deve considerare anche il vantaggio economico che tale consulenza esterna ha eventualmente determinato in favore dell'ente⁸; ma ciò costituisce soltanto un puntuale corollario, e non viola la regola generale del comportamento che la Pubblica Amministrazione deve obbligatoriamente tenere. In conseguenza, l'affidamento di un incarico esterno, al di fuori di questi "binari" di economicità, non sarebbe legittimo: provocherebbe un danno economico all'ente e farebbe sorgere, per i soggetti che lo hanno deliberato, una responsabilità amministrativa, con il necessario risarcimento del danno.

Insindacabilità delle scelte dell'ente pubblico da parte della Corte dei conti

Per altro verso, la giurisprudenza ha precisato che, anche dopo la legge n. 20/1994 (come

⁶ Corte dei conti Lazio 30 ottobre 1997, n. 216, in Foro it. rep., 1999, voce «Responsabilità contabile», n. 188.

⁷ Con sentenza 16 settembre 2004, n. 229.

⁸ Corte dei conti, Sez. app. Sicilia, 9 maggio 2001, n. 84.

modificata dalla legge n. 639/1996), per la quale il merito delle scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione è sottoposto al vaglio della Corte dei conti, questa conserva comunque il potere di giudicare in ordine al corretto esercizio della facoltà concessa agli enti locali di utilizzare soggetti estranei all'amministrazione al fine di perseguire finalità istituzionali in relazione alle quali operino già strutture interne agli enti. In sostanza, l'insindacabilità nel merito delle opzioni degli amministratori esclude che il giudice contabile possa sindacare l'opportunità e la convenienza amministrativa delle scelte effettuate, ma non che gli sia impedita la valutazione dell'operato dell'amministrazione in termini di congruità, logicità, ragionevolezza e obiettività dell'azione amministrativa⁹.

Le competenze per l'affidamento dell'incarico

Il testo dell'art. 56 della legge n. 142/1990, modificato dall'art. 14 della legge n. 265/1999, affidando ai dirigenti o responsabili di servizio la competenza ad adottare il provvedimento col quale l'ente stabilisce di avviare le procedure contrattuali, ha reso palese che il provvedimento a contrattare sia di competenza dirigenziale. Il Testo Unico, nel prevedere che la Giunta compia soltanto funzioni di governo e non di amministrazione, contribuisce a risolvere, sia pure indirettamente, la questione della competenza all'affidamento degli incarichi, ponendosi in linea con la giurisprudenza. Se la giunta non è più competente per le funzioni di amministrazione attiva, è del tutto chiaro che essa non deve compiere più atti di gestione concreta, giacché questi sono di esclusiva competenza dei dirigenti. La conseguenza di ciò è che neanche per via statutaria sarà più possibile per gli enti locali assegnare alla Giunta competenze nelle quali vi è un ampio margine di discrezionalità, se detta discrezionalità non attinga a funzioni di governo. È dunque difficile sostenere una competenza della Giunta ai fini dell'assegnazione degli incarichi ai professionisti: questa fattispecie, infatti, non appare in alcun modo una "funzione di governo", pur essendo caratterizzata — quando non vi sia a monte della scelta del professionista una procedura di gara — da un'ampia discrezionalità. Se l'opera di un professionista si rende necessaria per il conseguimento di un determinato obiettivo gestionale (dalla formazione del personale alla progettazione di un'opera pubblica, dalla costituzione di una società alla valutazione del rischio ai sensi del D.Lgs. n. 626/1994) è conseguenza che l'incarico sia affidato direttamente dal dirigente competente, che nel piano esecutivo di gestione deve avere ottenuto le risorse per poter concludere un contratto d'opera professionale rientrando tra i mezzi a lui necessari per conseguire i suoi risultati. L'individuazione del professionista è un puro e semplice atto di amministrazione e come tale non atto di governo, quindi non può essere adottato dalla Giunta. Se l'atto della Giunta fosse configurato come direttiva, si rivelerebbe illegittimo, in quanto l'atto di indirizzo non può e non deve esaurire il contenuto dell'atto o degli atti gestionali conseguenti, configurando una sorta di avocazione di fatto o comunque un'inammissibile ingerenza nella sfera di un altro soggetto, per altro con l'effetto surrettizio di scaricare la responsabilità sul dirigente. Esiste peraltro una giurisprudenza amministrativa costante, pacifica ed incontrovertita che sul punto ha deciso all'unisono: il conferimento degli incarichi professionali è atto che attiene alla gestione, di competenza dunque della dirigenza, in applicazione del principio della separa-

⁹ Corte dei conti, Sez. II app., 28 aprile 1998, n. 126, in Riv. giur. pol., 1999, 103 (orientamento consolidato).

zione delle funzioni gestionali da quelle di indirizzo politico ed amministrativo e di controllo (che invece spettano agli organi di governo)¹⁰.

In particolare, TAR Puglia, Bari, Sez. II, 23 marzo 2000, n. 1248¹¹, ha affermato i seguenti principi:

- 1) la competenza all'assegnazione degli incarichi a professionisti è sempre dei dirigenti, anche quando si tratta di incarichi fiduciari;
- 2) la normativa autonoma (statuti e regolamenti) degli enti locali non può modificare gli assetti delle competenze previsti dalla legge: per questi aspetti la norma locale è norma certamente subordinata alla legge che circoscrive dunque gli spazi dell'autonomia statutaria degli enti alla sola possibilità di esplicitare le modalità d'esercizio delle competenze, ma non può stabilire una diversa ripartizione delle stesse, laddove la legge lo ha fatto con chiarezza.

Forma dell'accordo

Il conferimento di un incarico da parte di Amministrazioni Pubbliche deve considerarsi irregolare quando l'interna deliberazione dell'ente non sia stata seguita da un contratto sottoscritto da entrambe le parti. È infatti insufficiente, ai fini della conclusione del contratto d'opera contrattuale, che al professionista sia stata comunicata la delibera interna dell'ente, di autorizzazione al conferimento dell'incarico, e che lo stesso professionista abbia, ad incarico espletato, inviato all'ente nota con la specifica delle proprie competenze, posto che la conclusione a mezzo di corrispondenza è ammessa, ex articolo 17 R.D. n. 2440/1923, solo quando il contratto intercorra tra amministrazione e ditte commerciali¹². La mancanza del contratto paralizza, peraltro, anche l'istituto della ratifica¹³.

Deve essere ricordato, al riguardo, che per il disposto dell'articolo 2231 c.c. l'esecuzione di una prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge (si pensi, ad esempio, ai revisori dei conti, al "medico competente" di cui all'articolo 17 del D.Lgs. n. 626/1994, ecc.) dà luogo a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, rilevabile anche d'ufficio, e, privando il contratto di qualsiasi effetto, non attribuisce al professionista azione per il pagamento della retribuzione¹⁴. Infine, l'attività di consulenza affidata a soggetti estranei all'amministrazione «deve necessariamente esprimersi con atti e pareri scritti, onde renderne conoscibili i risultati»¹⁵.

La gestione del contenzioso dell'ente locale: gli incarichi ad avvocati esterni

Le piccole e medie amministrazioni comunali non dispongono di propri uffici legali e possono, quindi, in taluni casi rivolgersi a liberi professionisti per sopperire alla carenza del proprio apparato burocratico ovvero per ampliare, mediante qualificati interventi esterni, le competenze degli uffici, purché nell'atto di conferimento dell'incarico ad estranei forniscano una dimo-

¹⁰ V., da ultimo, TAR Campania, Napoli, Sez. II, 18 dicembre 2003, n. 15430; TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 23 maggio 2002, n. 769.

¹¹ In Urbanistica e appalti, 2000, 990, con nota di PROTO.

¹² Cass. civ. 14 marzo 1998, n. 2772, in Foro it., 1998, I, 715.

¹³ Cass. civ. 8 marzo 2000, n. 2619, in Appalti urbanistica edilizia, 2001, 245.

¹⁴ Cass. civ. 16 gennaio 1996, n. 305, in Giust. civ. mass., 1996, 61; id., 2 dicembre 1993, n. 11947, in Giust. civ. mass., 1993, 12.

¹⁵ Corte dei conti Sicilia 8 giugno 1995, n. 189, in Riv. Corte conti, 1995, 4, II, 114.

zione rigorosa ed esaustiva della ragioni giustificatrici del provvedimento attraverso una congrua illustrazione di tutte le problematiche di particolare complessità e difficoltà che determinano il ricorso alla consulenza specialistica e specifichino i motivi per cui, in casi particolari, l'organizzazione amministrativa interna è ritenuta priva della necessaria competenza professionale¹⁶. Dall'abrogato art. 220 del T.U.L.C.P. n. 383/1934 e dagli artt. 97 e 128 della Costituzione si può solo ricavare il principio per cui gli enti locali, nell'esercizio dei poteri discrezionali relativi alla loro autonomia organizzativa, trovano un limite nell'obbligo di utilizzare le proprie strutture e il proprio personale: tale limite non riguarda le attività di carattere meramente ausiliario. Non vi è alcuna norma che impedisca di ricorrere alla collaborazione esterna di professionisti legali, soprattutto se l'ente non disponga di una propria struttura interna¹⁷.

È stato altresì ritenuto che non è illegittima l'azione di un Comune che, pure avendo nel proprio organico personale appartenente al ruolo legale, decida di acquisire pareri da parte di giuristi estranei all'Amministrazione su punti di diritto che presentino dubbi, posto che l'essersi previsto l'ausilio di un soggetto esterno alla propria organizzazione non basta, in via generale, a far venire meno l'imparzialità di un organo pubblico¹⁸.

Più di recente, si è invece affermato che è illegittimo il conferimento di un incarico di consulenza legale affidato dalla Giunta comunale ad un soggetto esterno all'apparato burocratico del Comune, nel caso in cui la struttura pubblica locale sia dotata di un funzionante ufficio contenzioso, atteso che, da un lato, le predette funzioni esterne, oltre a doppiare inutilmente quelle legali interne all'ente, possono compromettere la funzionalità stessa dell'ufficio del contenzioso e l'unità d'indirizzo nella questione degli affari, e, dall'altro, l'esborso finanziario che ne deriva è privo di alcuna giustificazione, viola la regola di economicità di gestione che presiede alla spesa pubblica, e ne compromette il buon andamento¹⁹.

Del tutto simile la posizione della Corte dei conti, che ha più volte precisato come la realizzazione di una struttura parallela, che non consista in una consulenza del tutto eccezionale e temporanea, abbia l'effetto di svilire il personale dell'ente che ha l'orgoglio delle proprie funzioni e della propria professionalità. In particolare, la Corte dei conti Liguria, 6 novembre 2003, n. 912, ha ritenuto illegittimo e dunque dannoso, nonché connotato da colpa grave, il conferimento ad un avvocato libero-professionista da parte di una Amministrazione comunale dell'incarico di svolgere consulenza legale stragiudiziale non già su specifiche problematiche richiedenti un particolare apporto professionale bensì, genericamente, sulle materie relative alle attività di competenza del Comune, da rendersi presso gli uffici comunali in un giorno prestabilito della settimana dietro corrispettivo fisso preventivamente e globalmente predeterminato, e con la previsione di separata remunerazione secondo tariffa professionale delle consultazioni necessitanti di studio particolare (né in tal caso la regolare prestazione dell'attività da parte del professionista, non costituendo per l'ente una effettiva esigenza necessitata, consente di individuare un vantaggio per l'amministrazione conferente ex art. 1, comma 1 bis, legge n. 20/1994)²⁰.

16) TAR Valle d'Aosta 26 febbraio 1990, n. 13, in TAR, 1990, I, 1471; TAR Brescia 25 febbraio 1986, n. 59, in TAR, 1986, I, 1380.

17) TAR Emilia-Romagna Bologna, Sez. II, 31 gennaio 1990, n. 25, in Foro amm., 1990, 2093.

18) Cons. Stato, Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1357, in Giur. bollettino legisl. tecnica, 1998, 74.

19) TAR Puglia, Bari, Sez. II, 20 giugno 2003, n. 2535, in I Contratti dello Stato e degli enti pubblici, 2003, 4, 665.

20) Nel caso di specie, pur in difetto della formale espressione di parere di legittimità - non più previsto come obbligatorio dopo le modificazioni introdotte nell'articolo 53, comma 1, legge n. 142/1990 dall'articolo 17, comma 85, legge n. 127/1997 - il Segretario comunale, in quanto organo di consulenza ed assistenza giuridico-amministrativa (v. ora art. 97 D.Lgs. n. 267/2000), risponde del danno derivante dalla adozione, da parte della Giunta comunale, di atti deliberativi illegittimi allorché non abbia espresso il proprio motivato dissenso circa la adozione degli atti gestori illegittimi, atteso che, in tal caso, l'inerzia assume efficacia causale nella produzione dell'evento dannoso.

Il compenso

Riguardo al compenso, che in ogni caso deve essere adeguato all'importanza dell'opera e al decoro della professione (art. 2233, comma 2, c.c.), la giurisprudenza ha ritenuto che nella disciplina delle professioni intellettuali – poiché il contratto costituisce la fonte principale per la determinazione del compenso mentre la relativa tariffa rappresenta una fonte sussidiaria e suppletiva, alla quale è dato ricorrere solo in assenza di pattuizioni al riguardo (il cui accertamento è riservato al giudice del merito) – le limitazioni al potere di autonomia delle parti e la prevalenza della liquidazione in base a tariffa possono derivare soltanto da leggi formali o da altri atti aventi forza di legge, riguardanti gli ordinamenti delle singole professioni, sicché sono illegittime, e vanno disapplicate dal giudice, le disposizioni di un decreto ministeriale che, in mancanza di delega legislativa, prevedano l'inderogabilità dei minimi tariffari²¹.

Il principio dell'inderogabilità della tariffa degli onorari per le prestazioni professionali è vigente solo nell'ambito interno dell'ordine professionale, talché qualsiasi sua violazione determina una sanzione di carattere disciplinare a carico del professionista, ma non opera rispetto all'ambito esterno e quindi nei rapporti contrattuali, per cui la suddetta tariffa ha unicamente valore suppletivo dell'autonomia contrattuale delle parti con la conseguenza che la determinazione del compenso non comporta le nullità del relativo patto, che, ancorché contrario ai minimi tariffari, resta prevalente rispetto agli stessi. Non è esclusa, in mancanza di un espresso divieto legislativo, la legittimità della clausola con la quale le parti pattuiscono che il diritto all'onorario per il professionista sia condizionato al conseguimento di un risultato positivo per il cliente.

L'art. 2237 c.c. disciplina infine il recesso del cliente e del prestatore nel contratto d'opera intellettuale. Al riguardo è stato stabilito che l'asserita mora del cliente nel corrispondere il compenso può giustificare il recesso del professionista dal rapporto di prestazione d'opera – recesso che deve comunque avvenire senza pregiudizio del cliente stesso, ai sensi dell'art. 2237 c.c. – ma non giustifica in alcun modo lo svolgimento della prestazione senza la dovuta diligenza ai sensi dell'art. 2236 c.c.²²

INCARICHI A CONSULENTI ED ESPERTI ESTERNI

TAR Puglia, Bari, Sez. II, 20 giugno 2003, n. 2535

Un incarico di consulenza legale affidato a soggetto esterno all'apparato burocratico non è consentito ex art. 7 c. 6 del D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 quando nella struttura pubblica locale sia funzionante un ufficio contenzioso dipendente dall'ente. (*Banca Dati Lex24*)

Cassazione civ., Sez. II, 21 maggio 2003, n. 7962

Il contratto d'opera professionale stipulato con la Pubblica amministrazione (nella specie, un Comune), anche se questa agisca *jure privatorum* deve essere redatto, a pena di nullità, in forma scritta a norma degli artt. 16 e 17 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440; l'osservanza di detto requisito richiede la redazione di un atto recante la sottoscrizione del professionista e dell'organo dell'Ente legittimato ad esprimerne la volontà all'esterno, nonché l'indicazione dell'oggetto della prestazione e l'entità del compenso; dovendo escludersi che, ai fini della validità del contratto, la sua sussistenza possa ricavarsi da altri atti (quali, ad esempio, la delibera dell'organo collegiale dell'Ente che abbia autorizzato il conferimento dell'incarico, ovvero una missiva con la quale l'organo legittimato a rappresentare l'Ente ne abbia comunicato al professionista l'adozione) ai quali sia eventualmente segui-

21) Cass. civ. 11 aprile 1996, n. 3401, in Giust. civ. mass., 1996, 549; id., 30 agosto 1988, n. 88, in Giust. civ., 1988, I, 2883.

22) Cass., Sez. Unite, 26 marzo 1997, n. 2661, in Foro it., 1997, I, 2141.

ta la comunicazione per iscritto dell'accettazione da parte del medesimo professionista, poiché non è ammissibile la stipula mediante atti separati sottoscritti dall'organo che rappresenta l'Ente e dal professionista, prevista esclusivamente per i contratti conclusi con imprese commerciali; il contratto mancante del suddetto requisito è nullo e, conseguentemente, l'eventuale concessione da parte dell'Ente conferente di proroghe per l'esecuzione, ovvero l'inoltro della delibera di conferimento dell'incarico agli organi di controllo non possono configurare una ratifica, che riguarda il diverso caso del contratto stipulato da parte di un soggetto o di un organo sfornito del potere di concluderlo e, trattandosi di atto nullo, lo stesso non è suscettibile di alcuna forma di sanatoria, sotto nessun profilo, poiché gli atti negoziali della Pubblica amministrazione constano di manifestazioni formali di volontà, non surrogabili con comportamenti concludenti. (Cons. St., 2003, II, 2, 1529)

Corte dei conti, Sez. giurisdizionale per la Regione Lazio, 25 settembre 2000, n. 1544

È illegittimo e produttivo di danno erariale il conferimento, da parte di un comune, di incarichi a consulenti ed esperti esterni, in assenza di tassativi presupposti legati a situazioni di carattere straordinario e all'impossibilità per l'ente di svolgere con personale e strutture proprie le attività affidate ai consulenti ed esperti esterni. (Foro it., 2001, III, 91)

TAR Emilia Romagna, Bologna, 31 gennaio 1990, n. 25

La convenzione fra un comune e un libero professionista per incarichi di consulenza legale, ex art. 2222 c.c., non si pone in contrasto con l'art. 220 t.u. com. prov. 1934, che riconosce ai comuni la potestà di definire il proprio apparato organizzativo, ma non vieta, per le attività di carattere meramente ausiliario specie se per esse non esistono strutture e personale, di far ricorso alla collaborazione esterna dei professionisti. (Foro amm., 1990, 2093)

LA DOTTRINA

Si riporta di seguito una breve rassegna dottrinale utile per approfondimenti delle posizioni dottrinali sulle problematiche inerenti il conferimento di incarichi professionali esterni alle Pubbliche Amministrazioni.

Per ulteriori approfondimenti dottrinali

- ARCADIO, «Problematiche connesse al conferimento di incarichi retribuiti e attinenti a consulenze legali in materie interessanti le autonomie locali», in *L'Amministrazione italiana*, 2004, 4, 527;
- BUARNÉ, «Individuazione dell'organo competente a conferire incarichi professionali», in *Nuove autonomie*, 2002, 6, 1021;
- BUSICO, «Riflessioni sugli incarichi esterni nelle amministrazioni pubbliche», in *L'Amministrazione italiana*, 2003, 10, 1367;
- CALI, «La deprecabile prassi degli incarichi esterni non necessari negli enti locali», in *Nuove autonomie*, 2001, 1-2, 117;
- GARUFI, «Il conferimento delle consulenze esterne agli estranei all'amministrazione pubblica», in *Riv. polizia*, 2000, 805;
- GATTO-DONATO-BARRILE, «Le consulenze negli enti locali», in *Nuove autonomie*, 2001, 4-5, 679;
- GRECO, «La gestione degli incarichi professionali e delle consulenze nell'ente locale», in *www.dirittoitalia.it*, 4, 18 aprile 2001;
- ITALIA, «Incarichi esterni in casi eccezionali», in *Il Sole-24 Ore Centronord*, 27 ottobre 2004;
- LA TORRE, «Diffusa illegalità nella gestione delle risorse pubbliche in tema di consulenze esterne», in *L'Amministrazione italiana*, 2004, 3, 421;
- LA TORRE, «I richiami della Corte dei conti su sprechi, grandi evasioni e abuso di consulenze», in *L'Amministrazione italiana*, 2003, 3, 438;
- LORELLI, nota a Corte dei conti Lazio, 25 settembre 2000, n. 1544, in *Foro it.*, 2001, III, 91;
- MATTEUCCI, «Gli incarichi di consulenza nella pubblica amministrazione», in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 2, 165;
- POTENZA, *La legittimità degli atti nel nuovo ordinamento degli enti locali*, Rimini, 1998, § 80;
- RIBAUDO, «Presupposti per il conferimento di incarichi a professionisti esterni. Orientamenti di giurisprudenza a confronto», in *Nuove autonomie*, 2002, 3, 520;
- SAVELLI, nota a Corte dei conti Lombardia, 8 giugno 2002, n. 1255, in *Comuni d'Italia*, 2002, 9, 1181;
- TOMMASI, *Il nuovo diritto privato della pubblica amministrazione*, Torino, 2004, 318 ss.;
- VITANZA, «Danno da illegittimo conferimento di incarichi a professionisti esterni. Orientamenti giurisprudenziali», in *Nuove autonomie*, 2002, 3;
- VORANO, nota a TAR Puglia, Bari, Sez. II, 20 giugno 2003, n. 2535, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2003, 4, 655.

LE CONCLUSIONI

Dalla lettura delle disposizioni di cui all'art. 7, comma 6, del D.Lgs. n. 165/2001 e all'art. 110, comma 6, del D.Lgs. n. 267/2000, si evidenzia la possibilità di ricorrere a rapporti di collaborazione solo per prestazioni di elevata professionalità, contraddistinte da una elevata autonomia nel loro svolgimento, tale da caratterizzarle quali prestazioni di lavoro autonomo. L'affidamento dell'incarico a terzi potrà dunque avvenire solo nell'ipotesi in cui l'Amministrazione non sia in grado di far fronte ad una particolare e temporanea esigenza con le risorse professionali presenti in quel momento al suo interno. Al riguardo, soccorre la consolidata giurisprudenza della Corte dei conti, la quale ha ribadito l'impossibilità di affidare, mediante rapporti di collaborazione, i medesimi compiti che sono svolti dai dipendenti dell'amministrazione, proprio al fine di evitare una duplicazione delle funzioni ed un aggravio di costi. In presenza di apparati istituzionalmente preordinati al soddisfacimento di determinate esigenze, deve pertanto ritenersi che l'Amministrazione possa affidare la realizzazione di queste solo in circostanze particolari, la cui sussistenza deve essere comprovata con elementi certi e puntuali, tali da giustificare, nel caso concreto, la deroga alla regola generale prima indicata. In particolare, i conferimenti di incarichi di consulenza a soggetti esterni possono essere attribuiti ove i problemi di pertinenza dell'amministrazione richiedano conoscenze ed esperienze eccedenti le normali competenze del personale dipendente e conseguentemente implicino conoscenze specifiche che non si possono nella maniera più assoluta riscontrare nell'apparato amministrativo.

I principi guida elaborati dalla Corte, relativamente alla eventualità di un danno erariale per affidamento di consulenze e delle correlate responsabilità, possono essere così riassunti quali condizioni necessarie per il conferimento degli incarichi:

1. rispondenza dell'incarico agli obiettivi dell'amministrazione conferente;
2. impossibilità per l'amministrazione conferente di procurarsi all'interno della propria organizzazione le figure professionali idonee allo svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico, da verificare attraverso una reale ricognizione;
3. specifica indicazione delle modalità e dei criteri di svolgimento dell'incarico;
4. temporaneità dell'incarico;
5. proporzione fra compensi erogati all'incaricato e utilità conseguite dall'amministrazione.

In difetto anche di una soltanto di tali condizioni il conferimento dell'incarico non solo è illegittimo, ma il compenso erogato all'esperto esterno costituisce un vero e proprio «depauperamento delle pubbliche finanze»²³ e, conseguentemente, danno erariale.

Le condizioni individuate dalla Corte dovranno risultare dal contratto, in ossequio alla regola generale in virtù della quale i contratti stipulati con la pubblica amministrazione debbono essere stipulati per iscritto, l'attribuzione di un incarico di collaborazione risulterà da atto scritto, nel quale saranno indicati l'oggetto della prestazione e la durata della collaborazione. L'organizzazione dell'amministrazione deve, comunque, caratterizzarsi secondo i principi di razionalizzazione, non duplicazione di funzioni e non sovrapposizione con funzioni di attività e gestione amministrativa; deve caratterizzarsi, altresì, per la migliore utilizzazione e flessibilità delle risorse umane nonché per la economicità, traspa-

²³ Corte dei conti Lazio 25 settembre 2000, n. 1544, cit.

renza ed efficacia dell'azione amministrativa. Si tratta di principi e criteri enunciati in una serie ripetuta di disposizioni normative ed in particolare nell'art. 1, comma 1, nell'art. 6, comma 1, e nell'art. 31 del D.Lgs. n. 29/1993, peraltro in coerenza con i principi costituzionali di cui agli artt. 97 e 81 della Costituzione. Di qui, la conseguenza che ogni Amministrazione Pubblica deve caratterizzarsi per una struttura snella che impieghi anzitutto le risorse umane già esistenti all'interno dell'apparato e che, solo nella documentata e motivata assenza delle stesse, possa far ricorso a professionalità esterne, peraltro da individuare in base a criteri predeterminati, certi e trasparenti.

LA PRATICA

Tenuto conto delle previsioni legislative e delle interpretazioni giurisprudenziali²⁴ così come sopra esaminate, in concreto può essere opportuno tener presente che:

- a) i conferimenti di incarichi di consulenza a soggetti esterni possono essere attribuiti ove i problemi di pertinenza dell'amministrazione richiedano conoscenze ed esperienze eccedenti le normali competenze del personale dipendente e conseguentemente implicino conoscenze specifiche che non si possono nella maniera più assoluta riscontrare nell'apparato amministrativo;
- b) l'incarico stesso non deve implicare uno svolgimento di attività continuativa bensì la soluzione di specifiche problematiche già individuate al momento del conferimento dell'incarico del quale debbono costituire l'oggetto espresso;
- c) l'incarico si deve caratterizzare per la specificità e la temporaneità dovendosi altresì dimostrare l'impossibilità di adeguato assolvimento dell'incarico da parte delle strutture dell'ente per mancanza di personale idoneo;
- d) l'incarico non deve rappresentare uno strumento per ampliare surrettiziamente compiti istituzionali e ruoli organici dell'ente al di fuori di quanto consentito dalla legge;
- e) il compenso connesso all'incarico deve essere proporzionato all'attività svolta e non liquidato in maniera forfetaria;
- f) la delibera di conferimento deve essere adeguatamente motivata al fine di consentire l'accertamento della sussistenza dei requisiti previsti;
- g) l'organizzazione dell'Amministrazione è comunque caratterizzata per il rispetto dei principi di razionalizzazione, senza duplicazione di funzioni e senza sovrapposizione all'attività ed alla gestione amministrativa, per la migliore utilizzazione e flessibilità delle risorse umane nonché per l'economicità, trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, per il prioritario impiego delle risorse umane già esistenti all'interno dell'apparato;
- h) l'incarico non deve essere generico o indeterminato al fine di evitare un evidente accrescimento delle competenze e degli organici dell'ente (il che presuppone la previa ricognizione e la certificazione dell'assenza effettiva nei ruoli organici delle specifiche professionalità richieste);
- i) i criteri di conferimento non devono essere generici perché la genericità non consente un controllo sulla legittimità dell'esercizio dell'attività amministrativa di attribuzione degli incarichi.

²⁴ Si vedano, per schematicità e riferimenti, Corte dei conti Abruzzo 6 dicembre 2004, n. 836; id. Emilia-Romagna 3 gennaio 2004, n. 463.

...

...

...

...

...