



Deliberazione n.29 /pareri/2008

REPUBBLICA ITALIANA
LA
CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Antonio Caruso	Consigliere
dott. Giorgio Cancellieri	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	Referendario
dott. Gianluca Braghò	Referendario (relatore)
dott. Alessandra Olessina	Referendario
dott. Massimo Valero	Referendario

nell'adunanza del 7 maggio 2008

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota n. 8864 del 20 febbraio 2008 con la quale il Sindaco del Comune di Piario (Bergamo) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del Sindaco del Comune Piario (Bergamo);

Udito il relatore dott. Gianluca Braghò;

FATTO

Con quesito del 20.02.2008 recante il n.8864 di protocollo, il Sindaco del Comune Piario ha chiesto il parere della Sezione in merito alla possibilità di attribuire incarichi tramite contratti individuali ai sensi dell'art. 7, comma 6 del D. Lgs. 165/2001, come modificato dall'art.3 comma 76 della Legge Finanziaria per il 2008, nonché in ordine all'eventualità di commissionare i servizi di cui all'allegato 2A del D. Lgs. 163/06 (codice dei contratti pubblici).

Nel contesto del quesito, il Sindaco richiede chiarimenti circa la possibilità, previa selezione, di affidare incarichi per collaborazioni occasionali, aventi natura professionale e non, anche a soggetti non in possesso di lauree o titoli specialistici, con particolare riferimento alle figure professionali di assistente sociale, di educatore, di geometra, di diplomato al conservatorio, di notaio e di avvocato.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA ED OGGETTIVA DEL QUESITO

La richiesta di parere in esame è formulata ai sensi dell'art.7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "*pareri in materia di contabilità pubblica*". Tale funzione consultiva è compresa nell'ampio quadro di competenze che la legge n. 131 del 2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

La Sezione, preliminarmente, è chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta.

Quanto all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere da parte dei Comuni, si richiamano le indicazioni in merito della

Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti ed il fatto che la mancata costituzione del Consiglio delle Autonomie Locali, come nel caso della Regione Lombardia, non costituisce elemento ostativo all'ammissibilità della richiesta (in tal senso si è già espressa questa Sezione, con deliberazione n. 1 in data 4 novembre 2004).

Pertanto, sotto il profilo della legittimazione soggettiva, la richiesta in oggetto, proveniente dal Sindaco del comune di Piario, deve essere presa in esame.

Con riguardo alle condizioni di ammissibilità oggettiva la richiesta di parere, allo stato degli atti non interferisce con le funzioni di controllo o giurisdizionali svolte dalla magistratura contabile e neppure con alcun altro giudizio civile o amministrativo che sia in corso; riveste "*carattere generale*", in quanto diretta ad ottenere indicazioni relative alla corretta applicazione di norme valide per la generalità degli Enti di tipologia simile al Comune richiedente; rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene alla disciplina contenuta in leggi Finanziarie, sul contenimento e sull'equilibrio della spesa pubblica, incidente sulla formazione e gestione del bilancio dell'ente, in relazione ai limiti per le assunzioni di personale.

Anche per i suesposti motivi, la richiesta di parere proveniente dal Sindaco del comune di Piario è ammissibile e può essere esaminata nel merito.

MERITO

Passando all'esame del merito della richiesta proveniente dal Sindaco del Comune di Piario, occorre preliminarmente ribadire quanto già affermato in altre occasioni da questa Sezione, ovvero che la scelta concreta circa le modalità di sopperire al fabbisogno di personale rientra appieno nell'alveo della discrezionalità amministrativa dell'ente comunale, poiché trattasi di opzione organizzativa rimessa alla potestà amministrativa riservata dalla legge alla Pubblica Amministrazione.

I comuni non sottoposti all'osservanza del Patto di stabilità interno, in materia di assunzione di personale devono osservare le regole prescritte dall'art. 1 comma 562 della legge Finanziaria per il 2007, come modificato dall'art.3 comma 121 della legge finanziaria n.244/2007.

Sul punto è opportuno richiamare il precedente parere n.17/2008 di questa Sezione, il quale si sofferma diffusamente sulla griglia normativa alla quale i Comuni al di sotto dei 5.000 abitanti devono conformare le proprie scelte organizzative, al fine di razionalizzare e ridurre le spese di personale.

Si deve aggiungere che la novella legislativa apportata all'art.1 comma 562 della legge 27 dicembre 2006 n.296, oltre al mantenimento del requisito dell'analitica motivazione necessario per la deroga al principio di riduzione delle spese di personale, ha introdotto alcuni parametri oggettivi più elastici rispetto al rigido riferimento numerico delle spese di personale per l'anno 2004.

Tali nuovi parametri sono connessi agli equilibri di bilancio e al rapporto fra dipendenti in servizio e popolazione residente e permettono all'ente, se rispettati, di assumere nuovo personale per superare le carenze strutturali di organico in cui versano i piccoli comuni.

Per quanto attiene invece alla possibilità per l'ente in carenza di personale di fare ricorso a soggetti estranei all'amministrazione comunale, è opportuno segnalare il parere n.10/2008 di questa Sezione in tema di disciplina delle forme contrattuali di lavoro subordinato, di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nonché di incarichi professionali da svolgere nell'ambito dell'ente gravato da lacune di figure professionali specifiche.

In materia di incarichi di collaborazione, studio, ricerca e consulenza sono inoltre idonee ad offrire una ragionata panoramica dell'intera disciplina applicabile la deliberazione n.37/2008 di questa Sezione e le linee d'indirizzo ed i criteri interpretativi allegati alla deliberazione n.6/2008 della Sezione Autonomie.

In sintesi. La disciplina degli incarichi esterni, ossia del ricorso a soggetti estranei alla P.A. per l'esercizio di funzioni istituzionali dell'ente è desumibile dagli artt. 7 co. 6, 6bis e 6ter del D. Lgs. 165/2001 e dall'art. 110 del D. Lgs. 267/2000, che positivizzano istituti di origine pretoria in un'ottica restrittiva dell'affidamento d'incarichi esterni, esaltando il ricorso a procedure comparative adeguatamente pubblicizzate, disciplinando i presupposti essenziali della prestazione, nonché i requisiti di professionalità dei collaboratori esterni.

La norma contenuta nell'art.7 comma 6 del D. lgs. 165/2001 è stata modificata dall'art.3 comma 76 della legge 244/2007, mediante la sostituzione delle parole "di provata esperienza" con la locuzione "di particolare e comprovata specializzazione universitaria".

La modifica legislativa incide direttamente nell'ordinamento civile, poiché attiene ai presupposti che delineano il conferimento di incarichi esterni a soggetti estranei alla P.A. ed è espressione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa in termini di efficacia, efficienza ed economicità, in ossequio al precetto dell'art.97 Cost.

La materia è devoluta alla competenza normativa esclusiva dello Stato per ragioni di tutela dell'unità economico-giuridica della Repubblica (art. 117 comma 2, Cost.).

La *ratio legis* s'individua nell'intenzione di disciplinare in termini più rigorosi ed effettivi i criteri per il conferimento di incarichi esterni ad elevata professionalità, in un'ottica di contrasto alla proliferazione delle consulenze anche per mansioni che richiedono bassi profili di competenza professionale e per compiti che possono trovare adeguata esecuzione attingendo al personale già in servizio nella P.A. e, in definitiva, nell'intento di disincentivare il ricorso a forme ibride di precariato e di lavoro flessibile *contra legem*.

Il legislatore con la dizione "particolare e comprovata specializzazione universitaria" ha inteso regolare il requisito soggettivo della materia, incentrando l'attenzione sulle qualità personali e sul concreto bagaglio tecnico che deve essere posseduto dal consulente esterno, tralasciando volutamente precisi riferimenti testuali alla laurea o ad altri equipollenti titoli accademici.

Le conoscenze del consulente devono essere specifiche ed inerenti l'oggetto dell'incarico da espletare nel caso concreto. Inoltre, la specializzazione universitaria deve essere "comprovata", ovvero certificata ed attestata alla luce di precise e indefettibili indicazioni, adeguatamente documentate nel curriculum di valutazione.

E' da rimarcare, infine, che per le tipologie degli incarichi esterni (di consulenza, di studio e di ricerca) e per le relative forme contrattuali (contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa), il tratto comune è la sostanziale riconducibilità di tali fattispecie alla categoria del contratto di prestazione d'opera intellettuale disciplinato dagli artt.2229-2238 c.c..

Restano escluse le collaborazioni coordinate e continuative utilizzate per le esigenze ordinarie proprie del funzionamento delle strutture amministrative, non regolate dall'art. 3 co. 55, 56 e 57 della legge Finanziaria n.244/2007 ed il cui *humus* normativo è delineato in negativo, da un lato, con la precisazione del requisito della "particolare e comprovata specializzazione universitaria" previsto per il conferimento degli incarichi esterni di collaborazione ad elevata professionalità, e dall'altro, tramite la ristrutturazione del sistema di utilizzo del lavoro subordinato flessibile, imperniato sul rigido contenimento del precariato (art. 3 co.79 della legge n.244/2007 che novella l'art.36 del D. Lgs. 165/2001).

Il ricorso a tali forme di collaborazione, a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina, deve considerarsi illegittimo e foriero di responsabilità amministrativa per chi stipula contratti in violazione dei presupposti di legge.

Si deve peraltro evidenziare che la disciplina dettata dall'art. 3, commi 55, 56, 57 e 76 della legge finanziaria n.244/2007, non si applica a tutti gli incarichi conferiti dall'amministrazione.

Non soggiacciono alle nuove disposizioni, in primo luogo, gli incarichi conferiti ai sensi dell'art. 90 TUEL (uffici di supporto agli organi di direzione politica), i quali danno vita a rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato, in stretta convergenza con il mandato fiduciario espresso dal conferente organo politico.

Del pari, sono escluse dalla predetta disciplina le materie regolate dal cosiddetto codice dei contratti, di cui al D. Lgs. 163/2006, in tema di appalto di beni e di servizi, concettualmente distinte dall'incarico professionale ed aventi ad oggetto la prestazione imprenditoriale di risultato, resa da soggetti con organizzazione strutturata, ma prodotta senza connotazione personale.

Infine, alla stregua di un'interpretazione sistematica della normativa, i criteri generali posti dalla legge finanziaria per il 2008 devono armonizzarsi con le preesistenti discipline di settore che prevedono titoli e requisiti diversi per l'esercizio di attività professionali.

E' l'ipotesi delle professioni intellettuali svolte a seguito del superamento di esami abilitativi, posti a conclusione di un ciclo di tirocinio per coloro che posseggono un determinato titolo di studio (es. giornalisti, periti, geometri etc.), universitario e non.

Tali determinati settori, regolati da norme speciali in vista di particolari esigenze professionali di categoria, devono intendersi lambiti dalla disciplina generale in tema di incarichi esterni, nel senso che le regole della legge finanziaria determinano il quadro di fondo ed il limite esterno della disciplina di settore, che, invece, mantiene intatto il suo vigore normativo, continuando a regolare la vita professionale e le potenzialità lavorative degli iscritti, anche con riferimento ai rapporti di consulenza e collaborazione a vario titolo instaurabili con la pubblica amministrazione.

In ultima analisi, si deve osservare che l'impossibilità per gli enti pubblici di servirsi della professionalità degli iscritti in albi professionali, in ossequio ad un'interpretazione formale e restrittiva dell'art. 3 comma 76 della legge 244/2007, sarebbe contraria ai principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa e finirebbe per ottenere l'effetto perverso di aumentare, anziché contenere la spesa pubblica.

Con specifico riguardo all'incarico conferito ad un libero professionista, avvocato o notaio, esterno all'amministrazione, va distinta l'eventualità della richiesta di una consulenza di studio o di ricerca destinata a sfociare in un

parere ricognitivo di una data questione, rispetto al patrocinio giudiziale o alla rappresentanza legale, ovvero ancora al magistero notarile.

La prima ipotesi rientra nell'alveo della previsione di cui all'art.3 commi da 54 a 57 della legge finanziaria per il 2008.

La seconda serie di casi, di contro, esorbita dal concetto di consulenza, apparendo più adeguato ricondurre la fattispecie nell'ambito dell'appalto di servizi legali specificati nell'allegato 2B del D. Lgs. 163/2006, assoggettati alle sole norme richiamate dall'art. 20 del citato decreto, nonché ai principi stabiliti dal successivo art. 27 (trasparenza, economicità, efficacia, imparzialità, proporzionalità e non discriminazione).

Quanto infine alla possibilità di affidare i servizi di cui all'allegato 2A del D. lgs. 163/2006 a persone fisiche con partita IVA, alla luce della normativa comunitaria e nazionale, le procedure di gara sono aperte alla competizione di tutti i soggetti giuridici dell'ordinamento, siano essi persone fisiche o enti morali (con o senza personalità giuridica), atteso che la distinzione non è rilevante per l'aggiudicazione degli appalti di beni e servizi, ed è anzi espressamente prevista (artt.1 comma 8 Dir. 2004/18 CE artt.3 comma 19 e 39 D. Lgs. 163/2006).

Tuttavia, occorre evidenziare che ai sensi dell'art. 34 del D. Lgs. 163/2006, nel novero dei soggetti, persone fisiche, cui possono essere affidati i contratti pubblici, sono ricompresi esclusivamente gli imprenditori individuali, anche artigiani (oltre che le società cooperative e commerciali) e dunque il requisito dell'imprenditorialità ai sensi degli artt. 2082 e 2083 c.c. è necessario per la corretta definizione della procedura di affidamento.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore

(Gianluca Braghò)

Il Presidente

(Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il 12 maggio 2008

Il Direttore della Segreteria

(dott.ssa Daniela Parisini)