

## Ufficio Studi CODAU

### "Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"

#### **AFFIDAMENTO DI INCARICHI: PROCEDURE COMPARATIVE QUALE REGOLA GENERALE<sup>1</sup>.**

##### **Introduzione**

Con la Delibera n. 241 del 29 novembre 2021, la Corte dei conti Emilia-Romagna ha elaborato un vero e proprio vademecum in merito all'assegnazione di incarichi di collaborazione e consulenza così come previsto dall'art. 1, comma 173 della Legge 266/2005.

La redazione di tali *"Linee-guida riguardanti incarichi di collaborazione, consulenza, studio e ricerca, ai fini dell'adempimento di cui all'art. 1, comma 173, della Legge n. 266/2005"*, che hanno visto quale Magistrato relatore il Cons. Tiziano Tessaro, ha lo scopo di fornire agli Enti pubblici rinnovate indicazioni in materia. Indicazioni che hanno destato un grande interesse da parte degli "addetti ai lavori" soprattutto per la chiarezza espositiva e l'analisi accurata degli istituti con riferimento al quadro normativo esistente.

La Corte precisa, infatti, che tale intervento si rende necessario in quanto *"la materia degli incarichi si presta, proprio per la sua natura, ad un possibile abuso dovuto a un uso distorto del fenomeno, aggirando le regole poste a presidio del contenimento della spesa"*.

Le Linee guida sono suddivise in tre diverse sezioni che potremo riassumere come segue, per una trattazione più efficace:

- 1) presupposti di legittimità per il conferimento degli incarichi, natura e iter da seguire per l'affidamento;
- 2) distinzione tra le varie figure di attingimento delle risorse umane, in particolare differenza tra incarichi, lavoro subordinato e appalti di servizi;
- 3) tipologia degli atti di spesa da trasmettere alle Sezioni regionali di controllo.

#### **1. Presupposti di legittimità per il conferimento degli incarichi, natura e iter da seguire per l'affidamento**

---

<sup>1</sup> Ha collaborato alla stesura del presente commento Claudia Caprodossi Università di Camerino

La norma fondamentale che detta i limiti entro i quali l'Ente pubblico può ricorrere agli incarichi esterni e di consulenza è l'articolo 7 del Dlgs 165/2001 che costituisce la norma fondamentale cui - sia gli Enti che i revisori - devono fare riferimento per verificare se l'incarico ha tutti i presupposti di legittimità richiesti dalla normativa vigente. Fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis, per specifiche esigenze di cui non possono far fronte con personale in servizio<sup>2</sup>, le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza di specifici presupposti di legittimità.

Le verifiche che l'ente deve effettuare nell'assegnazione dell'incarico possono essere così riassunte:

a) **oggetto della prestazione:** l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, a obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione stessa. L'attività svolta dal professionista incaricato deve essere ben delineata, con elevato grado di professionalità di tipo intellettuale e non deve avere "*carattere generale e astratto*". Gli incarichi di natura "*globale*" ovvero a carattere indeterminato sono illegittimi e suscettibili di determinare responsabilità erariale a carico di chi li abbia disposti. L'oggetto della prestazione del professionista deve essere inoltre connesso ad un'esigenza straordinaria ed imprevista che non può essere gestita con il personale interno in servizio non in possesso delle necessarie conoscenze tecniche necessarie per far fronte all'evento straordinario. L'attività non potrà essere prevalentemente manuale o esecutiva richiedendo una professionalità di elevato grado intellettuale.

b) **Temporaneità e alta qualificazione:** l'incarico deve concludersi in un arco di tempo ben determinato e la prestazione deve essere altamente qualificata. L'incaricato deve possedere elevate conoscenze specialistiche a carattere universitario. Si può prescindere dal requisito della comprovata specializzazione universitaria, ferma restando però la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore, in caso di stipula di contratti di collaborazione per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché

---

<sup>2</sup> Impossibilità oggettiva di poter utilizzare risorse umane interne all'ente: è necessario che l'ufficio conferente deve aver verificato se all'interno dell'intera struttura del Comune non ci sia una figura consona, con la giusta professionalità in grado di svolgere l'incarico straordinario. Si precisa, ancora una volta, che l'incarico deve essere affidato a professionalità esterne solo per esigenze straordinarie. Ad esempio, non è possibile ricorrere ad affidamenti esterni per attività che l'Ente non riesce a svolgere per carenza di personale. L'amministrazione deve essere in grado di motivare l'affidamento e di dimostrare l'impossibilità di utilizzo di personale interno.

a supporto dell'attività di didattica o ricerca, per servizi di orientamento, compreso il collocamento e di certificazione dei contratti di lavoro.

L'incarico può essere prorogato, ma solo nell'ambito del progetto affidato (completamento, ad esempio, dell'attività già avviata).

c) **Predeterminazione della durata, dell'oggetto e del compenso:** nella proposta dell'affidamento deve essere indicata la durata dell'incarico, la descrizione dell'oggetto e il compenso riconosciuto. La mancanza dei requisiti citati comporta l'illegittimità dell'atto. Inoltre, l'Ente deve limitarsi a definire criteri direttivi e impartire istruzioni in relazione all'attività che il professionista andrà a svolgere, con il solo scopo di rendere la prestazione del professionista utile e funzionale. Il rapporto instaurato non è di tipo subordinato e pertanto l'amministrazione conferente non potrà riservarsi la facoltà di esercitare un potere direttivo come quello che esercita nei confronti dei propri dipendenti.

d) **Previa procedura comparativa del collaboratore:** l'affidamento deve essere effettuato attraverso procedura di avviso pubblico con successiva analisi delle domande di partecipazione presentate nei termini stabiliti. Le uniche eccezioni a tale regola: *“procedura concorsuale andata deserta, unicità della prestazione sotto il profilo soggettivo, assoluta urgenza determinata dalla imprevedibile necessità della consulenza in relazione ad un termine prefissato o ad un evento eccezionale”*. Al di fuori dei casi elencati dalla Corte dei conti, *“qualora una pubblica amministrazione necessiti di un approvvigionamento di risorse umane può valersi alternativamente di tre possibili soluzioni a seconda della natura delle prestazioni richieste: può ricorrere all'assunzione di un lavoratore subordinato tramite un concorso pubblico; può affidare un incarico esterno tramite un contratto d'opera professionale mediante valutazione del curriculum; può procedere all'aggiudicazione di un appalto di servizi tramite una procedura di gara di appalto e relativa scelta del contraente mediante le regole del codice dei contratti”*. La Corte aggiunge inoltre che *“non è considerato legittimo nemmeno procedere all'affidamento diretto in caso di esiguità del compenso da erogare in quanto l'art. 7 del D.Lgs. 165/2001 non è assimilabile alle procedure previste dal codice appalti”*.

La Corte ricorda in più parti come tali aspetti debbano essere dimostrati dall'amministrazione con congrua ed esaustiva motivazione, anche con richiami di atti e determinazioni dell'ente adottate in precedenza e comprovanti le necessità e l'impossibilità di ricorrere a personale interno considerato l'oggetto dell'attività<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> L'affidamento degli incarichi di consulenza e collaborazione contemplati nell'art. 7, comma 6 del D.Lgs. 165/2001 rappresenta un'opzione cruciale proprio nel momento in cui l'amministrazione individua e progetta la realizzazione di obiettivi che ha individuato negli atti fondamentali e nel programma di governo.

## **2. Distinzione tra le varie figure di attingimento delle risorse umane, in particolare differenza tra incarichi, lavoro subordinato e appalti di servizi;**

La Corte prosegue poi la trattazione del tema operando una distinzione sui vari strumenti che la normativa mette a disposizione delle pubbliche amministrazioni al fine di sopperire alla necessità di approvvigionamento di risorse umane. Tre sono le possibili soluzioni alternative:

- 1) assunzione di un lavoratore subordinato tramite procedura di concorso pubblica;
- 2) affidamento di un incarico esterno mediante contratto d'opera professionale con valutazione del curriculum professionale;
- 3) aggiudicazione di un appalto di servizi tramite una procedura di gara di appalto e relativa scelta del contraente mediante le regole del codice dei contratti.

La scelta in concreto tra l'una o l'altra tipologia ha importanti risvolti per l'amministrazione, basti pensare alla presenza di numerosissimi vincoli di finanza pubblica quali ad esempio in materia di personale ed in materia contrattuale che tendono ad indurre all'utilizzo spregiudicato dell'affidamento di incarichi esterni quale forma elusiva di tali vincoli.

Per tale ragione la Corte ritiene opportuno rimarcare le differenze tra l'una e l'altra categoria partendo dall'analisi precisa e dettagliata delle norme che regolano tali istituti.

### ***a) Incarichi e rapporto di lavoro subordinato***

La distinzione delle due figure risiede in termini generali nel Codice civile<sup>4</sup> laddove il lavoratore subordinato è definito come colui che si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore utilizzando la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta e seguendo le disposizioni impartite per l'esecuzione della stessa. L'ampia autonomia nella gestione del lavoro e del tempo, l'assenza di vincoli di orario e di luogo di lavoro delineano la differenza tra incarico e lavoro subordinato oltre all'assenza di quel requisito di esclusività che lega il lavoratore subordinato al proprio datore di lavoro. Ne discende quindi che il professionista non avrà diritto al riconoscimento delle ferie, del servizio mensa o servizio sostitutivo né tanto meno ad altri benefici prerogative del lavoratore subordinato.

---

<sup>4</sup> Cfr artt. 2094, 2104, 2222 e 2230 Cod. Civ.

## ***b) Incarichi ed aggiudicazione di appalti di servizi***

La Corte dei conti Emilia-Romagna si sofferma con particolare attenzione sulla distinzione tra incarichi affidati ai sensi del Dlgs 165/2001, articolo 7 e gli appalti di servizi<sup>5</sup> disciplinati dal Dlgs 50/2016. Questo perché risulta essere più difficile tracciare una linea di demarcazione netta tra le due figure e soprattutto perché *"sul punto devono contestualmente essere recepiti quegli orientamenti di derivazione comunitaria secondo i quali, al fine di garantire i principi della concorrenza tra operatori economici, di libera circolazione dei servizi e il diritto di stabilimento, la nozione di contratto di appalto di servizi da considerarsi è più ampia di quella del codice civile, con la conseguenza che numerosi rapporti negoziali qualificati come contratti d'opera o di opera intellettuale devono considerarsi attratti, sotto il profilo delle modalità di affidamento, nella disciplina dei contratti pubblici di cui al Dlgs 50/2016. Ciò significa che ogni incarico affidato a un professionista munito del titolo di ingegnere o architetto va tendenzialmente fatto rientrare nell'alveo della richiamata disciplina dei contratti pubblici, e comunque in essa dovranno rientrare tutte quelle prestazioni di servizio il cui esito finale assuma, all'interno dei vari procedimenti amministrativi funzione autonoma e stabile"*.

Da ciò consegue che ogni incarico affidato a un professionista, sia esso in possesso del titolo di ingegnere o architetto, ad esempio, va tendenzialmente fatto rientrare all'interno della disciplina dei Contratti pubblici, e comunque in essa dovranno rientrarvi tutte quelle prestazioni di servizio il cui esito finale assuma *"funzione autonoma e stabile"* all'interno dei vari procedimenti amministrativi. Premesso che il *"Codice dei contratti pubblici"* non contiene una definizione di servizi di natura intellettuale, la giurisprudenza ha più volte avuto modo di evidenziare che la natura intellettuale di un'attività si caratterizza per l'impossibilità di una sua standardizzazione e, dunque, l'impossibilità di calcolarne il costo orario, non potendo essere qualificato come appalto di servizi di natura intellettuale quello che *"ricomprende anche e soprattutto attività prettamente manuali"* o che *"non richiede un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate"*.

Di conseguenza, per *"servizi di natura intellettuale"* si devono intendere quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse. Al contrario, va

---

<sup>5</sup> Senza dimenticare che una caratteristica importante del contratto di appalto è la stabile organizzazione di mezzi resa da imprenditore laddove per imprenditore debba intendersi anche il fornitore o il prestatore di servizi.

esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l'esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l'esecuzione di meri compiti standardizzati.

### **3. Tipologia degli atti di spesa da trasmettere alle Sezioni regionali di controllo.**

Ad ultimo, la Corte ridefinisce l'attuale portata dell'art. 1, comma 173, della Legge n. 266/2005, enucleando le tipologie di atti per i quali sussiste obbligo di invio al controllo della Sezione ed elencando le tipologie di atti che ne sono invece esclusi come ad esempio gli incarichi di architettura e ingegneria (progettazione, direzione lavori, collaudi, ecc.), disciplinati dal Dlgs. n. 50/2016, di componenti di organismi di controllo interno e dei nuclei di valutazione, di servizi e adempimenti obbligatori per legge (esempio medico competente), di alta specializzazione e di diretta collaborazione rispettivamente previsti dall'ex articolo 110 ed ex articolo 90 del TUEL, di addetto stampa, di rappresentanza e di patrocinio giudiziale.

Con tali linee guida sono inoltre revocate le modalità operative di trasmissione impartite con precedente nota della Sezione di controllo.

### **Conclusioni**

Da quanto esposto, è possibile comprendere la delicatezza della materia e le diverse casistiche che possono implicare una attenta analisi da parte degli Enti e da parte degli organi di controllo contabile. I primi devono inoltre aggiornare periodicamente il proprio regolamento che disciplina l'assegnazione degli incarichi a esperti esterni. I secondi, invece, svolgere una attività preventiva di monitoraggio, chiedendo e verificando che l'ente recepisca in pieno la normativa analizzata e le sue eventuali variazioni. L'inosservanza delle disposizioni oppure una loro applicazione difforme conducono alla nullità stessa dell'atto e ad una responsabilità c.d. erariale<sup>6</sup>.

A conclusione di tale commento ed alla luce delle Linee guida così rappresentate, si sottolinea come la Corte in questo suo intervento abbia voluto porre l'attenzione su una regola generale che deve trovare applicazione: l'affidamento di incarichi di collaborazione, consulenza, ricerca e studio deve avvenire attraverso un'attenta analisi dei presupposti ed a seguito di un

---

<sup>6</sup> Ai dirigenti possono essere inoltre comminate sanzioni che possono comportare anche il mancato riconoscimento della retribuzione di risultato Ai sensi dell'articolo 21 del Dlgs 75/2017.

confronto comparativo. Le eccezioni a tale norma devono riguardare esclusivamente una procedura precedente andata deserta, l'unicità della prestazione sotto il profilo soggettivo, urgenza determinata da evento imprevedibile.