

# *I contenuti (e i presupposti) necessari delle convenzioni d'incarico*

**di Maurizio Lucca**

La legge finanziaria 2008, all'articolo 3, comma 54 e seguenti, impone una serie di precauzioni procedurali e vincoli negoziali prima di dar corso all'affidamento di un incarico di studio o di ricerca, ovvero di consulenza a soggetti che non sono legati da vincoli di subordinazione con l'amministrazione locale, disponendo che la mancanza dei presupposti costituisce illecito disciplinare (1).

È noto, per introdurre il tema, da una parte che nel nostro ordinamento giuridico vige il principio immanente di onnicomprensività del trattamento economico dei dipendenti pubblici, per cui non è possibile remunerare il dipendente con compensi *extra-ordinem* per compiti rientranti nelle mansioni dell'ufficio ricoperto (2), dall'altra è possibile, per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di provata competenza, in presenza di specifici presupposti e con procedure comparative (3).

Dal complesso normativo, in estrema sintesi, si può desumere che la razionalizzazione della spesa pubblica impedisce l'affidamento di incarichi professionali a personale dipendente non compresi nei compiti e doveri d'ufficio, che non siano espressamente previsti e di-

sciplinati dalla legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati, e una volta accertata carenza di professionalità interna il ricorso al mercato deve avvenire in modo trasparente, ovvero con adeguata pubblicità e una comparazione effettiva delle competenze offerte: un'istruttoria che motivi puntualmente e analiticamente l'affidamento (4).

L'ultima legge finanziaria distingue ancor più i profili precettivi dell'attività contrattuale della p.a., funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, evidenziando che il mancato rispetto del meccanismo selettivo nella struttura bifasica dell'affidamento comporta illegittimità amministrativa e responsabilità disciplinare (con ricadute in quella erariale); un primo momento della fase di individuazione è quello tipicamente procedimentale di evidenza pubblica (dobbiamo accertare i presupposti, stabilire i criteri concorsuali vincolandosi nel momento dell'individuazione dell'incaricato), segue il momento negoziale, con una serie di clausole contrattuali necessarie (5).

Ne consegue che il principio di imparzialità stabilito dall'art. 97 della Costituzione, connesso con quelli della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa, costituisce un valore essenziale cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, la prestazione alle *dipendenze* della p.a., valorizzando sia la fase della pubblicità che quella dell'accordo negoziale, in linea con i principi di correttezza e buona fede che alimentano i rapporti obbligatori.

Ciò posto, il primo adempimento avviene con la deter-

(1) La circolare n. 5 del 21 dicembre 2006 del Dipartimento della funzione pubblica ha chiarito che sono da considerarsi incarichi di collaborazione tutte quelle prestazioni che richiedono competenze altamente qualificate da svolgere in maniera autonoma, sia quelle di natura occasionale che coordinata e continuativa.

(2) Corte dei conti, sez. giur. Sicilia, 26 marzo 2007, n. 801.

(3) Cfr. art. 7, commi 6 e ss., d.lgs. n. 165 del 2001.

(4) Si rinvia a Lucca, *Incarichi a personale dipendente per compiti d'ufficio: una proposta azzardata, e Incarichi professionali: tra competenza e concorrenza*, in "La gazzetta degli enti locali", 16 marzo 2007 e 29 novembre 2007.

(5) Cfr. Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401; *idem*, 23 marzo 2007, n. 103 e 104.

minazione a contrarre nella quale vengono stabiliti:

- a) le ragioni poste alla base dell'incarico (6), accertando l'assenza della professionalità richiesta all'interno dell'ente (l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno) e l'approvazione dell'apposito programma ad opera del consiglio comunale (7);
- b) l'oggetto della prestazione e la sua durata (il termine iniziale e finale);
- c) il *quantum* presunto della spesa (e le modalità di pagamento);
- d) la forma di pubblicità idonea (il bando con la durata di pubblicazione) (8);
- e) i criteri di selezione (e i titoli richiesti, trattasi di alta professionalità) (9);
- f) seguono le singole condizioni del rapporto (la prestazione erogata, il luogo di consegna coincidente con la sede comunale, il foro, un eventuale

(6) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 16 febbraio 2007, n. 479, ove si afferma l'illegittimità di una delibera che ha autorizzato la stipula della consulenza specialistica che non dia conto, né delle ragioni di straordinaria urgenza che giustificano il conferimento di un incarico di consulenza esterna, né del fatto che l'incarico affidato non possa essere svolto da personale dipendente.

(7) Nel programma saranno autorizzati gli incarichi secondo meccanismi e materia definite.

(8) La norma della finanziaria prevede una obbligatoria pubblicazione sul sito web del comune dei provvedimenti d'incarico a collaboratori esterni o di consulenza, completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato, a pena "illecito disciplinare e (...) responsabilità erariale" a carico del dirigente preposto. Vedi in materia di pubblicità degli incarichi la circolare 13 luglio 2007 del P.C.M. "Legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296), commi 725 e seguenti: Disposizioni in tema di compensi, numero e nomina degli amministratori di società partecipate da enti locali". La pubblicità va quindi estesa a tutti gli atti comportanti spesa a prescindere dal loro valore, considerato che la normativa pone soltanto un tetto verso l'alto, in ossequio al principio della più ampia trasparenza che impone la piena pubblicità di tutti gli incarichi affidati da una Pubblica amministrazione.

(9) Vedi Corte dei conti, sez. Veneto, n. 303/2007 sulla determinazione dei criteri. I criteri sono così riassunti:

- a) complessità della materia che richieda "conoscenze specifiche che non si possono nella maniera più assoluta riscontrare nell'apparato amministrativo" (Corte dei conti, Emilia Romagna, n. 463/2004);
- b) la durata deve essere limitata nel tempo;
- c) la consulenza esterna ed il contratto di prestazione d'opera professionale non può sostituire le funzioni istituzionali addebitabili all'apparato amministrativo, come ad esempio una consulenza legale che deve essere prioritariamente affidata al segretario del comune;
- d) il compenso deve essere proporzionato alla prestazione senza possibilità di una liquidazione forfetaria;
- e) la motivazione deve essere congrua.

schema di incarico) (10);

- g) il responsabile del procedimento e le modalità di accesso partecipativo;
- h) i richiami normativi a fondamento della selezione (il regolamento di organizzazione (11) e le leggi di riferimento).

A sostegno di tali adempimenti e a garanzia del corretto procedimento di spesa non sfugge che l'articolo 192 del t.u.e.l. (Determinazioni a contrattare e relative procedure) stabilisce che prima della stipulazione dei contratti la determinazione deve contenere:

- a) il fine che con il contratto si intende perseguire, ovvero la descrizione dell'interesse pubblico perseguito assolvendo così facendo l'onere motivazionale;
- b) l'oggetto del contratto, la sua forma (12) e le clausole ritenute essenziali;
- c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base, con richiamo espresso alle procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano (13).

Su quest'ultimo aspetto è da dire che l'emanazione di criteri per la valutazione delle candidature ad un incarico logicamente presuppone la contemporanea fissazione di criteri per la comparazione dei diversi titoli di professionalità evidenziati dai concorrenti: fissazione che, nondimeno, non può essere arbitrariamente devoluta

(10) Le clausole possono riassumersi: durata del contratto; modalità e condizioni della prestazione; modalità di controllo e verifica della prestazione; modalità di determinazione del corrispettivo e suo aggiornamento; garanzie per l'inadempimento e la responsabilità; cauzioni e penali; casi di risoluzione e/o recesso; obbligo di riservatezza; sistema di corrispondenza accettato dalle parti (via fax, e/o indirizzo elettronico); cessione in piena proprietà e/o diritto di esclusiva alla p.a. per il lavoro svolto dal professionista.

(11) Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi fissa i limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze oltre al limite massimo della spesa annua per gli incarichi e consulenze (sia in via generale che per singolo incarico), tali disposizioni, per estratto, devono essere trasmesse alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti entro trenta giorni dalla loro adozione.

(12) Cfr. l'art. 11, comma 13, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

(13) Laddove l'incarico non è stato conferito con regolare provvedimento e in dipendenza di ciò si è resa necessaria una sanatoria per poter corrispondere al professionista la relativa parcella, tuttavia siffatta sanatoria non è suscettibile di produrre altri effetti in quanto è nulla ai sensi di legge e poiché, *quod nullum est nullum producit effectum*, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 ottobre 2007, n. 827.

alla competenza del responsabile del procedimento, ma debitamente esternata, nei suoi parametri, già in sede di emanazione dell'avviso pubblico (14).

Inoltre, la finanziaria dispone che all'articolo 7, comma 6, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le parole: "di provata competenza" siano state sostituite dalle seguenti: "di particolare e comprovata specializzazione universitaria", volendo certificare la professionalità solamente in presenza di una specializzazione a livello superiore, ovvero con un diploma rilasciato dalle istituzioni universitarie, escludendo – dalla lettura testuale della norma – titoli diversi (15).

Resta inteso che per la stipulazione è necessario accertare i requisiti soggettivi generali di capacità a contrarre con la p.a. (dichiarazione da rendere nel testo negoziale) (16).

Alla luce dell'inquadramento sistematico, il negozio dovrà riportare dettagliatamente il regolamento contrattuale (il contenuto, ovvero l'oggetto della prestazione, che deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente e ad obiettivi e progetti specifici e determinati), che dovrà essere possibile, lecito, determinato o determinabile, sia pure *per relationem* (rinviando ad un eventuale capitolo speciale) (17).

Si tratta di descrivere in modo chiaro la prestazione richiesta, contenendo tutte le pattuizioni attese e che devono essere correlate alla determinazione della spesa, oltre all'alta qualità della prestazione non rinvenibile all'interno dell'ente (professionalità certificata da titoli universitari, in prima lettura).

La forma del contratto non può che essere scritta *ad substantiam*, anche quando la p.a. agisca *iure privatorum*, in ottemperanza al disposto degli art. 16 e 17 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; la forma scritta, costituendo re-

mora ad arbitri, sia della collettività, agevola l'espletamento della funzione di controllo, e, per tale via, è espressione dei principi di imparzialità e buon andamento della p.a. posti dall'art. 97 Cost. (18).

Il contratto deve, quindi, tradursi, a pena di nullità, nella redazione di un apposito documento, recante la sottoscrizione del professionista e del titolare dell'organo attributario del potere di rappresentare l'ente interessato nei confronti dei terzi, dal quale possa desumersi la concreta instaurazione del rapporto con le indispensabili determinazioni in ordine alla prestazione da rendere ed al compenso da corrispondere, risultando del tutto privi di effetti vincolanti gli atti interni della p.a. (quali la determinazione a contrattare, ovvero la lettera d'incarico, in quanto tali atti non costituiscono una proposta contrattuale, ma un atto con efficacia interna all'ente avente natura autorizzatoria e che ha quale unico destinatario il diverso organo legittimato ad esprimere la volontà all'esterno) (19).

L'esistenza della *conventio obligationes* avviene solo a seguito della stipulazione del contratto che coincide con l'incontro delle volontà, incontro che deve essere escluso quando avviene per corrispondenza giacché tale ipotesi, e cioè tra assenti, sia pure con l'osservanza della forma scritta, è quella dei contratti conclusi con ditte commerciali, valendo in ogni altro caso l'obbligo della forma scritta contestuale a pena di nullità (20); per i contratti per i quali è prescritta la forma scritta *ad substantiam* la volontà delle parti deve rivestire tale forma per tutti gli elementi essenziali e, pertanto, l'oggetto di esso deve essere determinabile in base a elementi risultanti dall'atto stesso e non *aliunde* non potendosi a tale fine applicarsi il capoverso dell'articolo 1362, né l'articolo 1371 c.c. (21).

Altro elemento fondamentale della prestazione è la quantificazione certa del compenso, che deve corrispondere all'attestazione della relativa copertura finanziaria; esso costituisce un requisito formale non surrogabile da una verifica *ex post* della sussistenza della copertura, ancorché non previamente attestata di validità dell'atto relativo all'impegno di spesa e, quindi, della stessa convenzione tra il comune e l'incaricato (22).

La determinazione del compenso deve essere analiti-

(14) T.A.R. Veneto, sez. I, 16 marzo 2007, n. 797. I precetti normativi impongono di procedere a valutazioni comparative prima di conferire l'incarico (di collaborazione esterna), nei limiti in cui questi sono ammissibili, la violazione di tali incombenze si manifesta nel vizio di difetto di istruttoria e, conseguentemente, di motivazione, laddove dalla documentazione non risulta né l'avvenuta pubblicizzazione di un bando o avviso relativo al conferimento dell'incarico, né la predisposizione di criteri valutativi, né, infine, la valutazione comparativa del *curriculum* professionale, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 febbraio 2007, n. 494, *idem* T.A.R. Piemonte, sez. I, 25 ottobre 2007, n. 3230.

(15) Vedi comma 76, dell'articolo 3.

(16) Vedi l'art. 32-ter c.p. (Incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione) e l'art. 32-quater c.p. (Casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione).

(17) Cass., sez. I civ., 22 ottobre 2003, n. 15783.

(18) Così, Cass., sez. I civ., 26 gennaio 2007, n. 1752 e 2 maggio 2007, n. 10123.

(19) T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 17 gennaio 2008, n. 44.

(20) Vedi, LUCCA, *Incarichi professionali e forma scritta ad substantiam*, in "La Gazzetta degli enti locali", 24 marzo 2004.

(21) Cass., sez. III civ., 8 giugno 2007, n. 13389.

(22) Cass., sez. I civ., 25 maggio 2006, n. 12636.

camente descritta ben potendo stabilire degli scosti e/o delle riduzioni (23), tuttavia dovrà parametrarsi alla prestazione fornita (24), e comunque essere determinato anche con riferimento alle scadenze (ritardo compreso) di pagamento (indirizzo del destinatario e/o coordinate bancarie, interessi moratori) (25).

Il parametro per una valutazione della legittimità di incarichi e delle consulenze esterne deve equilibrarsi con la rispondenza dell'incarico agli obiettivi dell'amministrazione, inesistenza all'interno di una figura professionale idonea allo svolgimento dell'incarico, indicazione della durata e soprattutto un'adeguata proporzione tra compenso corrisposto e utilità conseguita dall'amministrazione (26).

L'affidamento dell'incarico presenterà un termine d'inizio e uno di conclusione non potendo ammettersi rinnovi taciti della prestazione (27), dovendo stabilire che il rapporto (di consulenza) è comunque subordinato (efficace) a decorrere dalla data di pubblicazione del nominativo del consulente, dell'oggetto dell'incarico e del relativo compenso sul sito istituzionale dell'amministrazione stipulante (28), mutuando gli adempimen-

ti previsti dall'anagrafe delle prestazioni (29).

Si dovrà inserire, inoltre, una clausola (in caso di controversie) per l'elezione del domicilio legale (generalmente trattasi di clausola vessatoria), ovvero la determinazione del foro (30), con l'avvertenza che è vietato l'inserimento di clausole compromissorie in tutti i contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi (31).

L'affidamento (sia nella procedura di scelta che nell'esecuzione del rapporto) dell'incarico dovrà rispettare i requisiti previsti dalla legge, non potendo ammettersi affidamenti di natura discrezionale e/o *intuitu personae*: gli affidamenti sono censurabili nel merito da parte del giudice contabile in quanto l'accertamento della corrispondenza dell'operato degli amministratori ai principi dell'economia e del buon andamento dell'azione amministrativa è un'attività che rientra a pieno titolo sul controllo della conformità alla legge sotto l'aspetto funzionale (una verifica alla congruenza dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti dal legislatore nel perseguire efficienza, economicità, efficacia, razionalità, ed eticità ovvero riduzione delle spese) (32).

(23) Corte Cost., 21 dicembre 2007, n. 443, che affermando la legittimità costituzionale dell'art. 2 del decreto-legge 4 luglio 2006 n. 223, nel testo originario ed in quello risultante dalle modifiche apportate, in sede di conversione, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, ed ha convenuto per l'eliminazione dell'obbligatorietà di tariffe fisse o minime, ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti, tali condizioni stimolano una maggiore concorrenzialità nell'ambito delle attività libero-professionali e intellettuali, offrendo all'utente una più ampia possibilità di scelta tra le diverse offerte, maggiormente differenziate tra loro, con la nuova normativa, sia per i costi che per le modalità di determinazione dei compensi. (24) Il trattamento economico onnicomprensivo non può comunque superare quello del primo presidente della Corte di Cassazione, per le deroghe si rinvia all'articolo 3, comma 4 e ss., della legge finanziaria 2008.

(25) Cfr. sulla dilazione del termine di pagamento T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 10 dicembre 2007, n. 3351.

(26) Cfr. Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, n. 6 del 15 febbraio 2005; Corte dei conti, sez. controllo Puglia, delibera n. 9/2007/par. Anche il Ministero per le riforme e le innovazioni, con la direttiva n. 1 del 2 febbraio 2007, ha posto l'obiettivo di verificare la legittimità degli incarichi in relazione alla congruità dei compensi (visto che si deve giungere ad una razionalizzazione dei costi), nonché all'adozione di criteri che garantiscano la coerenza delle scelte operate con le proprie esigenze organizzative nonché la loro imparzialità e trasparenza.

(27) Cfr. l'art. 57, comma 7, del codice dei contratti. Vedi anche Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2866 e 31 ottobre 2006, n. 6458; *idem*, sez. V, 6 settembre 2007 n. 4679.

(28) Questa condizione può essere descritta nella premessa dell'incarico, dando piena contezza dell'avvenuto adempimento, accertando nell'atto stesso l'assolvimento dell'obbligo

da parte dell'amministrazione stipulante. La legge finanziaria per l'anno 2007, nei commi da 587 a 589 dell'articolo unico, ha introdotto obblighi di pubblicità, per tutte le pubbliche amministrazioni, relativamente alla loro partecipazione a consorzi, a società a parziale o totale partecipazione pubblica, e al comma 593 prevede l'obbligo di pubblicazione sul sito web dell'amministrazione o del soggetto interessato, dei compensi e delle retribuzioni degli amministratori delle società partecipate direttamente o indirettamente dallo Stato, dei dirigenti con incarico conferito ai sensi dell'art. 19, comma 6, d.lgs. 165/2001, nonché dei consulenti, membri di commissioni e di collegi e dei titolari di qualsivoglia incarico corrisposto dallo Stato, da enti pubblici o da società a prevalente partecipazione pubblica non quotate in borsa.

(29) Cfr. l'art. 1, comma 127, legge n. 662 del 1996, secondo il quale "le pubbliche amministrazioni che si avvalgono di collaboratori esterni e che affidano incarichi di consulenza per i quali è previsto un compenso pubblicano gli elenchi nei quali sono indicati i soggetti percettori, la ragione dell'incarico e l'ammontare erogato".

(30) In tema di determinazione della competenza territoriale dei tribunali la regola generale da applicare è quella del foro della sede dell'autorità emanante, cioè del comune. Vedi Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2006, n. 7098.

(31) Cfr. art. 3, comma 19 e ss., legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008) sul declino della competenza arbitrale e sul necessario rinvio alla giurisdizione ordinaria.

(32) Vedi, Corte dei conti, sez. I centrale ap., 20 novembre 2007, n. 458 e Corte dei conti, sez. Lazio, 7 gennaio 2004, n. 1, oltre Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2007, n. 4749.