

## L’AFFIDAMENTO DEGLI INCARICHI DI CONSULENZA E PATROCINIO LEGALE NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

di *Valentina Papa* (\*)

*Abstract:* Le esigenze di contenimento dei costi e l’obbligo cogente per le pubbliche amministrazioni di attendere principalmente e prioritariamente ai compiti istituzionali con la propria organizzazione e le proprie risorse interne non impedisce di acquisire professionalità all’esterno, purché il conferimento dei relativi incarichi avvenga nel rispetto dei requisiti sanciti dalla legge e previa la necessaria realizzazione di procedure comparative. La disciplina dedicata dal nuovo codice dei contratti pubblici alla materia di affidamento dei servizi legali ha determinato dubbi interpretativi tra gli operatori del settore e disomogeneità dei procedimenti amministrativi seguiti per il conferimento di tale peculiare tipologia di servizi. Il presente contributo si propone di analizzare il contesto normativo ed i più recenti orientamenti giurisprudenziali formati in materia, nella consapevolezza che la corretta individuazione della disciplina applicabile condiziona la configurabilità della responsabilità amministrativa in capo ai soggetti che abusivamente fanno ricorso all’affidamento di incarichi esterni, in ragione dell’inutile esborso di denaro e dello sviamento delle risorse pubbliche dalle finalità istituzionali che inevitabilmente ridondano in un pregiudizio risarcibile.

*It is well known how limiting public expenditures and carrying out institutional tasks represent two mandatory priorities for every public administration; nevertheless, besides internal resources (in so far as organizations allow them) it’s possible to acquire professional expertise in outsourcing, obeying all the requirements established by law and executing comparative procedures. The new code of public contracts has regulated the assignment of legal services, raising at the same time some interpretative doubts and causing a heterogeneous set of followed administrative procedures. This essay aims to analyze the legal framework and the most recent jurisprudential guidelines about this topic, enhancing the fact that a wrong implementation of the specific law generates the administrative liability on the part of civil servants. As a consequence, unnecessary outlays of public funds represent a damage to be refunded for the sake of restoring the misappropriation of civic resources.*

**Sommario:** 1. *La disciplina generale dell’affidamento di incarichi esterni: presupposti e limiti.* – 2. *La distinzione tra incarichi professionali, contratto di lavoro subordinato e appalti di servizi disciplinati dal d.lgs. n. 50/2016.* – 3. *Gli incarichi di consulenza legale e gli incarichi di patrocinio legale: profili generali.* – 4. *Segue: profili di danno erariale.*

### 1. *La disciplina generale dell’affidamento di incarichi esterni: presupposti e limiti*

Il tema dell’affidamento degli incarichi professionali a personalità esterne alla pubblica amministrazione è frequentemente oggetto di discussione in ambito giurisprudenziale oltreché di prassi (1).

Non a caso il problema dell’abuso di incarichi esterni e di consulenza da parte delle pubbliche amministrazioni resta costantemente tra i più osservati dalla magistratura contabile, sia nell’ambito delle pronunce giurisdizionali che in quelle di controllo (2).

In via generale, la regolamentazione degli incarichi esterni di collaborazione e consulenza, nel comparto pubblico, si presenta ancorata ai principi di buon andamento, imparzialità e efficienza, oltre che a stringenti vincoli di spesa, e trova, per le amministrazioni statali, un punto di sintesi nell’art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001, come invero nei cc. 5-bis, 6-bis, 6-ter e 6-quater; tale norma, anche alla luce delle modificazioni apportate dalle successive leggi (3), costituisce l’asse fondamentale cui riferirsi per la verifica, da parte dell’ente pubblico che intende affidare incarichi esterni e consulenze, della sussistenza dei presupposti necessari.

---

(\*) V. Papa è magistrato della Corte dei conti.

(1) Per una completa rappresentazione sul tema generale delle incompatibilità ed incarichi esterni, V. Tenore, M. Rossi, M.A. Tilia, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, Giuffrè, 2014.

(2) La normativa vigente affida alla Corte dei conti un duplice controllo in tema di incarichi: un primo tipo di controllo concerne i regolamenti degli enti locali, per il conferimento di incarichi a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, con l’invio del testo alla sezione regionale della Corte dei conti entro 30 giorni dall’adozione (art. 3, c. 57, della legge finanziaria per il 2008, ossia l. 24 dicembre 2007, n. 244, come sostituito dall’art. 46, c. 3, d.l. 25 giugno 2008, n. 112). Un secondo tipo di controllo concerne, invece, gli atti puntuali di spesa relativi a collaborazioni, consulenze, studi e ricerche, accomunandoli a quelli in materia di relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e rappresentanza: prevedendo quindi, ai sensi dell’art. 1, c. 173, della l. 23 dicembre 2005, n. 266, che “*gli atti di spesa relativi ai commi 9, 10, 56 e 5714 di importo superiore a 5.000 euro devono essere trasmessi alla competente sezione della Corte dei conti per l’esercizio del controllo successivo sulla gestione*”.

(3) Art. 3, cc. 76 e 77, l. 24 dicembre 2007, n. 244; art. 46 l. 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

Per gli enti locali, la normativa di riferimento è, invece, l'art. 110, c. 6, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, contenente il "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*". Tale disposizione consente il ricorso alle collaborazioni esterne "*ad alto contenuto di professionalità*" e "*per obiettivi determinati e con convenzioni a termine*" che siano previste dal regolamento che, a sua volta, dovrà conformarsi ai principi fissati dall'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001, validi per tutte le amministrazioni pubbliche (4).

In passato, la scarna formulazione dell'art. 380 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 32 non aveva impedito alle pubbliche amministrazioni, specialmente negli anni della Prima Repubblica, di acquisire professionalità all'esterno dell'ente anche quando tale scelta non era strettamente resa necessaria dall'obbiettivo di massimizzare l'efficienza dell'apparato amministrativo.

Al fine di arginare tale tendenza, ispirata spesso a logiche di tipo clientelare e che incideva non poco sulle finanze pubbliche, il legislatore ha tentato di porre rimedio introducendo, all'art. 7 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, una norma trasfusa, anni dopo, nell'attuale formulazione del c. 6 dell'art. 7 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: la primigenia norma prevedeva che gli incarichi esterni potessero essere conferiti ad esperti di comprovata competenza solo ove non fossero disponibili figure professionali equivalenti all'interno dell'ente, previa determinazione di durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.

Nell'ambito dell'architettura giuridica segnata dalla normativa vigente, la giurisprudenza contabile è giunta da tempo ad un approdo unitario circa la sussistenza dei presupposti per il legittimo conferimento di incarichi esterni; partendo da una robusta premessa, ancorata all'articolo 97 della Costituzione, in un'ottica di contenimento dei costi (testimoniati dalle stringenti previsioni contenute in leggi finanziarie) e di valorizzazione delle risorse interne alle amministrazioni pubbliche, è stato a più riprese affermato l'obbligo cogente per le pubbliche amministrazioni di attendere principalmente e prioritariamente ai compiti istituzionali con la propria organizzazione e le proprie risorse umane poiché tale regola colora di contenuto il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, anche sotto il profilo dell'economicità nel raggiungimento degli obiettivi con i mezzi a disposizione, principio quest'ultimo enucleato nell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (5).

Ad ulteriore conferma di quel carattere di straordinarietà che debbono avere le attività concernenti gli incarichi esterni, l'art. 46, c. 1, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008 – che ha modificato il c. 6 dell'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 – ha previsto espressamente che: "*il ricorso a contratti di cui al presente comma per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti*". Trattasi, dunque, di un'espressa previsione sanzionatoria, che statuisce la responsabilità per danno erariale dei soggetti che abbiano conferito un incarico avente ad oggetto attività ordinarie, ovvero nel caso in cui i collaboratori esterni siano stati utilizzati alla stregua di lavoratori subordinati.

In tale ottica, il dato che si ricava è che il conferimento di incarichi di consulenza a soggetti esterni alla compagine amministrativa non è assolutamente bandito, ma rappresenta una opzione operativa percorribile a determinate condizioni, tassativamente indicate nella legge.

Più specificamente, l'amministrazione pubblica può procedere al conferimento dell'incarico solo quando si riscontrino i seguenti presupposti di legittimità:

- l'ente che procede al conferimento deve aver accertato previamente l'impossibilità di utilizzo delle strutture organizzative e delle risorse umane interne (6).

La verifica della indisponibilità delle risorse interne costituisce un *prius* logico necessario nel percorso discrezionale-valutativo, che si conclude con la decisione di conferire l'incarico (7).

Al riguardo, la giurisprudenza contabile si palesa particolarmente severa: "*la verifica della indisponibilità di risorse interne costituisce un antecedente logico necessario nel percorso valutativo che si conclude con la (motivata) decisione di affidare un incarico esterno. In altri termini, tale decisione suppone svolto compiutamente (e con sicuro e dimostrabile esito negativo) il previo accertamento che certi compiti o attività non possono essere utilmente svolti dalle strutture dell'ente. E detto accertamento è evidentemente cosa ben diversa da quella che, una volta che sia stato deciso di affidare un incarico (perché tra i dipendenti dell'ente non ve n'è alcuno che, in quanto dipendente, possieda una determinata professionalità), l'ente effettui per verificare se l'incarico possa essere conferito prima che a un esterno ad un dipendente ma al di fuori delle mansioni di servizio quali derivantigli dal profilo professionale di inquadramento*" (8).

(4) Per una approfondita disamina del tema: F. Caponi, G. Bertagna, *Gli incarichi esterni degli enti locali*, Torriana, Edk, 2010; R. Cavallo Perin, A. Romano (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, Cedam, 2006; R. Patumi, *L'attribuzione degli incarichi professionali esterni da parte degli enti locali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2012, 4, 907.

(5) Cfr., *ex plurimis*, Corte conti, Sez. II centr. app., 9 febbraio 2017, n. 82, in questa *Rivista*, 2017, 1-2, 332; 30 dicembre 2016, n. 1459; 2 novembre 2018, n. 625; 19 settembre 2019, n. 327; Sez. I centr. app., 9 settembre 2019, n. 181; Sez. III centr. app., 23 febbraio 2017, n. 94.

(6) Cfr. D. Immordino, *Presupposti per l'affidamento di incarichi professionali esterni*, in <www.diritto.it>, 29 dicembre 2011.

(7) Cfr. Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 12 febbraio 2021, n. 24.

(8) In questo senso è esemplificativo quanto espresso da Corte conti, Sez. contr. reg. Friuli-Venezia Giulia, 23 dicembre 2015, n. 180.

Ne deriva che in presenza di professionalità all'interno dell'amministrazione, al fine di procedere al conferimento di un incarico esterno, questa non potrà limitarsi a mere enunciazioni generali circa l'impossibilità di utilizzo delle risorse in servizio, ma è tenuta a dimostrare con una congrua ed esaustiva motivazione, anche con richiami di atti e determinazioni approvate dall'ente, l'effettiva impossibilità di utilizzo del personale dipendente (9).

Sul punto, anticipando il *focus* sul conferimento degli incarichi legali che sarà oggetto di approfondita trattazione più avanti, appare di particolare interesse una recente pronuncia della giurisprudenza contabile; nel caso di specie, il collegio – valorizzando il dato normativo che qualifica il segretario quale referente per la generica attività di assistenza giuridico-amministrativa dell'ente locale – ha giudicato illegittimi gli incarichi esterni di assistenza o “consulenza” generica in materia giuridica, proprio perché trattasi di funzioni ed attività istituzionalmente affidate al personale interno, nella specie al segretario (10).

- L'oggetto della prestazione deve essere determinato, dovendo corrispondere ad obiettivi o progetti specifici e determinati.

Sono, pertanto, da ritenersi illegittimi i c.d. incarichi di “consulenza globale”, il cui oggetto è generico e indeterminato; l'attività, inoltre, non potrà essere prevalentemente manuale o esecutiva (a titolo esemplificativo manutenzione del verde pubblico o conduzione di scuolabus), dovendo trattarsi di attività che richiedono una professionalità elevata di tipo intellettuale, altamente qualificata e specializzata, la quale non deve avere ad oggetto attività che rientrano nei compiti propri del personale con qualifica dirigenziale (11).

Quanto specificatamente all'elemento “compenso”, questo non può essere demandato ad un successivo provvedimento, posto che altrimenti ciò determinerebbe un'assoluta incertezza sulla spesa. È considerato illegittimo, infatti, un incarico in cui sia carente il dato circa il compenso con un rinvio in bianco ad un futuro atto di liquidazione (12).

- L'oggetto della prestazione deve rientrare tra le competenze istituzionali attribuite dalla legge all'ente.

- L'incarico deve essere conferito sulla base di procedure comparative.

La necessità di una previa selezione è stata recentemente ribadita in modo severo: «*qualunque incarico, a prescindere dal suo importo, può essere conferito solo dopo una procedura pubblica comparativa, caratterizzata da trasparenza e pubblicità e, dunque, instaurata a seguito di un'adeguata pubblicizzazione dell'avviso relativo. Per tali ragioni è da escludere che, con riferimento agli incarichi di importo più contenuto, il comune possa limitarsi, in assenza di alcun riferimento alla doverosa pubblicizzazione della selezione ed alla garanzia della parità di accesso degli interessati, a ricorrere ad “apposita selezione comparativa”*» (13).

Al riguardo è stato a più riprese rappresentato che: “*il comma 6-bis dell'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, prevedendo l'obbligo per le amministrazioni di disciplinare e rendere pubbliche le procedure comparative per il conferimento di incarichi di collaborazione, ha in concreto posto la necessità dell'espletamento della procedura concorsuale, nella considerazione che un simile modus operandi, implicando il rispetto di precisi adempimenti procedurali e moduli operativi, concorra a rendere l'operato dell'Amministrazione conforme ai parametri di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza, costituzionalmente tutelati ex art. 97*” (14).

Anche la previsione di una selezione meramente “a inviti” confligge apertamente con il testo della norma primaria e non risulta conforme ai principi di trasparenza, massima partecipazione e concorrenza, dal momento che la

(9) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, 22 maggio 2019, n. 114, la quale ha ulteriormente precisato che le risorse umane interne “*non devono essere soggettivamente indisponibili, ma oggettivamente non rinvenibili all'interno dell'amministrazione. Non integra i presupposti dell'art. 7, comma 6, la circostanza che le risorse presenti siano già impegnate a tempo pieno, l'incarico deve rispondere ad esigenze di natura eccezionale e straordinaria, oggettivamente non sopperibili dalle professionalità interne, non già ad esigenze ordinarie e permanenti, seppur rese urgenti da mancata, errata o tardiva valutazione e/o programmazione dei fabbisogni di personale*”. Ed ancora, Corte conti, Sez. III. centr. app., 15 gennaio 2020, n. 8: “*La previa verifica della disponibilità interna di personale costituisce un caposaldo del corretto percorso logico giuridico dell'amministrazione in materia di conferimento di incarichi all'esterno, in quanto è a garanzia del contenimento della spesa ai soli casi in cui non sia possibile procedere con le risorse disponibili, e al contempo a garanzia dell'ottimale utilizzo del personale, il quale ha oltre che il dovere anche il diritto di espletare la propria prestazione lavorativa nella dinamica della valorizzazione delle risorse umane*”.

(10) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, 18 marzo 2022, n. 28: «*Tali incarichi introdurrebbero un inammissibile sistema di generico “tutoraggio” che non è consentito nel vigente ordinamento, nel quale non solo le norme di contabilità ma anche le specifiche discipline di settore dell'agire amministrativo pongono vincoli e limiti alla spesa per le esternalizzazioni di attività*»; in senso conforme, Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, 15 marzo 2021, n. 29; 27 aprile 2021, n. 69; 9 agosto 2021, n. 96; 22 ottobre 2021, n. 108.

(11) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, n. 114/2019, cit. In maniera più specifica, si può dire che le consulenze globali sono “*quelle che hanno a oggetto la generalità delle problematiche che possano interessare tutta l'attività istituzionale di un ente pubblico*” (Corte conti, Sez. giur. reg. Abruzzo, 26 aprile 2010, n. 260).

(12) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 23 marzo 2016, n. 26.

(13) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 21 gennaio 2021, n. 3.

(14) Cfr. Corte conti, Sez. centr. contr. legittimità, 2 ottobre 2012, n. 21. È stato, inoltre, affermato che “*il ricorso a procedure concorsuali deve essere generalizzato e può prescindere solo in circostanze del tutto particolari, come per esempio 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*”: Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 18 febbraio 2015, n. 22.

discrezionalità sul punto attribuita al soggetto selezionatore risulta troppo ampia e non ancorata a parametri oggettivi predeterminati (15).

In merito alla predeterminazione dei criteri oggettivi ai fini dell'avvio della procedura comparativa, la giurisprudenza contabile ha affermato che: *“risulta principio generale quello per cui in presenza di procedure selettive condotte dalla p.a., al fine preminente di evitare abusi o violazioni della par condicio e del principio di imparzialità, tutte le condizioni o criteri di scelta siano predeterminati dalla amministrazione ed in particolare siano resi noti i suddetti criteri al momento della pubblicazione degli avvisi, bandi o atti equipollenti costituenti lex specialis della procedura comparativa”* (16).

Si evidenzia che in base all'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001, gli incarichi sono di tipo “individuale”, escludendosi dall'ambito di applicazione, pertanto, gli incarichi a persone giuridiche, associazioni, comitati o fondazioni.

- La prestazione resa dall'incaricato deve essere *“altamente qualificata”*.

A tale scopo la norma prevede che il collaboratore destinatario dell'incarico sia un esperto di particolare e comprovata specializzazione *“anche”* universitaria; in merito a tale locuzione, la giurisprudenza ha precisato che la stessa *“deve essere interpretata nel senso di possesso di conoscenze specialistiche equiparabile a quello che si otterrebbe con un percorso formativo di tipo universitario basato, peraltro, su conoscenze specifiche inerenti al tipo di attività professionale oggetto dell'incarico”*. Inoltre, poiché la specializzazione richiesta deve essere *“comprovata”*, essa *“deve essere oggetto di accertamento in concreto condotto sull'esame di documentati curriculum. Il mero possesso formale di titoli non sempre è necessario o sufficiente a comprovare l'acquisizione delle richieste capacità professionali”* (17).

La congiunzione *“anche”*, prevista dalla norma come modificata dall'art. 46 del d.l. n. 112/2008, richiama, in via anticipata, i casi in cui può prescindersi dalla regola del possesso di un titolo universitario, elencati nell'ultima parte del comma (professionisti iscritti in ordini o albi o operatori nel campo dell'arte, dello spettacolo, artigiani o informatici, nonché personale che svolga mansioni di supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276).

- Il ricorso a personale esterno incaricato, essendo *“eccezionale”*, comporta che i conferimenti disposti abbiano sempre il carattere della temporaneità.

La temporaneità dell'incarico – prevista espressamente per legge – consegue necessariamente all'esigenza di carattere straordinario. Ragionando al contrario, si giungerebbe ad acconsentire ad esigenze di carattere stabile, che dovrebbero essere oggetto di programmazione ordinaria e di relativa assunzione di personale (18).

Quanto agli istituti di proroga e rinnovo deve sottolinearsi che, fermo restando la natura temporanea dell'incarico e la necessità di programmazione delle attività dell'amministrazione con riferimento ad aspetti o fasi della stessa, l'incarico non potrà ritenersi prorogabile se non nei limiti del completamento di un'attività avviata, in quanto la sua durata è predeterminata in relazione allo specifico aspetto o fase dell'attività da eseguire (19). È, altresì, vietato il rinnovo, in quanto l'incarico dovrebbe fare riferimento ad un nuovo progetto ed essere conferito a seguito di apposita procedura comparativa (20).

- L'atto di conferimento dell'incarico (completo della indicazione dell'incaricato, della ragione dell'incarico, del compenso, del curriculum e dell'indicazione della durata dell'incarico stesso) deve essere pubblicato sul sito web dell'ente (art. 15, c. 4, d. lgs. n. 33/2013 (21): *“la pubblicazione deve avvenire entro tre mesi dal conferimento dell'incarico e per i tre anni successivi alla cessazione dello stesso”*, e art. 46 d.lgs. n. 33 cit.).

(15) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 30 gennaio 2020, n. 17.

(16) Cfr., tra le altre, Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, n. 22/2015, cit.

(17) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 4 aprile 2012, n. 123; 11 febbraio 2009, n. 37. Di recente, Corte conti, Sez. giur. reg. Molise, 25 novembre 2020, n. 42.

(18) Cfr. Corte conti, Sez. II centr. app., 9 settembre 2020, n. 207.

(19) Sul punto è stato affermato che: *“sta a significare che la proroga è ammessa in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ad invarianza dell'importo stabilito inizialmente. La norma introduce in modo chiaro e perspicuo le regole per la prosecuzione dei contratti, consentendo, in via eccezionale, il solo slittamento dei termini per il completamento di attività già avviate e non completate per cause non imputabili al soggetto incaricato, e prescrivendo l'invarianza della spesa”*: Corte conti, Sez. centr. contr. legittimità, 27 dicembre 2013, n. 24.

(20) In questo senso, v. Presidenza Consiglio dei ministri, Dipartimento funzione pubblica, circ. n. 2/2008; Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, n. 114/2019, cit.

(21) Il conferimento di incarichi di collaborazione autonoma individuale secondo le regole dettate dal citato art. 7, c. 6, comporta che i relativi obblighi pubblicitari dovranno essere assolti ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 33/2013 e, pertanto, relativamente ai titolari di incarichi di collaborazione o consulenza dovranno essere pubblicati: *“a) gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico; b) il curriculum vitae; c) i dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali; d) i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato”* (comma 1). Ulteriormente, il comma 2 della disposizione di cui si tratta afferma che *“la pubblicazione degli estremi degli atti di conferimento di incarichi di collaborazione o soggetti esterni a qualsiasi titolo per i quali è previsto un compenso, completi dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato, nonché la comunicazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione*

Orbene, la pubblicazione dei dati, così come la comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica dell’*“elenco dei collaboratori esterni e dei soggetti cui sono affidati incarichi di consulenza, con l’indicazione della ragione dell’incarico e dell’ammontare dei compensi corrisposti”* (22), lungi dal rappresentare solo rimedi utili a dare pubblicità all’incarico, vengono ad integrare specificamente condizioni per l’acquisizione dell’efficacia dell’atto e per giustificare la liquidazione dei relativi compensi: ne deriva che la violazione dell’onere di pubblicazione determina l’inefficacia dell’obbligazione di corrispondere il compenso al consulente.

Conseguentemente, il c. 3 dell’art. 15 del d.lgs. n. 33/2013 prevede che: *“In caso di omessa pubblicazione di quanto previsto al comma 2, il pagamento del corrispettivo determina la responsabilità del dirigente che l’ha disposto, accertata all’esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario ove ricorrano le condizioni di cui all’art. 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

È evidente la volontà del legislatore di rafforzare gli obblighi di trasparenza in modo persino più stringente di quanto fa per gli appalti pubblici: la finalità è quella di esaltare la pubblicità per ipotesi in cui è meno strettamente proceduralizzata la modalità di scelta del contraente privato rispetto al settore degli appalti pubblici e, dunque, di limitare la possibilità di ricorso abusivo a tale istituto.

In merito alla pubblicizzazione dei bandi e degli avvisi pubblici, è necessario, infine, richiamare quanto previsto dall’art. 19 del d.lgs. n. 33/2013, secondo cui *“fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni pubblicano i bandi di concorso per il reclutamento, a qualsiasi titolo, di personale presso l’amministrazione, nonché i criteri di valutazione della Commissione, le tracce delle prove e le graduatorie finali, aggiornate con l’eventuale scorrimento degli idonei non vincitori”* (23).

In sintesi, le predette condizioni, che per la giurisprudenza citata costituiscono altrettanti presupposti di legittimità, non solo devono coesistere, ma devono anche essere logicamente esplicitati nel provvedimento amministrativo di conferimento, in quanto indefettibilmente concorrenti a costituirne il supporto motivazionale.

In tal senso, il corredo motivazionale deve sussistere all’adozione dell’atto, senza possibilità di integrazioni postume o di motivazioni assunte *per relationem* (24).

Infatti, pur con l’ovvia considerazione che un profilo di illegittimità formale non possa di per sé costituire fonte di danno erariale, si deve osservare, soprattutto in una materia quale quella in esame in cui la condotta risulta delineata da ristretti ambiti normativi, che l’assenza di questo o quel presupposto di legittimità del provvedimento d’incarico appare chiaramente sintomatica di un comportamento contrario, o quantomeno non in linea, con il modello legale della corretta gestione amministrativa (25).

Benché utilizzati in casi eccezionali e nel rispetto dei requisiti sanciti dalla legge, gli incarichi esterni comportano un esborso di denaro pubblico.

La previsione di stringenti limiti e la necessaria realizzazione di procedure comparative rispondono, così, all’esigenza di consentire all’amministrazione, in deroga al principio dell’autosufficienza, di individuare il miglior collaboratore possibile, selezionato per le sue oggettive competenze, in garanzia del principio di buon andamento ed imparzialità.

Si tratta, in ogni caso, di una procedura eccezionale perché permette una collaborazione con la pubblica amministrazione senza il previo espletamento di un concorso pubblico, in deroga ai principi guida dell’amministrazione, sanciti dall’art. 97 della Costituzione.

Va, infine, segnalato che l’attuale quadro normativo parrebbe non porre alcuna preclusione al conferimento di incarichi a professionisti esterni da parte delle società a partecipazione pubblica (26).

Tuttavia, sebbene manchi la esplicita regolamentazione dei presupposti legittimanti detti incarichi e nell’ottica del contenimento dei costi di funzionamento delle società pubbliche e della contemporanea riduzione dei rischi di

---

*pubblica dei relativi dati ai sensi dell’articolo 53, comma 14, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, sono condizioni per l’acquisizione dell’efficacia dell’atto e per la liquidazione dei relativi compensi”*.

(22) Art. 53, c. 14, d.lgs. n. 165/2001. Nella parte che rileva ai fini della trattazione, l’art. 53, c. 14, del d.lgs. n. 165/2001 prevede che *“sono altresì tenute a comunicare semestralmente l’elenco dei collaboratori esterni e dei soggetti cui sono stati affidati incarichi di consulenza, con l’indicazione della ragione dell’incarico e dell’ammontare dei compensi corrisposti. Le amministrazioni rendono noti, mediante inserimento nelle proprie banche dati accessibili al pubblico per via telematica, gli elenchi dei propri consulenti indicando l’oggetto, la durata e il compenso dell’incarico nonché l’attestazione dell’avvenuta verifica dell’insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi”*.

(23) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 3/2021, cit.

(24) Cfr. Corte conti, Sez. I centr. app., 2 dicembre 2020, n. 333.

(25) Cfr. Corte conti, Sez. III centr. app., 17 settembre 2018, n. 347.

(26) L’art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, distingueva, a fini disciplinatori, tra le società gerenti servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica e le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo. Il legislatore del t.u. in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) ha abrogato i primi due commi del predetto art. 18 del d.l. n. 112/2008 e riproposto le disposizioni abrogate nel testo dell’art. 19, il quale, tuttavia, si differenzia dalla previgente disciplina in ragione dello specifico riferimento, quanto all’ambito soggettivo di applicazione, alle società a controllo pubblico.

corruzione insiti nei processi negoziali, può ragionevolmente ritenersi fattibile un intervento dell'ente locale socio in via rimediabile.

Intervento il cui fondamento normativo è rinvenibile nel quinto comma dell'art. 19 del Tusp, il quale impone alle pubbliche amministrazioni socie di fissare, “*con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate*”, le quali, a loro volta, devono garantire “*il concreto perseguimento degli obiettivi di cui al comma 5 tramite propri provvedimenti*” (c. 6) (27).

## 2. La distinzione tra incarichi professionali, contratto di lavoro subordinato e appalti di servizi disciplinati dal d.lgs. n. 50/2016

Passando ad un piano più operativo, 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, al sussistere delle condizioni innanzi delineate; può procedere all'aggiudicazione di un appalto di servizi tramite una procedura di gara e relativa scelta del contraente mediante le regole del codice dei contratti.

La scelta in concreto tra le varie opzioni non è sempre lasciata alla discrezionalità dell'ente, ma subisce, al contrario, non pochi condizionamenti ad opera dei numerosi vincoli di finanza pubblica (in materia di personale ed in materia contrattuale) posti, di volta in volta, dal legislatore.

La mancanza, a livello normativo, di una definizione univoca di queste categorie ha generato, nel tempo, un ampio dibattito in merito alla qualificazione giuridica da attribuire alle stesse.

La questione non ha una valenza meramente definitoria, ma rileva al fine dell'individuazione della disciplina di riferimento, specialmente con riguardo alla procedura di selezione e ai limiti di spesa.

La norma di cui all'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001 prevede che il contratto che segue alla determinazione dirigenziale di incarico abbia la forma di un contratto di lavoro autonomo (o di opera intellettuale).

Tale tipo contrattuale, disciplinato dall'art. 2222 c.c., definisce quella relazione che si instaura tra il committente e una persona che si obbliga, dietro corrispettivo, a compiere un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione: in tale modello contrattuale rientrano, in definitiva, tutte le prestazioni individuali o professionali che non vengono svolte tramite una struttura imprenditoriale (28).

Come evincibile dalla relativa definizione, nonché dalla collocazione sistematica della norma all'interno del titolo dedicato al lavoro autonomo, caratteristica essenziale del contratto *de quo* è l'autonomia: il prestatore d'opera si obbliga nei confronti del committente a prestare l'*opus perfectum*.

Altra caratteristica è l'*intuitu personae*, intendendosi tale la prevalenza del lavoro personale sull'organizzazione dei mezzi, cui consegue l'infungibilità della prestazione.

Così che una prima doverosa distinzione degli incarichi previsti dall'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001 deve essere operata con la fattispecie del contratto di lavoro subordinato; se è vero che, secondo la prevalente opinione tradizionale, ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro autonomo che subordinato (29), tale tendenziale omogeneità viene *in primis* smentita dalla disciplina codicistica.

L'art. 2094 definisce il prestatore di lavoro subordinato come chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore, mentre l'art. 2104 (Diligenza del prestatore di lavoro) stabilisce: “*Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende*”.

Per converso, le coordinate poste dall'art. 2222 c.c. in materia di prestazioni d'opera professionale consentono di individuare, anche alla luce dei numerosi arresti della giurisprudenza di legittimità soprattutto giuslavoristica (30), alcuni principi di fondo che differenziano il lavoro subordinato dal lavoro autonomo (31).

(27) In tal senso, R. Mininno, *Il conferimento di incarichi a professionisti esterni da parte delle società a partecipazione pubblica*, in *Comuni d'Italia*, 2021, 4, 71.

(28) Che il modello contrattuale utilizzabile per il conferimento di incarichi esterni fosse quello del contratto d'opera intellettuale è stato affermato già da Corte conti, Sez. riun. contr., 15 febbraio 2005, n. 6, inerente alle “Linee di indirizzo e criteri interpretativi sulle disposizioni della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) in materia di affidamento d'incarichi di studio o di ricerca ovvero di consulenza (art. 1, commi 11 e 42)”.

(29) Cfr. Cass., Sez. lav., 11 febbraio 2004, n. 2622.

(30) Cfr. Cass., Sez. lav., 12 marzo 2021, n. 7068.

(31) Ad avviso di una puntuale dottrina (G. Cottino, *I cinquant'anni del codice civile: il libro del lavoro*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 5), l'inserimento di una particolare e specifica disciplina del lavoro autonomo nel corpus del codice civile si ricollega all'esigenza, avvertita dal legislatore, di differenziare e contrapporre al lavoro nell'impresa (sia organizzativo-gestionale dell'imprenditore, che esecutivo-attuativo dei collaboratori subordinati) una fattispecie diversa di attività, svolte da soggetti in posizione di estraneità e terzietà rispetto alla

Innanzitutto, si ritiene che il *nomen iuris* utilizzato dalle parti non abbia valore assorbente, dovendosi necessariamente tener conto del comportamento complessivo delle parti stesse, specialmente successivamente alla stipulazione del contratto.

In caso di contrasto tra *nomen iuris* ed effettiva modalità di svolgimento delle prestazioni, è necessario assegnare prevalenza alla seconda, in quanto la tutela relativa al lavoro subordinato non può essere elusa per mezzo di una qualificazione pattizia contrastante con i caratteri concreti del rapporto.

Il tratto essenziale del lavoro autonomo, idoneo a distinguerlo da quello subordinato, sia con riferimento alle intrinseche modalità di svolgimento che al risultato della prestazione lavorativa (32), viene pacificamente individuato nell'assenza del vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro. Potere che si estrinseca nell'adozione di direttive e disposizioni tecnico-organizzative, preordinate ad ottimizzare la produttività dell'impresa, oltreché nell'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione delle prestazioni.

Si tratta, in buona sostanza, del ben noto "*vincolo di subordinazione*", che rappresenta il punto di partenza ed insieme di arrivo di qualsivoglia operazione qualificatoria ed applicativa, nel senso che la mancanza dello stesso consente di individuare il lavoratore autonomo come colui che rende la prestazione secondo lo schema del contratto d'opera (33).

Inoltre, occorre tener conto che il vincolo di subordinazione implica anche due importanti corollari. In primo luogo, l'obbligo del prestatore di stare a disposizione del datore di lavoro durante un determinato arco temporale ed in un determinato luogo, indipendentemente dal fatto che durante tale arco temporale vi sia o non vi sia attività da svolgere. *In secundis*, lo stabile inserimento nell'organizzazione di impresa, criterio che consente, con notevole frequenza, di stabilire con sufficiente certezza se una determinata fattispecie sia riconducibile nell'ambito della categoria del lavoro subordinato o in quella di altra tipologia contrattuale non subordinata.

Tuttavia, in caso di incertezze interpretative connesse alle peculiarità di talune e talvolta numerose singole fattispecie, soccorrono alcuni criteri sussidiari che, nel pensiero della giurisprudenza, costituiscono dei meri indizi della presenza di subordinazione o non subordinazione, da valutarsi complessivamente e comparativamente al fine di contribuire ad orientare l'interprete, ancora incerto dopo l'analisi della fattispecie (34).

Se per la compiuta distinzione tra le figure contrattuali di lavoro autonomo e subordinato è sufficiente l'analisi della disciplina codicistica, per converso, la distinzione tra il contratto d'opera (*locatio operis*) e il contratto di appalto (35) (*sub specie* di appalto di servizi) richiede un approfondimento anche della disciplina di rango pubblicistico.

Sul versante civilistico, i due tipi contrattuali appaiono sufficientemente definiti: si caratterizzano per avere quale oggetto un'identica prestazione, essendo entrambi connotati dall'obbligo di compiere, a fronte di un corrispettivo, un'opera o un servizio, senza subordinazione nei confronti del committente e con gestione del proprio rischio da parte del soggetto (36).

Tuttavia, contratto d'opera e contratto di appalto si distinguono in base al profilo organizzativo.

normale struttura produttiva dell'impresa medesima. L'obiettivo di fondo del codice era, insomma, quello di pervenire ad una complessiva regolamentazione del lavoro in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali e manuali.

(32) Cfr. Cass., Sez. lav., 17 febbraio 1987, n. 1714.

(33) L. Montuschi, *Il contratto di lavoro tra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, in *Lavoro e dir.*, 1993, 44.

(34) Tali criteri possono così riassumersi e schematizzarsi: il lavoratore subordinato è tenuto all'osservanza di un orario di lavoro, mentre ciò non avviene in caso di lavoro autonomo; il lavoratore subordinato deve svolgere la sua prestazione nel luogo convenuto nel contratto o in quello legittimamente disposto dal datore di lavoro; il lavoratore subordinato, ricoprendo una posizione all'interno dell'organizzazione, svolge mansioni ripetitive ed identiche nell'ambito di una continuità di apporto, mentre il lavoratore autonomo, proprio perché tenuto ad un'obbligazione di risultato, svolge un'attività che non dovrebbe essere continuativa ed identica, in quanto strettamente correlata al tipo di incarico conferitogli ed al conseguimento del risultato; il lavoratore subordinato, normalmente, utilizza attrezzature e strumenti di lavoro che gli sono messi a disposizione da parte del datore di lavoro, mentre, di regola, il lavoratore autonomo, proprio perché autonomo, è dotato egli stesso di un minimo di autonomia organizzativa (potere di autoorganizzazione), accostabile a quella imprenditoriale; il lavoratore subordinato percepisce, in ogni periodo di paga, un compenso (che nel lavoro subordinato assume la denominazione tecnico-giuridica di *retribuzione*), che quantitativamente non varia (salvi gli automatismi retributivi), quale che sia la quantità e qualità del lavoro prestato in ogni periodo di lavoro. Viceversa, il lavoratore autonomo percepisce un *corrispettivo*, che, per sua natura, è suscettibile di variare continuamente da incarico ad incarico, essendo strettamente correlato alla quantità e qualità dell'attività necessaria per raggiungere il risultato, nonché al risultato stesso. Nel lavoro subordinato, il *rischio d'impresa* è interamente accollato al datore di lavoro, mentre, nel rapporto di lavoro autonomo, unico titolare del rischio d'impresa è il prestatore stesso. Nel contratto d'opera il prestatore si obbligerebbe a pervenire ad un risultato mentre nel lavoro subordinato, viene in risalto non un soggetto tenuto a realizzare un'opera o un servizio, a consegnare al suo datore un risultato finale (in quanto il risultato finale lo realizza il datore di lavoro soltanto se tutta l'organizzazione funziona secondo le regole stabilite dal datore stesso), bensì un soggetto chiamato a svolgere nel suo quotidiano un complesso di mansioni organizzate e dirette dal datore, che effettua un costante controllo sul "mentre" il prestatore lavora, per verificare se la prestazione viene resa in conformità ai canoni prescritti. Per una compiuta ricostruzione, cfr. M. Alesio, *Le prestazioni di lavoro autonomo e di natura intellettuale in favore delle PA: un tentativo di inquadramento e classificazione*, in *Comuni d'Italia*, 2021, 4, 33.

(35) Artt. 1655 ss. c.c.

(36) R. Rosapepe, *L'appalto*, in V. Buonocore et al., *Contratti d'impresa*, Milano, Giuffrè, 1993, 240.

Precisamente, con la stipula del contratto di appalto, l'opera o il servizio sono compiuti attraverso un'organizzazione di impresa: sarà dunque l'appaltatore a dover organizzare autonomamente i mezzi necessari per garantire il risultato promesso, assumendosi il rischio della relativa gestione.

Si parla, in tal caso, di *locatio operarum* (locazione di opere) in contrapposizione alla *locatio operis* (locazione di opera), che riguarda, invece, il contratto d'opera.

Come visto, tale forma contrattuale, disciplinata dall'art. 2222 c.c., obbliga ugualmente il debitore a compiere, verso un dato corrispettivo, un'opera o un servizio, ma con lavoro prevalentemente proprio e senza un vincolo di subordinazione nei confronti del creditore committente. Difetta, dunque, quel necessario elemento dell'organizzazione di impresa e di prevalenza del capitale sul lavoro proprio, che, invece, definisce il contratto di appalto.

La giurisprudenza (37) ha, da lungo tempo, confermato tale criterio discrezionale, codificando i reali elementi di differenziazione tra i due tipi contrattuali sotto un profilo soggettivo, afferente alla natura del soggetto (natura di media o grande impresa dell'assuntore dell'opera o servizio) ed oggettivo (realizzare l'opera od il servizio attraverso il dispiego di "una complessa organizzazione di fattori produttivi e, dunque, con totale o prevalente utilizzazione di manodopera dipendente" (38).

Scriminante, ai fini della corretta qualificazione, appare dunque il diverso profilo del modulo produttivo e l'intervento dell'attività lavorativa personale dell'esecutore dell'opera, espressamente contemplata nella locazione d'opera ed invece esclusa nel contratto d'appalto (39).

Se, dunque, sul versante civilistico, la specialità dei due istituti non crea particolari problemi all'interprete, viceversa – nell'ambito della contrattualistica pubblica – tale distinzione sfuma, alimentando un ampio dibattito, che presenta tutt'ora profili di stringente attualità.

E così una parte della giurisprudenza, formatasi sotto la vigenza del precedente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), sottolinea come "il prestatore di servizi non debba necessariamente, per dette fonti comunitarie, possedere un'organizzazione di impresa, requisito, invece, imprescindibile per il nostro codice civile (art. 1655 c.c.). Allo stesso modo, le forniture di prodotti si fanno rientrare nel contratto di appalto, cosa che nel nostro ordinamento, prima dell'impatto con il diritto comunitario, non sembrava certamente corretto, non fosse altro perché il codice disciplina il contratto di fornitura" (40).

Questa prospettazione ritiene, dunque, attratta nella nozione di appalto di servizi elaborata dal testo normativo anche negozi qualificabili come contratti d'opera o di opera intellettuale, in ragione della disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici molto più ampia di quella del codice civile.

Altro indirizzo giurisprudenziale (41) valorizza, invece, la differenza ontologica fra i due istituti, con conseguenti ricadute in materia di soggezione alla disciplina prevista dal codice dei contratti pubblici.

Motivo per il quale, anche nell'ambito della contrattualistica pubblica, permangono le coordinate civilistiche di differenziazione fra contratto d'opera e contratto di appalto.

In tal senso, la Corte dei conti della Lombardia è stata ben ferma nell'evidenziare che il confine fra contratto d'opera intellettuale e contratto d'appalto è individuabile, sul piano civilistico ed anche pubblicistico, in base al carattere intellettuale delle prestazioni oggetto del primo e in base al carattere imprenditoriale del soggetto esecutore del secondo (42). L'appalto di servizi, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera, rispetto al quale ha in comune almeno il requisito dell'autonomia rispetto al committente, si differenzia da quest'ultimo in ordine al profilo organizzatorio, atteso che l'appaltatore esegue la prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, rivestendo normalmente la qualità di imprenditore.

Pertanto, mentre il ricorso ad incarichi di collaborazione esterna, secondo la formula del contratto d'opera, necessiterà di una più stringente verifica dei parametri richiesti *ex lege*, declinata secondo il paradigma dell'efficacia, efficienza ed economicità nell'organizzazione del servizio, all'opposto, in caso di appalto di servizi, la necessità di garantire l'effettivo confronto concorrenziale per la scelta del partner economico più vantaggioso per la pubblica amministrazione imporrà di verificare, in maniera più permeante, le modalità di svolgimento del procedimento di gara.

(37) Cfr. Cass., Sez. I, 27 gennaio 1997, n. 819; Sez. II, 17 luglio 1999, n. 7606.

(38) Sul tema, v. M. Alesio, *op. cit.*

(39) Cfr. Cass., Sez. II, 4 giugno 1999, n. 5451; 29 maggio 2001, n. 7307; 16 novembre 2017, n. 27258. Cfr., ancora, Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 20 maggio 2014, n. 178; Sez. autonomie, 14 marzo 2008, n. 6. Più di recente, è stato efficacemente osservato come "Il confine fra l'incarico di consulenza ivi previsto e la diversa ipotesi di affidamento è da rinvenirsi nel carattere intellettuale delle prestazioni oggetto del primo (in cui l'esperto viene chiamato a svolgere una prestazione frutto dell'elaborazione concettuale e professionale nello specifico settore di riferimento) ed il carattere imprenditoriale del soggetto esecutore del secondo, chiamato invece ad eseguire la prestazione con la propria organizzazione. In quest'ultimo caso, l'esecutore si obbliga nei confronti del committente al compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro, con organizzazione dei mezzi necessari (di tipo imprenditoriale) e con assunzione in proprio del rischio di esecuzione della prestazione": Corte conti, Sez. III centr. app., 18 marzo 2021, n. 114.

(40) Cfr. Tar Veneto, Sez. I, 26 giugno 2006, n. 1899.

(41) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730, in *Urb. e appalti*, 2012, 1181, con nota di C. Mucio, *Legittimità dell'affidamento del patrocinio legale senza gara*.

(42) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 178/2014, cit.

Non essendo questa la sede per approfondire i risvolti del dibattito accennato, si può brevemente concludere affermando che anche per l'attribuzione di contratti di prestazione d'opera a personale esterno, l'amministrazione non potrà prescindere da una preventiva selezione comparativa, che non sembra ad ogni modo sovrapponibile a quella prevista e disciplinata dal codice dei contratti pubblici (43).

Da ultimo, meritano un doveroso cenno le incertezze sia interpretative, sia applicative, evidenziate dalla pratica in ordine all'affidamento di incarichi esterni con la formula dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa (co.co.co.).

L'attuale quadro ordinamentale in materia ha definitivamente sancito il divieto per le amministrazioni pubbliche “di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro” (art. 7, c. 5-bis, d.lgs. n. 165/2001, introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75) (44).

Con tale divieto, il legislatore ha inteso impedire, in modo radicale, la costituzione di reali rapporti di lavoro subordinato sotto le mentite spoglie di un contratto di collaborazione, il quale nominalmente dovrebbe rinviare alla nozione di lavoro autonomo (45); ne è riprova il severo apparato sanzionatorio posto a presidio dello stesso, che colpisce l'efficacia del contratto, decretandone la nullità, oltre alla espressa previsione della responsabilità erariale e dirigenziale (46).

### 3. Gli incarichi di consulenza legale e gli incarichi di patrocinio legale: profili generali

Data la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere a professionisti esterni nei limiti innanzi indicati e considerato il differente regime cui è soggetto il conferimento dell'incarico di consulenza, assimilato al contratto d'opera professionale ex artt. 2222 ss. c.c., rispetto all'affidamento di un appalto di servizi, particolare rilievo ha assunto negli ultimi anni la tematica relativa all'affidamento all'esterno degli incarichi legali da parte degli enti pubblici, in ragione della disciplina agli stessi dedicata dal codice dei contratti pubblici.

Tale forma di conferimento vede da sempre contrapposte due anime: da una parte, la necessità di privilegiare il risparmio di spesa in osservanza dei principi costituzionali di buon andamento e trasparenza e dall'altra parte l'esigenza di instaurare con il professionista un rapporto fiduciario, tenendo conto della complessità della causa e della dovuta esperienza richiesta.

Il (previgente) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, aveva incluso i “servizi legali” in un elenco di servizi (47), la cui aggiudicazione era disciplinata soltanto da alcune disposizioni del medesimo decreto (48).

(43) Ne è riprova il c. 6-bis dell'art. 7 Tupi, che lascia all'autonomia delle singole amministrazioni la possibilità di disciplinare le modalità di individuazione dei destinatari dei contratti di collaborazione, che, se non rivestiranno carattere propriamente concorsuale, dovranno essere comunque idonee a consentire una effettiva selezione comparativa: ciò, in modo analogo a quanto già previsto dalla legislazione specifica degli enti locali, laddove, l'art. 110, c. 6, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, rinvia al regolamento interno dell'ente la definizione delle modalità per la stipulazione di collaborazioni esterne.

(44) L'entrata in vigore del suddetto divieto è stata peraltro ripetutamente posticipata, fino al 1° luglio 2019 (ad opera dell'art. 1, c. 1131, lett. f, l. 30 dicembre 2018, n. 145, che per ultima è intervenuta a modificare l'art. 22, c. 8, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75). Pertanto, solo fino al 30 giugno 2019 le amministrazioni pubbliche hanno potuto ricorrere a tale tipologia contrattuale. Il d.lgs. n. 75/2017 ha espunto dall'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001 la possibilità di concludere contratti di natura occasionale i quali, tuttavia, sono stati reintrodotti dall'art. 54-bis del d.l. n. 50/2017, “Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo”, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2017. Malgrado ciò, dalla lettura della norma da ultimo citata, ed in particolare del suo comma 7, appare evidente che le ipotesi di utilizzabilità di tale forma contrattuale sono sensibilmente differenti rispetto a quelle già previste dal c. 6 dell'art. 7 Tupi, dato che “7. Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono fare ricorso al contratto di prestazione occasionale, in deroga al comma 14, lettera a), del presente articolo, nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e fermo restando il limite di durata di cui al comma 20 del presente articolo, esclusivamente per esigenze temporanee o eccezionali: a) nell'ambito di progetti speciali rivolti a specifiche categorie di soggetti in stato di povertà, di disabilità, di detenzione, di tossicodipendenza o che fruiscono di ammortizzatori sociali; b) per lo svolgimento di lavori di emergenza correlati a calamità o eventi naturali improvvisi; c) per attività di solidarietà, in collaborazione con altri enti pubblici o associazioni di volontariato; d) per l'organizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritative”.

(45) Dal punto di vista del modello contrattuale, invece, la co.co.co. si differenzia dal contratto di lavoro autonomo per il carattere parasubordinato della prestazione lavorativa che, da un lato, richiede una certa sfera di autonomia organizzativa nel soggetto che presta la sua opera e, dall'altro, impone, però, al medesimo di soggiacere se non altro alle direttive generali del committente.

(46) I contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente comma sono, altresì, responsabili ai sensi dell'art. 21 e ad essi non può essere erogata la retribuzione di risultato. Resta fermo che la disposizione di cui all'art. 2, c. 1, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, non si applica alle pubbliche amministrazioni.

(47) Allegato II B, recante “Elenco dei servizi di cui agli articoli 20 e 21”.

(48) L'art. 20 del d.lgs. n. 163/2006 stabiliva: “L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)” (comma 1). Il c. 10 dell'art. 3 del d.lgs. n. 163/2006 definiva gli “appalti pubblici di servizi” sia in negativo (“appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture”) che in positivo (“appalti pubblici [...] aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II”). Il richiamato allegato II era suddiviso, a sua volta, negli allegati II A e II B: l'aggiudicazione degli appalti per i servizi di cui all'allegato II A erano soggetti integralmente alle disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 (cfr.

Nella vigenza dell'abrogato codice dei contratti pubblici la giurisprudenza – sia contabile che amministrativa – aveva operato, in sede qualificatoria, una preliminare distinzione tra l'attività di assistenza e consulenza giuridica e l'incarico di patrocinio legale conferito con riferimento a un determinato procedimento giudiziario.

In materia, la Sezione delle autonomie della Corte dei conti aveva ritenuto che il singolo incarico di patrocinio legale “*esorbita[sse] concettualmente dalla nozione di consulenza*” e fosse riconducibile «*nell'ambito dell'appalto di servizi, dovendosi fare in generale riferimento alla tipologia dei “servizi legali” di cui all'allegato 2B del d.lgs. n. 163/2006, che costituisce [...] uno dei contratti d'appalto di servizi cosiddetti “esclusi”*» (49): l'affidamento dell'incarico rientrava nell'ambito di applicazione del codice, seppur limitatamente al regime semplificato risultante dal combinato disposto degli articoli 20 e 27.

Veniva rimessa alla scelta discrezionale della pubblica amministrazione la decisione in merito alla necessità di soddisfare l'esigenza di un incarico professionale esterno mediante il ricorso a una singola professionalità o ad una organizzazione di impresa; solo in questo ultimo caso, si imponeva il ricorso ad appalto di servizi.

Ovviamente tale scelta non doveva essere elusiva degli intenti di riduzione di spesa perseguiti né della severa disciplina di cui all'art. 7, cc. 6 e 6-bis e, in particolare, dell'obbligo di svolgere una previa procedura comparativa.

Tuttavia, a livello regionale, si era affermato un diverso orientamento della magistratura contabile, che aveva individuato l'elemento dirimente nella natura ed oggetto della prestazione professionale.

E così, il singolo incarico di patrocinio, “*conferito a un legale nel momento stesso in cui sorge il bisogno di difesa giudiziale dell'ente: a) è riconducibile al contratto d'opera intellettuale; b) il suo inquadramento sistematico lo colloca nell'ambito delle prestazioni di lavoro autonomo; c) resta escluso dall'ambito delle collaborazioni autonome, pur essendo queste prestazioni d'opera intellettuale*” (50); nell'ipotesi in cui, invece, l'incarico non si fosse esaurito nel patrocinio legale, ma avesse avuto a oggetto un servizio più complesso e articolato, che poteva anche comprendere la difesa giudiziale, sarebbe stato configurabile un appalto di servizi (51).

La giurisprudenza amministrativa – previa distinzione, in sede qualificatoria, tra incarico professionale di consulenza, studio e ricerca legale (52) e incarico di patrocinio legale (53) – aveva escluso la necessità di ricorrere ad una specifica procedura di gara per il conferimento di un singolo incarico di patrocinio legale in relazione a uno specifico procedimento giudiziario valorizzando il dato letterale delle direttive comunitarie del 2004, che espressamente sottraevano dall'applicazione del codice i servizi di arbitrato e conciliazione.

Inoltre, l'aleatorietà dell'iter del giudizio, la non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazione avrebbero impedito la determinazione delle basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari ai sensi del codice dei contratti pubblici (54).

In definitiva, “*le norme in tema di appalti di servizi vengono in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo in un*

art. 20, c. 2); l'aggiudicazione degli appalti per i servizi di cui all'allegato II B era disciplinata esclusivamente da alcune disposizioni ovvero gli artt. 65, 68 e 225, nonché dai principi generali dettati dall'art. 27 (cfr. art. 20, c. 1).

(49) Cfr. Corte conti, Sez. autonomie, n. 6/2008, cit.

(50) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Basilicata, 3 aprile 2009, n. 19. Anche l'Anac, con la det. n. 4 del 7 luglio 2011, recante “*Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136*”, aveva ritenuto che il patrocinio legale, volto a soddisfare il circoscritto bisogno di difesa giudiziale, fosse inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale.

(51) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Basilicata, n. 19/2009, cit., la quale ha aggiunto che “*il servizio legale per essere oggetto di appalto richiederebbe un quid pluris, per prestazione o per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale*” e ritenuto che “*l'appalto di servizi legali sia configurabile allorché l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce. Ciò comporta che, in quanto modalità organizzativa, essa sia strutturata e organizzata dal professionista, con mezzi propri, per far fronte alle utilità indicate dall'ente conferente in un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato. Così inteso, il servizio legale non può, evidentemente, essere affidato se non con le più specifiche modalità indicate dall'art. 20 del codice*”. Secondo i Giudici contabili, nella vigenza del precedente codice dei contratti pubblici ex d.lgs. n. 163/2006 “*la giurisprudenza di questa Corte si era progressivamente consolidata nel considerare il singolo incarico di patrocinio legale come non integrante un appalto di servizi, bensì un contratto d'opera intellettuale, regolato dall'art. 2230 del codice civile. In ogni caso, la magistratura contabile già riteneva che detta tipologia d'incarico, pur non riconducibile direttamente agli incarichi professionali esterni disciplinati dall'art. 7, comma 6 e seguenti del d.lgs. n. 165/2001, poiché conferito per adempimenti obbligatori per legge (mancando, pertanto, in tali ipotesi, qualsiasi facoltà discrezionale dell'amministrazione), non potesse comunque essere oggetto di affidamento diretto, dovendo essere attribuito a seguito di procedura comparativa, aperta a tutti i possibili interessati. Ciò, allo scopo di consentire il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza*”.

(52) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 2730/2012, cit.

(53) Cfr. Tar Calabria, Sez. I, 13 gennaio 2016, n. 38.

(54) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 2730/2012, cit. Conforme, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 263, secondo cui il conferimento di un incarico professionale – indifferentemente – di consulenza, studio e ricerca “*non rientra né nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici (trattandosi invero di un'attività professionale – qualificata locatio operis – riferibile ad una scelta eminentemente fiduciaria del professionista [...] né in quella degli appalti di servizi (non rinvenendosi i caratteri propri dell'appalto di servizio ex art. 1655 c.c. [...] giacché l'appalto si distingue dal contratto d'opera in quanto l'appaltatore deve essere una media o grande impresa, Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4573)*”.

*servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato" (55).*

Il carattere fiduciario del rapporto avvocato-assistito assurgeva a elemento dirimente per la qualificazione giuridica del conferimento del singolo incarico di patrocinio legale come contratto d'opera (*locatio operis*), suscettibile di affidamento diretto e soggetto unicamente all'applicazione dei “*principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare*” (56).

Al contrario, l'attività di assistenza e consulenza giuridica caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata ed inserita nel quadro di un'attività professionale organizzata sui bisogni dell'ente veniva definita come appalto di servizi legali, con la conseguente applicabilità delle modalità selettive previste dal codice.

Tale scenario giurisprudenziale ha subito un radicale mutamento con l'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici ex d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato e integrato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. decreto correttivo) (57).

A differenza del previgente quadro normativo, il nuovo codice dei contratti pubblici ha previsto per detti servizi regimi differenziati, assoggettando solo una parte di essi alla generale applicazione delle disposizioni codicistiche, benché in forma semplificata in relazione alle soglie e alla pubblicità delle procedure selettive.

In particolare, l'art. 17 (“*Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi*”), nell'unificare sotto la nozione di appalti gli affidamenti dei servizi legali, ha indicato come esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva delle disposizioni codicistiche, i servizi legali concernenti la “*rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato*” (c. 1, lett. d), n. 1) in un procedimento giudiziario, nonché la “*consulenza legale fornita in preparazione*” del medesimo procedimento oppure in ragione dell'esistenza di “*un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento*” (c. 1, lett. d), n. 2).

Gli “altri servizi legali” riferibili alle prestazioni di un avvocato e non connessi al contenzioso sono, al contrario, inclusi nell'allegato IX (58), per il quale il nuovo codice prevede l'affidamento con l'applicazione integrale delle norme di cui al d.lgs. n. 50/2016, eccezion fatta per una semplificazione relativa alla fase di pubblicità preventiva.

La normativa recata dal nuovo codice dei contratti pubblici ha, tuttavia, originato dubbi interpretativi e conseguente disomogeneità nelle procedure di affidamento dei servizi legali seguite dagli enti locali.

Un primo tentativo chiarificatore è stato fornito dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, sollecitata in sede consultiva dall'Autorità nazionale anticorruzione, che ha reso, in data 9 aprile 2018, il parere n. 2017/2018, avente a oggetto “*linee guida per l'affidamento dei servizi legali*”.

Il Consiglio di Stato ha proceduto in *primis* all'individuazione, in chiave tipologica, dei contratti che possono essere stipulati dalla pubbliche amministrazioni con gli avvocati, riproponendo la distinzione – già operata a livello giurisprudenziale – tra “*due differenti tipologie di contratti a seconda delle esigenze da soddisfare e dunque della funzione svolta*”: il contratto d'opera intellettuale, il quale “*si caratterizza per il fatto che il professionista esegue la prestazione con lavoro prevalentemente proprio, non organizzato in forma imprenditoriale (artt. 2229 ss.)*”; il contratto di appalto di servizi, il quale “*presuppone che l'appaltatore, invece, esegua la prestazione servendosi dell'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (art. 1655 c.c.)*”.

Con specifico riferimento alla questione della normativa applicabile, il Consiglio di Stato ha osservato che le prestazioni di cui all'art. 17, c. 1, lett. d), rappresentano un “*sottoinsieme*” dell'insieme “*generale primario*” costituito dai contratti contemplati dall'allegato IX, individuando l'elemento “*differenziale tra i due insiemi*” nella tipologia del contratto.

La disciplina del codice “*è modulata diversamente a seconda della tipologia di contratti aventi ad oggetto servizi legali che vengono in rilievo e non alla natura e oggetto della prestazione professionale*”: l'allegato IX si riferisce a “*veri contratti di appalto di servizi*”, il cui contenuto consiste nella “*messa a disposizione di una organizzazione di natura imprenditoriale (fornita da un singolo professionista o in una qualsiasi delle forme associate previste dal nostro ordinamento) al fine di soddisfare in maniera indifferenziata i bisogni via via emersi circa una rappresentanza o consulenza giuridica o documentazione giuridica o certificazione non connessa a una questione o a un affare predeterminato, ma conseguente all'insorgere della necessità e quindi del bisogno nel corso del tempo*”; viceversa, le prestazioni ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 17, c. 1, lett. d), si addicono alla fattispecie del contratto d'opera disciplinato dal codice civile, in quanto attinenti a prestazioni erogate “*con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo*”.

(55) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 2730/2012, cit.

(56) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 2730/2012, cit.

(57) La lett. ss) dell'art. 3 definisce gli “*appalti pubblici di servizi*” esclusivamente in negativo come “*i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lett. ll)*”, ovvero la lettera recante la definizione di “*appalti pubblici di lavori*”.

(58) Come osservato dall'Anac, l'allegato IX «*individua l'ambito di applicazione non solo delle disposizioni di cui al richiamato art. 140, ma anche di quelle contenute negli artt. 142, 143 e 144 che, dettando un regime alleggerito, complessivamente integrano la Parte II, Titolo VI, Capo II del Codice dei contratti pubblici, rubricato “Appalti di servizi sociali e altri servizi nei settori ordinari”*».

*di subordinazione nei confronti del committente espletata secondo un incarico non continuativo o periodico ma puntuale ed episodico, destinato a soddisfare un singolo bisogno manifestatosi (la difesa e rappresentanza in una singola causa ad es.)”.*

Il Consiglio di Stato ha, quindi, inquadrato l'affidamento seriale nell'ambito applicativo dell'allegato IX e l'affidamento della singola prestazione professionale nell'ambito applicativo dell'art. 17.

Quanto alle modalità di affidamento del servizio, per gli incarichi rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 17 è prevista l'adozione di procedure comparative ossequiose dei principi sanciti dall'art. 4 del medesimo codice, mentre per gli incarichi rientranti nell'ambito applicativo dell'allegato IX (ad es. consulenza legale non correlata ad una lite esistente o probabile), soggetti alla disciplina di cui agli artt. 140 ss. del d.lgs. n. 50/2016, è previsto l'esperimento di rituali procedure di gara a evidenza pubblica, seppur con le semplificazioni relative alle soglie e alla pubblicità.

Tale regime impone, dunque, alle stazioni appaltanti, la corretta individuazione del fabbisogno, anche allo scopo di evitare il frazionamento artificioso del servizio, vietato ai sensi dell'art. 51 del codice dei contratti.

Detta conclusione è confermata anche dai più recenti arresti della giurisprudenza amministrativa che, sul punto, ha confermato che *“mentre il singolo incarico di patrocinio legale è occasionato da puntuali esigenze di difesa dell'ente locale, invece l'attività di assistenza e consulenza giuridica è caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. Tali elementi di differenziazione consentono di concludere che, diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali ma integra un contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica”* (59).

Al fine di fornire supporto agli operatori di settore segnatamente in relazione alle modalità di affidamento, l'Anac ha ritenuto necessario adottare, ai sensi dell'art. 213, c. 2, del codice dei contratti pubblici, delle linee guida (60) finalizzate ad illustrare *“le migliori pratiche e le possibili soluzioni percorribili per l'affidamento dei servizi legali, fornendo altresì suggerimenti su temi cruciali per la buona riuscita della procedura seguita”*.

La prima questione affrontata ha riguardato la verifica circa l'estraneità o meno dell'incarico di patrocinio legale dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici: sul punto, l'Autorità ha ritenuto non sostenibile *«l'argomentazione secondo la quale l'incarico di patrocinio costituisce un contratto “estraneo” all'intera disciplina governata dal Codice»*.

A supporto di tale tesi, l'Anac ha *in primis* ritenuto priva di decisività l'argomentazione facente leva sulla mancata distinzione, da parte del normatore eurounitario, tra contratto d'opera e contratto d'appalto, in quanto *“l'ordinamento comunitario si interessa, precipuamente, alla fase della selezione del contraente”*.

Ha, del pari, ritenuto priva di decisività l'altra argomentazione facente leva sul carattere fiduciario dell'incarico, fiduciarità che renderebbe impossibile l'applicazione in sede di affidamento dei criteri selettivi previsti dal codice dei contratti pubblici: come rilevato dall'Autorità, l'incarico di servizi legali, specie se connesso alla rappresentanza in giudizio, possiede una intrinseca specificità, tale da distinguerlo dai restanti servizi legali.

Non è dunque possibile affermare che esistono *“pacificamente”* servizi legali interamente disciplinati dal codice dei contratti pubblici (*id est*, quelli di cui all'allegato IX) e servizi legali *“di contenuto prestazionale sostanzialmente analogo”*, ma totalmente svincolati dal detto codice e da vincoli procedurali.

Infine, l'Autorità ha attribuito rilievo al fatto sostanziale della pubblicità delle risorse impiegate, pubblicità che impone la procedimentalizzazione anche dell'affidamento dei contratti esclusi.

Conclusivamente, secondo l'Anac, i contratti di affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17 del codice dei contratti pubblici non sono estranei all'ambito oggettuale del codice, benché esclusi dall'applicazione oggettiva di esso.

Con specifico riferimento alle procedure di affidamento da seguire, fermo restando l'obbligo del rispetto dei principi di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, l'Autorità ha ammesso che rientra tra le *best practices* per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17 del detto decreto, la costituzione di elenchi di professionisti, eventualmente suddivisi per settore di competenza, previamente istituiti dall'amministrazione a seguito di una procedura trasparente e aperta, pubblicati sul proprio sito istituzionale. Costituito l'elenco, la selezione dovrà avvenire mediante una procedura valutativa altrettanto trasparente.

Di converso, i servizi legali soggetti alla disciplina di cui al combinato disposto dell'allegato IX e degli artt. 140 ss. del codice dei contratti pubblici, essendo giuridicamente qualificabili come *“veri e propri appalti di servizi”*, saranno soggetti, per quanto attiene alla procedura da seguire al fine del relativo affidamento, alle disposizioni espressamente richiamate nell'allegato IX. Rientrano tra questi gli affidamenti per la gestione del contenzioso in modo continuativo, periodico o seriale, disposti in favore di un unico fornitore nell'arco temporale delimitato e coincidente, di regola, con il triennio.

Fermo restando l'assoluto divieto di favoritismi e comportamenti discriminatori, l'Autorità ha, altresì, individuato *“alcune ipotesi, meramente esemplificative, che potrebbero giustificare la scelta di un affidamento diretto”*:

(59) Cfr. Tar Campania 11 luglio 2019, n. 1271; in termini, Tar Puglia 11 dicembre 2017 n. 1289.

(60) Anac, linee guida n. 12, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delib. n. 907 del 24 ottobre 2018.

consequenzialità tra incarichi (a titolo esemplificativo, “*in occasione dei diversi gradi di giudizio*”); complementarità con altri incarichi “*attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento, che siano stati positivamente conclusi*”; assoluta particolarità della controversia, “*fattispecie che può ragionevolmente verificarsi in caso di assoluta novità del thema decidendum o, comunque, della questione trattata*” (61).

Va poi evidenziato che l’esigenza di assicurare l’affidabilità del soggetto che contratta con la pubblica amministrazione rende inderogabile il possesso dei necessari requisiti di moralità da parte dei professionisti affidatari, anche se si tratta di contratti esclusi in tutto o in parte dall’applicazione del codice dei contratti pubblici (62).

Successivamente all’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, si sono registrate numerose pronunce della magistratura contabile che si è espressa – sia in sede consultiva (63) che in sede giurisdizionale (64) – nel senso della irrilevanza del carattere fiduciario (65), qualificando l’attribuzione dell’incarico avente a oggetto un singolo patrocinio legale come appalto di servizi, con conseguente divieto di affidamento diretto e obbligatorietà della procedura competitiva.

Di recente, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha avuto modo di confermare l’univoca interpretazione delle norme comunitarie in materia: con la sentenza del 6 giugno 2019 (66) il Giudice comunitario è intervenuto, a seguito di rinvio pregiudiziale, sulla questione della possibile violazione dei principi europolitani per la mancata inclusione di determinati servizi legali tra i servizi rilevanti per la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e, segnatamente, sulla validità dell’art. 10, lett. c) e lett. d), i), ii) e v).

I Giudici europei hanno chiarito che il richiamato art. 10 non esclude dall’ambito oggettivo di applicazione della direttiva 2014/24/UE tutti – indistintamente – i servizi che possono essere forniti da un avvocato a un’amministrazione aggiudicatrice, ma “*unicamente la rappresentanza legale del suo cliente nell’ambito di un procedimento dinanzi a un organo internazionale di arbitrato o di conciliazione, dinanzi ai giudici o alle autorità pubbliche di uno Stato membro o di un paese terzo, nonché dinanzi ai giudici o alle istituzioni internazionali, ma anche la consulenza legale fornita nell’ambito della preparazione o dell’eventualità di un siffatto procedimento*”.

La ratio di tale esclusione è stata ravvisata nel “*rappporto intuitu personae*” che intercorre tra l’avvocato e il suo cliente, nonché nel tratto della “*massima riservatezza*” che caratterizza detto rapporto: il primo elemento “*rende difficile la descrizione oggettiva della qualità che si attende dai servizi da prestare*”, descrizione imprescindibile in sede di avvio di una procedura competitiva; quanto al secondo elemento la riservatezza “*potrebbe essere minacciata dall’obbligo, incombente sull’amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni*”.

(61) La stessa Anac, successivamente, nella delibera n. 303 del 1° aprile 2020 si è pronunciata di nuovo sulla questione innanzitutto richiamando il suo precedente per il rispetto dei requisiti di moralità: “*Il possesso di inderogabili requisiti di moralità da parte dei soggetti che a qualunque titolo concorrono all’esecuzione di appalti pubblici rappresenta un fondamentale principio di ordine pubblico, che trova applicazione anche negli affidamenti riguardanti contratti in tutto o in parte esclusi dall’applicazione del Codice dei contratti pubblici. Esso risponde, infatti, all’esigenza di assicurare l’affidabilità del soggetto che contratta con la pubblica amministrazione. Conseguentemente, per i servizi legali di cui al citato articolo 17, sebbene la stazione appaltante non possa esigere il medesimo rigore formale previsto dall’articolo 80 d.lgs. 50/2016, la stessa, ha, comunque, l’obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti generali di cui al citato articolo 80. Nel caso in cui l’amministrazione abbia provveduto alla costituzione di un elenco di professionisti, da cui attingere per il conferimento del singolo incarico, tale verifica va effettuata in occasione delle specifiche procedure per cui i soggetti iscritti nell’elenco sono interpellati, ferma restando la facoltà della stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti generali di cui all’articolo 80, autocertificati dall’interessato nell’istanza ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre n.445, anche ai fini dell’iscrizione nell’elenco*”.

(62) Pertanto, per i servizi legali di cui all’art. 17 del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante può non esigere il medesimo rigore formale di cui all’art. 80 del codice e gli stessi vincoli procedurali, ma ha comunque l’obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti generali di cui al citato art. 80.

(63) Cfr., *ex multis*, Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 26 aprile 2017, n. 75, in questa Rivista, 2017, 1-2, 175; 24 ottobre 2017, n. 156, *ibidem*, 5-6, 134; 22 maggio 2018, n. 105.

(64) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 29 maggio 2017, n. 124, *ivi*, 2017, 3-4, 328.

(65) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, n. 105/2018, cit.: «*La ricostruzione della disciplina applicabile agli incarichi aventi a oggetto un singolo patrocinio legale dev’essere, tuttavia, rivista, alla luce dell’entrata in vigore, il 19 aprile 2016, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. A decorrere da tale data anche il singolo incarico di patrocinio legale appare dover essere inquadrato come appalto di servizi; ciò, sulla base del disposto di cui all’art. 17 (recante “Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi”), che considera come contratto escluso la rappresentanza legale di un cliente, da parte di un avvocato, in un procedimento giudiziario dinanzi a organi giurisdizionali, nonché la consulenza legale fornita in preparazione di detto procedimento. Tale interpretazione pare preferibile anche tenuto conto di come l’art. 17 richiamato recepisca direttive dell’Unione europea che, com’è noto, accoglie una nozione di appalto più ampia di quella rinvenibile dal nostro codice civile. In ogni caso, nel rispetto di quanto previsto dall’art. 4 del citato decreto legislativo, l’affidamento dello stesso deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità. L’applicazione anche al singolo patrocinio della disciplina dei principi summenzionati, conferma l’orientamento consolidato di questa Corte in merito all’impossibilità di considerare la scelta dell’avvocato esterno all’ente come connotata da carattere fiduciario. Anche dopo l’emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici, l’ente deve preliminarmente operare una ricognizione interna finalizzata ad accertare l’impossibilità, da parte del personale, a svolgere l’incarico (così, da ultima, questa Sezione con la citata deliberazione n. 66/2016)*».

(66) Corte giust., Sez. V, causa C-264/18, avente a oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell’art. 267 del Tfeue, dal Grondwettelijk Hof.

Ne consegue, secondo la Corte europea, che i servizi di cui al menzionato art. 10, lett. d), i) e ii), “*non sono comparabili agli altri servizi inclusi nell’ambito di applicazione della direttiva medesima*”: è stato proprio in ragione delle loro “*caratteristiche oggettive*” che il normatore eurounitario “*ha potuto, nell’ambito del suo potere discrezionale, escludere tali servizi dall’ambito di applicazione di detta direttiva*”.

In estrema sintesi, i Giudici europei hanno valorizzato la natura fiduciaria dell’incarico conferito all’avvocato e la riservatezza del rapporto che si instaura tra l’avvocato e il suo assistito in senso escludente rispetto alla necessità dell’adozione di procedure competitive.

La presa di posizione del giudice comunitario ha trovato una diretta esplicitazione in una pronuncia recente della magistratura contabile.

Con la sentenza n. 509/2021, la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, chiamata a pronunciarsi sull’eventuale danno erariale circa l’affidamento, da parte di Consip, di incarichi di patrocinio legale a quattro legali esterni ex art. 7, c. 6, Tupi, ha fatto proprie le conclusioni cui era pervenuta la Corte di giustizia sulla natura e modalità di conferimento dei citati incarichi.

Nel caso di specie, le contestazioni mosse riguardavano la illegittimità dell’affidamento in ragione della mancata previa verifica circa la presenza di risorse idonee a svolgere le medesime attività e dell’assenza della necessaria procedura selettiva tale da garantire trasparenza, imparzialità e economicità della scelta.

In tale contesto, i magistrati contabili, valorizzando il prevalente elemento fiduciario di detti incarichi, hanno escluso la responsabilità amministrativa.

In particolare, la sezione ha rilevato che gli incarichi legali non sono equiparabili alle c.d. consulenze esterne, alle quali si applica il regime dell’art. 7, c. 6, del d.lgs n. 165/2001 ma “*in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, n. 2730 del 2012; Comm. Speciale n. 2109 del 2017 e n. 22017 del 2018) e con gli indirizzi dell’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, sono stati inquadrati tra le prestazioni di lavoro autonomo professionale il cui affidamento, sia pur rispettoso dei principi generali in tema di trasparenza ed economicità, è caratterizzato da un preminente elemento fiduciario. La fattispecie negoziale dell’appalto di servizi potrebbe configurarsi solo ove la prestazione richiesta al professionista non si esaurisca, come nei casi in esame, nel solo patrocinio legale a favore dell’ente, configurandosi quale modalità organizzativa di un servizio più complesso e articolato (C. Conti sez. contro. Basilicata de.19/2009/par.; C. Conti sez. contr. Umbria del 137/2013/Par.)*”.

La Corte dei conti, a fondamento della decisione, ha quindi richiamato la giurisprudenza attestatasi dopo l’entrata in vigore del codice degli appalti, la quale “*ha confermato la distinzione tra contratti di opera intellettuale di cui all’art. 2229 ss. del cod. civ. (rientranti nell’ambito dei contratti esclusi di cui all’art. 17, comma 1 del d.lgs. 50 del 2016) – per i quali era stata ribadita l’importanza dell’elemento fiduciario nell’affidamento dell’incarico di patrocinio – e gli incarichi legali di consulenza ed assistenza a contenuto complesso inseriti in un quadro articolato di attività professionali organizzate, cui si applicano le norme del codice dei contratti sia pur semplificate. Con riguardo ai primi, se è vero che sia il Consiglio di Stato che l’Anac avevano osservato che il rispetto dei principi posti dall’art. 4 del codice dei contratti suggerisca la procedimentalizzazione nella scelta del professionista cui affidare l’incarico di patrocinio legale attraverso, preferibilmente, la costituzione di elenchi, ciò non esclude la possibilità di effettuare un affidamento diretto ad un professionista determinato, subordinato, secondo le Linee guida dell’Anac, alla presenza di specifiche ragioni espresse dalla stazione appaltante tra le quali si annoverano i casi di consequenzialità di incarichi o di complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia che siano stati positivamente conclusi nonché i casi di assoluta particolarità della controversia*”.

In definitiva, “*una lettura sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 consente di rilevare come il legislatore della riforma, con il richiamo all’art. 4, più che delineare una vera e propria procedura comparativa, abbia inteso invocare il rispetto generale dei principi generali che regolano l’azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, non escludendo la possibilità di un affidamento diretto e fiduciario dei servizi legali*”.

#### 4. Segue: profili di danno erariale

Al di là dell’aspetto più propriamente procedurale, le pronunce della magistratura contabile in tema di affidamenti di incarichi legali hanno involto più propriamente la questione della legittimità del conferimento sotto il profilo dell’assenza dei presupposti di legittimità di cui all’art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, con conseguente affermazione di responsabilità erariale.

L’affidamento di incarichi esterni in contrasto con le disposizioni di legge e in violazione dei principi e dei limiti in queste prescritti determina, difatti, il configurarsi di una fattispecie di responsabilità per chi ha adottato i provvedimenti illegittimi (67).

(67) Valga, a tal proposito, il richiamo all’art. 28 Cost., ai sensi del quale “*i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*”. In generale, sul tema della responsabilità dei pubblici dipendenti, v. V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, Giuffrè, 2013.

Responsabilità non solo disciplinare (68), ma anche e soprattutto amministrativo-contabile per i danni cagionati all'amministrazione pubblica.

La violazione dei requisiti che facultano il ricorso ad incarichi esterni negli enti pubblici determina, difatti, l'insorgere di una responsabilità amministrativa tipizzata: l'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001 espressamente ricollega la responsabilità amministrativa all'affidamento di incarichi a terzi in assenza dei presupposti previsti dalla legge (69).

La responsabilità per danno erariale, rientrando nella giurisdizione della Corte dei conti (70), si spiega in forza dell'inutile esborso di danaro determinato dall'affidamento illegittimo.

Il collaboratore esterno dell'amministrazione, infatti, ha diritto a un compenso, che viene predeterminato al momento dell'affidamento dell'incarico ed è corrisposto con i soldi pubblici di cui l'amministrazione dispone per il perseguimento dei propri obiettivi. Qualora l'affidamento dovesse risultare illegittimo, l'amministrazione avrà corrisposto un compenso per una prestazione che avrebbe dovuto evitare, ricorrendo, senza oneri aggiuntivi, all'utilizzo dei propri dipendenti.

Punto nodale della disciplina della responsabilità è sicuramente l'individuazione della giurisdizione e dei poteri del giudice chiamato a verificare la legittimità dell'affidamento degli incarichi esterni, senza invadere la sfera della discrezionalità amministrativa e le valutazioni di merito svolte dagli enti pubblici.

A tale riguardo, si rammenta che, a decorrere dalla storica pronuncia della Cass., SS.UU., n. 14488/2003, è pacificamente ammessa in favore del giudice contabile la valutazione inerente l'adeguatezza o meno dei mezzi discrezionalmente scelti dagli amministratori di un ente rispetto al fine pubblico da perseguire, nonché la collegata verifica dei presupposti previsti dalla legge per il ricorso ad incarichi esterni (71); tale accertamento non viola i limiti esterni alla giurisdizione contabile né quelli relativi alla riserva di amministrazione nell'accertamento del danno erariale relativo all'affidamento di un incarico esterno di consulenza realizzato in difetto dei presupposti previsti dalla legge (72).

Come chiarito in una recente pronuncia, *“rientra nella giurisdizione della Corte dei Conti e non integra il divieto relativo al sindacato di merito delle scelte amministrative, l'accertamento della responsabilità amministrativa del dirigente di un Comune che abbia illegittimamente conferito un incarico a soggetto estraneo all'amministrazione comunale, al di fuori dei casi previsti dalla normativa vigente e non a causa di eventi straordinari ai quali non potesse farsi fronte con la struttura burocratica esistente, trattandosi di un controllo giurisdizionale fondato sui canoni di legalità, razionalità, efficienza ed efficacia che costituiscono il diretto corollario del principio di rango costituzionale del buon andamento della P.A., sancito dall' art. 97 Cost”* (73).

Sussumendo più nel dettaglio siffatti principi ermeneutici ai casi di conferimento di incarichi di patrocinio e consulenza legale, la giurisprudenza contabile ha ravvisato il configurarsi della responsabilità erariale in caso di:

(68) Presidenza Consiglio dei ministri, Dipartimento funzione pubblica, circ. n. 2/2008, cit.

(69) La norma in questione è stata introdotta nell'art. 6 citato dall'art. 1, c. 11, l. 30 dicembre 2004, n. 311. Deve specificarsi anche altre fonti normative hanno previsto una responsabilità amministrativa tipizzata per fattispecie analoghe. Infatti, il mancato rispetto dei limiti di spesa previsti dall'art. 1, c. 187, della l. 23 dicembre 2005, n. 266, per l'utilizzo di personale a tempo determinato o con convenzioni o con contratti di collaborazione coordinata e continuativa determina responsabilità erariale. La materia è stata nuovamente disciplinata dalla legge finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244): l'affidamento di incarichi e consulenze effettuato in violazione delle disposizioni regolamentari costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale (art. 1, c. 56). Infine, la materia è stata recentemente integrata dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione”*, prevedendosi, in primo luogo, che la violazione delle disposizioni in tema di conferimento di consulenze nella pubblica amministrazione, con riguardo al ricorso a collaborazioni coordinate e continuative per lo svolgimento di attività ordinarie dell'ente, o all'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati, determina responsabilità del dirigente (art. 46, c. 1), nonché la responsabilità erariale nel caso di violazione della disciplina legislativa e regolamentare in tema di consulenze negli enti locali (art. 46, c. 3).

(70) Sul tema generale delle funzioni della Corte dei conti quale giudice della responsabilità, v. C. Chiarenza, P. Evangelista, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, in V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli: dottrina, giurisprudenza, normativa, formulario*, Giuffrè, 2022.

(71) Cfr. Cass., S.U., 7 settembre 2018, n. 21926; 28 giugno 2018, n. 17121, in questa *Rivista*, 2018, 3-4, 372; 13 febbraio 2012, n. 1979; 23 novembre 2012, n. 20728. Da ultimo, si segnala Cass., S.U., 30 giugno 2021, n. 18492, che ha dichiarato inammissibile il ricorso volto a denunciare l'eccesso di potere giurisdizionale, per invasione della sfera legislativa, della decisione del giudice contabile che abbia affermato la responsabilità erariale di consiglieri del Cnel per avere conferito incarichi a soggetti esterni in violazione dei presupposti di cui all'art. 7, cc. 6 ss., d.lgs. n. 165/2001; *«ciò in quanto, per un verso, la natura di organo di rilievo costituzionale del Cnel non preclude il controllo giurisdizionale di legittimità del giudice contabile su atti e provvedimenti che costituiscono espressione di attività amministrativa strumentale alimentata con risorse tratte dal bilancio statale o su atti gestionali finanziati nello stesso modo, mentre, per altro verso, la dedotta inesistenza di una norma che estenda al Cnel il divieto di conferire incarichi esterni ai sensi del d.lgs. n.165 del 2001, non configura un vizio di difetto assoluto di giurisdizione per invasione della sfera riservata al legislatore, che si integra solo qualora il giudice speciale abbia indebitamente esercitato un'attività di produzione normativa e non anche allorché l'operatività dei principi di cui al predetto decreto legislativo sia stata affermata nell'esercizio della doverosa operazione ermeneutica volta ad individuare la “voluntas legis” applicabile al caso concreto, la quale potrebbe, al più, dare luogo ad un eventuale “error in iudicando” ma non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale»*.

(72) Cfr. Cass., S.U., 9 maggio 2011, n. 10069.

(73) Cfr. Cass., S.U., 6 marzo 2020, n. 6457.

- estrema genericità degli incarichi di consulenza legale affidati a soggetti esterni all'ente per mancata esplicitazione delle problematiche sottese all'attività stragiudiziale da porre in essere e funzionali a garantire la rappresentanza dell'ente in sede di eventuali e non meglio definiti procedimenti che lo vedessero parte in causa, palesandosi invece i conferimenti come mere convenzioni o contratti di collaborazione continuativa (74);

- incarichi di consulenza legale carenti dei requisiti della particolarità e specificità e della previa verifica dell'inesistenza di apposita professionalità all'interno dell'ente, talché gli stessi erano stati conferiti per attendere agli ordinari compiti di supporto giuridico dell'ente e, in quanto tali, espletabili dai dipendenti dell'ente senza necessità di alcuna "esternalizzazione" (75);

- conferimento d'incarico per servizi di consulenza legale che in realtà celavano una sorta di assistenza legale continuativa *omnibus*, come testimoniato dalle clausole di regolamentazione contrattuale del rapporto consulenziale (durata dell'attività di consulenza, determinazione del corrispettivo in giornate/uomo e possibilità per l'ente di chiedere al consulente pareri anche verbali) e dalla molteplicità dei quesiti rivolti al professionista concernenti questioni generali e non inerenti all'oggetto specifico della consulenza, a seconda delle estemporanee ed eterogenee necessità conoscitive dell'ufficio legale dell'ente (76);

- conferimento di incarichi legali ad un avvocato esterno per la redazione di un parere in merito al rimborso delle spese legali, dopo l'ottenimento di un parere negativo da parte dell'avvocatura interna (77);

- affidamento di incarichi esterni di patrocinio legale a difesa degli interessi dell'ente che disponga di una avvocatura interna, abilitata a svolgere le attività di difesa innanzi alle magistrature audite (78);

- conferimento di incarico legale a professionisti esterni in assenza di istruttoria e senza acquisizione del parere dell'avvocatura interna per verificare l'impossibilità di ricorrere a risorse interne (79);

- affidamento di incarico per una consulenza giuridico-amministrativa a soggetto esterno laddove tale funzione possa essere assolta adeguatamente dal segretario comunale (80);

- conferimento di una consulenza esterna ad avvocato dello Stato per la cura di un affare contenzioso giudiziale o stragiudiziale già affidato istituzionalmente all'avvocatura dello Stato;

- conferimento di incarico di difesa in giudizio a professionisti del libero foro "*in assenza di alcuna congrua, logica ed esaustiva motivazione circa la necessità dell'ente di ricorrere a costosi incarichi di difesa e non all'assistenza dei legali dell'Avvocatura dello Stato, chiamati a difendere l'ente gratuitamente*" (81).

Nella casistica innanzi sinteticamente rappresentata, la corresponsione della retribuzione ad un collaboratore esterno scelto al di fuori dei casi e dei modi consentiti dalla legge ha determinato il configurarsi di un danno per la pubblica amministrazione, chiamata a soddisfare, in aderenza al principio di autosufficienza, le proprie esigenze istituzionali con le risorse disponibili.

Il difetto di corrispondenza tra la spesa amministrata ed il fine istituzionale da conseguire realizza, difatti, uno sviamento delle risorse pubbliche dalle finalità predeterminate tale da determinare, secondo la concezione ontologica del danno, un pregiudizio risarcibile.

(74) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 5 giugno 2019, n. 341, confermata da Sez. I centr. app. 29 settembre 2020, n. 252. Negli stessi termini, Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 12 marzo 2019, n. 127, confermata da Sez. I centr. app. n. 333/2020, cit.

(75) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 5 giugno 2019, n. 342, confermata da Sez. I centr. app. 29 settembre 2020, n. 251.

(76) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, 19 novembre 2018, n. 41. Nel caso di specie, non sussisteva alcuna carenza di organico e il carico di lavoro assegnato al personale dell'Ufficio legale non presentava picchi di straordinarietà o particolare gravosità dei compiti affidati che potessero giustificare il ricorso ad ulteriore consulente esterno.

(77) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 9 ottobre 2020, n. 544, confermata da Sez. app. reg. Siciliana, 28 maggio 2021, n. 84.

(78) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 4 luglio 2017, n. 102.

(79) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, n. 124/2017, cit.

(80) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 25 gennaio 2017, n. 47.

(81) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, 11 marzo 2022, n. 26. Nel caso di specie, trovava applicazione l'art. 41 del d.p.r. n. 49/1973, che prevede la facoltà per la regione, i comuni e le province del Trentino-Alto Adige di ricorrere al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato di Trento a decorrere dalla modifica operata dall'art. 1 del d.lgs. n.116/2004, il quale ha disposto puramente e semplicemente che "*I. La regione, le province, i comuni e gli altri enti locali possono avvalersi del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato*". Si richiama, in particolare, il seguente passaggio: "*Non è infatti sulla violazione di un tale inesistente "obbligo", mai affermato dalla Procura attrice, che si basa la causa petendi, bensì sul rilievo che il Comune di Omissis abbia affidato gli incarichi onerosamente all'esterno in assenza di alcuna ragione: la Procura censura, dunque, che il mancato ricorso all'Avvocatura abbia costituito cattivo esercizio della discrezionalità concessa dalla norma, in quanto il comune ha scelto una difesa onerosa senza ponderare l'alternativa, offerta dalla norma, di una difesa altrettanto professionale ma gratuita. Ed in effetti, osserva il Collegio, rientra nel sindacato della Corte dei conti (Procuratore e Collegio, secondo le rispettive competenze) accertare il profilo di illegittimità della scelta di non ricorrere alla difesa dell'Avvocatura affidandola a professionista del libero foro perché, come ogni scelta discrezionale, anche quella di cui è causa deve corrispondere a criteri di ragionevolezza, solo alla luce dei quali il ricorso a prestazioni onerose in presenza di facoltà di ricorso ad analoghe prestazioni gratuite non comporta una violazione del principio di economicità dell'azione amministrativa – il quale, come è noto, un parametro inerente al vaglio di legittimità dell'azione amministrativa (sul punto sono numerose le decisioni di questa Sezione in tal senso, tutte confermate in appello: tra le altre, Sez. II App. n. 296/2015 e n. 150/2021)*".