

Deliberazione n 007/2009/PAR

REPUBBLICA ITALIANA

LA

CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL VENETO

Nell'adunanza del 14 gennaio 2009, composta da:

Bruno PROTA	Presidente relatore
Aldo CARLESCHI	Consigliere
Luca FAZIO	Referendario
Daniela MORGANTE	Referendario
Francesco ALBO	Referendario

VISTO l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

VISTO il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, e le successive modificazioni, con il quale è stata istituita in ogni Regione ad autonomia ordinaria una Sezione regionale di controllo, deliberato dalle Sezioni Riunite in data 16 giugno 2000;

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131 recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, in particolare l'art. 7, comma 8°;

VISTI gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvato dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza

del 27 aprile 2004;

VISTA la richiesta di parere inoltrata dal Sindaco del Comune di Marcon (VE) prot. n. 32717 in data 12 dicembre 2008, qui pervenuta in data 05 gennaio 2009 al protocollo n. 19/9/2009;

VISTA l'ordinanza del Presidente della Sezione di controllo per il Veneto n. 4/2009/PAR del 13.01.2009 di convocazione della Sezione per la seduta odierna;

UDITA la relazione del magistrato istruttore, Presidente Bruno PROTA;

FATTO

Con nota n° 32717 in data 12-12-2008 il Sindaco del Comune di Marcon (VE), ha posto il quesito se un comune che sia privo di avvocatura civica interna e che pertanto sia costretto a conferire la rappresentanza e difesa tecnica in giudizio dell'Ente ad un avvocato esterno all'amministrazione debba classificare tale tipologia d'incarico tra quelli di collaborazione autonoma cui fa riferimento l'art. 46, 3° comma, del D.L. 112/2008, convertito in legge, con modifiche, dall'art.1, L.133/2008, con la conseguenza del suo assoggettamento all'applicazione del regolamento di cui all'art. 89 del D.Lgs. 267/00 e dunque con le relative previsioni circa i limiti di spesa, la comunicazione alla Corte dei conti dei relativi atti d'impegno, la pubblicazione sul sito web dell'Ente, la presupposta programmazione finanziaria e la regolamentazione interna dell'ente circa i criteri di conferimento di tali incarichi.

O se piuttosto, debba ritenersi confermato il parere di questa

Sezione regionale di controllo per il Veneto – espresso nella deliberazione n. 35 del 19.06.08 (antecedente, dunque, alla norma succitata) – secondo il quale la fattispecie in esame rientra nella categoria 21 “Servizi Legali” di cui all’all. II B del D.Lgs. 163/06 con conseguente applicazioni degli artt. 20 e 27 del codice dei contratti.

Il dubbio – secondo il Comune - sorge dalla considerazione che l’incarico svolto da un avvocato esterno investito della procura alle liti rientra nella fattispecie della prestazione d’opera intellettuale ex art. 2230 del codice civile, la cui esecuzione spetta personalmente al soggetto incaricato in quanto tale, in virtù di quella fiducia accordatagli intuitu personae dal “committente” Pubblica Amministrazione.

Inoltre, l’art. 34 del D.Lgs. 163/06 prevede la partecipazione alle gare d’appalto di soggetti quali imprenditori individuali, artigiani, società, consorzi ecc. Ora, l’avvocato svolge un’attività di opera professionale che mai, o quasi mai, riveste i caratteri di impresa ai sensi degli artt. 2082 e 2083 cod. civ., pur avendo partita i.v.a..

Pertanto, l’ente riterrebbe più corretto far rientrare l’incarico legale nell’ambito di applicazione del D.L. 112/08 convertito, con modifiche, dalla legge 133/2008.

Si chiede, infine, se il conferimento d’incarico ad un consulente tecnico di parte, esterno all’Amministrazione (cd. C.T.P.) in un procedimento giudiziario sia fattispecie assimilabile all’incarico di

patrocinio legale ad avvocato con conseguente applicazione della medesima normativa.

DIRITTO

Il quesito è da ritenersi ammissibile sotto il profilo sia soggettivo, essendo stato posto dall'organo rappresentativo dell'ente locale, sia oggettivo, vertendo in materia di contabilità pubblica ed in particolare riguardando norme introdotte dalle leggi finanziarie o comunque attinenti all'attività finanziaria, tese a limitare la spesa pubblica con riferimento in particolare al settore delle collaborazioni e consulenze.

Nel merito, non può negarsi che l'art.46 del DL. 25 giugno 2008, n°112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133, ha apportato alcune modifiche sostanziali alla disciplina del conferimento di incarichi esterni da parte degli enti locali quale risultava, da ultimo, dalle disposizioni contenute nella legge 24 dicembre 2007, n°244 (L.F. 2008) – Ciò comporta, di conseguenza, che anche i principi enunciati nel parere n°35 in data 19 giugno 2008 (emesso sotto la vigenza della preesistente normativa) vadano sottoposti a nuovo vaglio alla luce della disciplina sopravvenuta.

La più evidente novità introdotta dal citato art.46 sta nel fatto che il legislatore non ha più riservato una specifica considerazione, quanto meno per i fini che qui interessano, alle c.d. consulenze esterne – cui facevano riferimento sia la già citata deliberazione n°35 che le "linee di indirizzo" in essa richiamate – ricomprendendole nell'unica onnicomprensiva categoria degli

“incarichi di collaborazione autonoma” che possono avere varie tipologie di prestazioni.

Tale innovazione è stata posta in evidenza nella deliberazione di questa Sezione n°72/2008 in data 11 settembre 2008, adottata a modifica della precedente deliberazione n. 14 del 7 aprile 2008.

La modifica legislativa è stata attuata attraverso l’eliminazione delle disposizioni che facevano particolare riferimento agli incarichi di consulenza (talora esclusivamente, talora insieme alla più ampia categoria degli incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo: art.3, commi 55, 56 e 76 della L. n°244/2007), sostituendole con una disciplina unitaria riguardante tutti gli incarichi di collaborazione autonoma qualunque sia la tipologia di prestazione.

Il problema che si pone, quindi, oggi, ai fini indicati nella richiesta di parere, è non tanto se il conferimento della rappresentanza e difesa tecnica in giudizio dell’ente locale ad un avvocato esterno da parte di un’amministrazione priva di avvocatura civica interna rientri nella categoria delle “consulenze esterne” (e su tal punto varrebbe comunque la risposta negativa per i motivi indicati nella precedente deliberazione n°35/2008), quanto se esso rientri nell’ampia categoria degli “incarichi di collaborazione autonoma” così come regolata dall’art. 46 della legge n°133/2008.

Ad avviso della Sezione, la risposta deve essere negativa.

Ed invero, la nuova disposizione è stata introdotta a modifica (comma 6) dell’art. 7 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n°165 che

disciplina la "gestione delle risorse umane", consentendo di ricorrere ad incarichi individuali di natura occasionale e coordinata e continuativa per esigenze cui non si possa far fronte con personale in servizio.

Tale possibilità è però subordinata ad alcuni presupposti di legittimità dai quali possono desumersi le caratteristiche che questi incarichi devono rivestire e che inducono a ritenere che il caso prospettato dell'incarico di rappresentanza e difesa in giudizio non rientri nelle fattispecie prese in considerazione dal legislatore.

L'oggetto della prestazione, infatti, deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente.

Inoltre, deve essere preventivamente determinata la durata e il luogo della collaborazione.

Anche l'ulteriore condizione posta per gli enti locali dal 2° comma del citato art. 46, per la quale le collaborazioni, se non riferite ad attività istituzionali stabilite dalla legge, devono essere previste nel programma approvato dal consiglio ai sensi dell'art. 42, comma 2, del D.L. 18 agosto 2000, n. 267, non appare compatibile con la natura essenzialmente imprevedibile e difficilmente programmabile a priori di tale tipo di incarichi.

Ad avviso della Sezione, quindi, gli incarichi contemplati dall'art.

46, inseriti nel contesto della gestione delle risorse umane, intendono riferirsi ad attività temporanee ed altamente qualificate da svolgersi all'interno delle competenze istituzionali dell'ente e per il conseguimento di obiettivi e progetti specifici e quindi, di regola, nell'ambito della c.d. attività di amministrazione attiva tesa a perseguire le finalità proprie dell'ente locale che, altrimenti, per l'assenza di adeguata professionalità, sarebbe impossibile raggiungere.

In tale categoria, ritiene la Sezione, non può farsi rientrare l'incarico di rappresentare e difendere in giudizio l'Amministrazione trattandosi di affidamento di un'attività non rientrante nei compiti istituzionali dell'ente, ma riguardante il generale potere/dovere di opporsi (o far valere) ad eventuali pretese di terzi non prevedibili né riconducibili ad obiettivi o progetti avuti di mira dall'Amministrazione.

Esclusa, quindi, la possibilità di ricomprendere l'incarico di cui trattasi in quelli disciplinati dall'art. 46, ritiene la Sezione che debba essere confermato l'orientamento espresso con la più volte citata deliberazione n. 35 del 19 giugno 2008, per il quale la fattispecie in questione (così come quella di conferimento di incarico ad un consulente tecnico di parte esterno all'amministrazione, cui fa riferimento la seconda parte della richiesta di parere) è più correttamente inquadrabile nella categoria 21 "servizi legali" contemplata nell'all. II B del D.lgs. n. 163/2006, recante l'elencazione dei contratti d'appalto dei servizi

esclusi ex art. 20, con conseguente necessaria osservanza delle disposizioni poste dallo stesso art. 20 e dei principi generali sanciti dall'art. 27.

Ritiene, infatti, la Sezione che la categoria dei "servizi legali", a causa del suo carattere residuale, ricomprenda tutti i "contratti" pubblici (locuzione questa utilizzata dal legislatore, all'art. 1 del codice in luogo di quella più ristretta di appalto) aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere che non siano assoggettati ad una più rigorosa disciplina pubblicistica sotto diversi aspetti, compreso quello della trasparenza, pubblicità e rispetto della libera concorrenza.

Sono, quelli ora elencati, principi generali di derivazione comunitaria recepiti da varie disposizioni di diritto interno, che estendono la loro validità al di là del contratto di appalto in senso strettamente civilistico e costituiscono presupposto di legittimità dell'operare della pubblica amministrazione quando ponga in essere attività contrattuali con le quali affida a un soggetto esterno all'amministrazione l'esecuzione di lavori, servizi o forniture.

D'altro canto, lo stesso art. 7 del D.lgs n. 165/2001 che, come in precedenza precisato, disciplina gli incarichi di collaborazione autonoma, al comma 6 bis - tuttora in vigore in quanto non toccato dalla legge n. 133/2008 - lungi dal consentire i conferimenti "intuitu personae", impone invece che le Amministrazioni pubbliche disciplinino e rendano pubbliche,

secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione.

In conclusione, ritiene la Sezione che anche per gli incarichi di cui è questione, l'Amministrazione debba predisporre strumenti idonei ad assicurare in modo adeguato l'osservanza dei principi, di valenza generale, di trasparenza, pubblicità ed apertura alla libera concorrenza, così come richiesto dall'ormai consolidata giurisprudenza interna e comunitaria.

E' appena il caso di precisare che restano comunque ferme le disposizioni speciali che, in relazione alle varie categorie di incarichi, impongono l'osservanza di particolari procedure ed adempimenti, quali l'invio dei regolamenti e degli atti di incarico con spesa superiore a € 5.000.

PQM

La Sezione regionale di controllo per il Veneto rende il proprio parere nei suindicati termini.

Così deliberato in Venezia, nella Camera di Consiglio del 14 gennaio 2009.

Il Presidente Estensore

Dott. Bruno PROTA

Depositato in Segreteria il 21 gennaio 2009

Il Direttore Amministrativo

D.ssa Raffaella BRANDOLESE