

Incarichi professionali: tra competenza e concorrenza

Maurizio Lucca, direttore – segretario generale della convenzione di Comuni Vigonza – Conselve
(in La Gazzetta degli enti locali, 29 novembre 2007)

I principi generali

L'affidamento di un incarico (professionale) nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione deve rispondere ad alcuni principi generali che, salvo i casi specificamente esclusi, si possono sintetizzare nelle regole dell'evidenza pubblica, con le connesse forme obbligatorie di pubblicità, sia in base alla risalente¹ e tuttora vigente normativa nazionale sia in base alla normativa comunitaria² ed alle relative leggi di recepimento³.

La regola della pubblicità finalizzata alla scelta del contraente privato - in modo compiuto - risponde ad un principio costituzionale di buon andamento e imparzialità (*ex art.97 Cost.*), inteso nella sua essenza finalistica di trasparenza e partecipazione (apertura al mercato), volta cioè a privilegiare il confronto concorrenziale tutte le volte in cui non vi ostino fatti oggettivamente impeditivi, sicché il ricorso alla trattativa privata (*rectius* affidamenti diretto o fiduciario) deve ritenersi circoscritto in limiti ristretti e coincidenti con l'impossibilità, per la pubblica amministrazione, di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza nel provvedere (motivatamente), ovvero in relazione alla sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproportionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale⁴.

L'intero perimetro di intervento comporta che l'affidamento deve rispettare criteri trasparenti di selezione, definiti in via preventiva nel bando di gara (concorso) e rispondendo al duplice profilo sia di convenienza economica, per l'elevata probabilità di concorrenza, che di partecipazione, comparazione di più offerte ovvero capacità professionali al fine di privilegiare la migliore proposta parametrata all'obiettivo (interesse pubblico) perseguito nel caso concreto.

Questa formula giuridica prospettabile in tutte le procedure di gara si riflette ontologicamente e funzionalmente su ogni istruttoria amministrativa come obbligo normativo di utilizzo del sistema dell'evidenza pubblica, ivi incluso quello concernente l'adeguata pubblicizzazione della selezione (il correlato riflesso), e può lecitamente considerarsi regola generale, valevole anche nel caso in cui il soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, al punto da ritenere che un'eventuale motivazione sul rifiuto di aprirsi al confronto può comportare l'annullamento dell'affidamento⁵.

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ebbe a precisare, a tal proposito, che le norme procedurali in materia di appalti vanno interpretate con l'obbligo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di adottare comportamenti positivi, cioè misure concrete volte a instaurare procedure conformi ai principi fondamentali di trasparenza e libera concorrenza sanciti dal Trattato CE e dalla stessa legge quadro sui lavori pubblici⁶.

La Direttiva n.2/2007 del Ministro per le Riforme e Innovazione nella P.A., per altri versi, disponeva che il dirigente responsabile della struttura committente, è tenuto a curare le procedure necessarie per garantire la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione, con l'avvertenza che il rispetto di tale adempimento integra elemento di valutazione del dirigente, mutuando e acclarando un dovere di leale collaborazione con la parte offerente sancito dall'articolo 6, della Legge n.241 del 1990.

A sostenere la necessità di un dovere di pubblicità (*ergo* concorrenzialità), a ben vedere, è l'assunto che nel caso in cui la P.A. abbia indetto una gara e l'avviso non contenga la previsione di aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta, la P.A. stessa - in presenza di un solo offerente - ha la facoltà di non procedere all'aggiudicazione in relazione al libero apprezzamento dell'interesse pubblico volto a garantire la presenza di un minimo di concorrenzialità nell'offerta⁷; ovvero le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto (*ex art.81, cm3, del Codice dei contratti pubblici*).

Il dato normativo

Ciò posto, il secondo comma dell'articolo 91, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che “*gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione di importo inferiore alla soglia*” di 100.000 euro “*possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento... nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità*

¹ Cfr. gli artt. 3 e 6 del R.D. n. 2440 del 1923 e l'art. 41 del R.D. n. 827 del 1924, dai quali desumere che ogni attività contrattuale della p.a. deve fare ricorso a procedure concorsuali aperte ai soggetti idonei per eseguire opere o servizi e per fornire beni alle amministrazioni stesse.

² Il principio generale di trasparenza e l'obbligo di pubblicità deriva dalle disposizioni del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento, di cui agli artt. 43 e seguenti, e di libera prestazione dei servizi, di cui agli artt. 49 e seguenti.

³ T.A.R. Valle D'Aosta – Aosta, 21 novembre 2006, n.149.

⁴ T.A.R. Sardegna, sez. I, 23 febbraio 2007, n. 309.

⁵ T.A.R. Lazio - Roma, sez.I, 23 agosto 2006, n. 7375.

⁶ Atto n.18 del 21 marzo 2006.

⁷ Cons. Stato, sez.V, 19 settembre 2007, n.4877.

di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei".

Dalla lettura del dato testuale della norma, come principio cardine del sistema, tale da influenzare l'intero impianto normativo, si ricava *in primis* che la competenza per gli affidamenti degli incarichi è dell'organo tecnico (non potendosi scrutinare alcuna competenza istituzionale da parte della giunta e meno del consiglio), e successivamente che l'affidamento deve rispettare le regole della concorrenza e della comparazione tra più offerte (meglio si direbbe di pubblicità).

Si può affermare allora che i canoni di rango costituzionale dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa impongono obbligatoriamente nelle procedure ad evidenza pubblica, la determinazione dei criteri selettivi che devono risultare chiaramente dal bando al fine di scongiurare ogni sospetto di illecite cointeressenze (personali), anche di tipo indiretto, onde assicurare la piena imparzialità dei professionisti, divenendo principio indefettibile, di portata generale, quello di predisporre e rendere adeguatamente conoscibili le regole selettive su cui si fonda ogni singola procedura concorsuale.

Non sfugge, al di là delle considerazioni tecniche che l'attribuzione della responsabilità gestionale alla dirigenza (in base al noto principio della separazione tra politica e amministrazione) sottrae all'organo politico ogni indebita interferenza, celebrando una latente sfiducia per le scelte di natura discrezionale non fondate su parametri di oggettiva competenza professionale e libere di rimarcare "l'appartenenza di una parte" a scapito di una regola aurea di imparzialità e buon andamento che individua il dipendente pubblico al servizio esclusivo della Nazione (*ex art.98, comma 1 Cost.*).

In sostanza gli aspetti principali del rapporto dirigenziale pubblico, tralasciando di argomentare la carenza costituzionale del cd. *spoil system*⁸, cogliendone il tratto saliente si spiega con *l'intentio legis* di salvaguardare l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione (principio di legalità) attraverso una struttura burocratica stabile, in grado di essere valutata solo attraverso le capacità di raggiungimento degli obiettivi (competenza gestionale propria) piuttosto che attraverso l'assolvimento di ordini politici⁹, stabilendo una separazione tra gestione e indirizzo (quest'ultimo patrimonio dell'organo elettivo).

Giova precisare, se queste sono le coordinate ermeneutiche, che l'individuazione dell'incarico rientra tra i compiti del responsabile del procedimento, il quale dovrà valutare le offerte in base a criteri prestabiliti, e comunque (anche se la nomina fosse di natura fiduciaria) esplicitando le ragioni che l'hanno indotto a privilegiare, tra più candidati ritenuti idonei, un aspirante rispetto agli altri, procedendo con una rigorosa comparazione tra i requisiti dei singoli offerenti, evidenziando la coerenza degli stessi rispetto ai contenuti dell'incarico (grado di preparazione professionale richiesto) in una prospettiva di garantire all'amministrazione pubblica prestazioni qualificate e non alterate da influenze politiche¹⁰.

La competenza

È dunque in questo quadro prospettico che dev'essere correttamente inquadrata ed esaminata la questione degli affidamenti come hanno avuto modo di riferire alcuni distinti pronunciamenti del giudice di prime e seconde cure, evidenziando che la giunta comunale (sindaco compreso) è organo incompetente a decidere sulle modalità di scelta del contraente trattandosi di atto gestionale e non politico programmatico¹¹.

Ne consegue che un incarico che non sia stato conferito con le normali procedure di legge da parte della pubblica amministrazione, non è suscettibile di sanatoria e, quindi, non può esplicare alcun effetto giuridico¹², proprio perché la giunta (e il consiglio)¹³, quale organo di indirizzo politico, non ha competenza alcuna in ordine all'individuazione dei professionisti cui affidare gli incarichi professionali di natura tecnica, trattandosi di atti di gestione, espressamente riservati al dirigente di settore, ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. n.267/2000 (secondo il noto principio cd. di separazione tra gli atti di indirizzo politico e gli atti di gestione, *ex art.4 del D.Lgs. n.165/2001*).

Invero, siffatta innovazione risulta introdotta già con Legge 15 maggio 1997, n. 127 e confermata con Legge n. 265/1999 dal legislatore che, volendo escludere ogni concorrente interferenza dell'organo di indirizzo politico

⁸ Corte Cost., 23 marzo 2007, n. 104.

⁹ Vedi T.A.R. Lazio - Roma, sez. III TER, 16 novembre 2007, n. 11271 in merito alla direttiva impartita dal Ministro dell'economia e delle finanze al Consiglio di amministrazione della R.A.I., intesa a provocare la revoca di un componente del C.d.a. dall'incarico di amministratore della società.

¹⁰ L'affidamento dell'incarico compete al dirigente in relazione alle competenze *ex lege* attribuite; è la stessa *ratio* che orienta la selezione dei pubblici funzionari solo attraverso concorsi pubblici non ammettendo ingerenze di carattere politico (nelle commissioni di concorso), espressione di interessi non riconducibili a valori di carattere neutrale e distaccato.

¹¹ T.A.R. Lazio - Latina, 15 novembre 2007, n. 1211.

¹² T.A.R. Abruzzo - Pescara, sez.I, 20 ottobre 2007, n. 827.

¹³ Il Consiglio comunale ha competenze esclusive di indirizzo politico-amministrativo e di controllo, secondo un elenco tassativo delle stesse previsto dall'art. 42 del T.U.E.L, T.A.R. Piemonte, sez. II, 5 novembre 2007, n. 3363.

sull'esercizio di compiti di amministrazione attiva, ha radicato, in capo ai dirigenti ed in via esclusiva, la competenza ad adottare ogni atto delle procedure concorsuali¹⁴.

La scelta del contraente per l'affidamento di un incarico per lo svolgimento di una prestazione d'opera intellettuale, ai sensi dell'art. 2230 del codice civile, è quindi atto di gestione che deve avvenire su criteri prestabiliti mentre agli organi politici semmai è conferito il potere di indicare le linee generali da seguire e degli scopi da raggiungere, ovvero gli obiettivi da perseguire (giammai quello di individuare l'incaricato, seppure con atto d'indirizzo)¹⁵.

Nella specie l'assetto delle competenze non può portare, per ragioni organizzative, al punto da determinare da parte dell'organo politico finalità di tipo gestionali¹⁶, avendo la norma dell'articolo 107 del T.U.E.L. cristallizzato un principio di separazione in forza del quale è l'organo tecnico a decidere concretamente l'affidamento: la scelta del professionista su basi prestabilite e attraverso l'esercizio della cd. discrezionalità tecnica e non utilizzando la discrezionalità politico-amministrativa ad appannaggio degli organi elettivi (non avendo quest'ultimi nessuna potestà residuale) pena l'illegittimità degli atti gestionali adottati, atteso che lo spazio d'intervento di questi ultimi deve ritenersi, in *subiecta materia*, limitato all'elaborazione dei soli criteri generali cui i responsabili gestionali devono attenersi.

È da escludere che il sindaco, quale organo di governo al quale spettano, perciò, poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, possa porre in essere atti, che rientrano nell'ambito della gestione amministrativa, finanziaria e tecnica¹⁷, statuendo in termini concreti che l'atto di conferimento di un incarico (di progettazione di lavori pubblici) rientra nel novero di quegli atti e provvedimenti che, non essendo in alcun modo riconducibili alle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo, sono riservati alla dirigenza¹⁸.

È pure illegittima una deliberazione della Giunta municipale con cui si ripartiscono, con apposita direttiva, fra i singoli componenti dell'Ufficio di Polizia Municipale, talune materie "ritenute rilevanti per la vigilanza dell'assetto del territorio", disponendo, altresì, che l'attività a costoro affidata deve essere svolta previa informazione e direttive con gli assessori competenti risultando tale atto, oltre in palese contrasto con la disciplina di settore, contrario ai principi di separazione che tengono distinte le posizioni degli organi pubblici elettivi e quella dell'organo tecnico dotato della necessaria professionalità¹⁹.

Le stesse considerazioni, come già rilevato dalla costante giurisprudenza amministrativa, portano a concludere che l'atto di conferimento dei servizi legali, inclusi la consulenza e il patrocinio innanzi a tutti i Tribunali, rientri nel novero di quegli atti e provvedimenti che, non essendo in alcun modo riconducibili alle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo, sono riservati alla dirigenza²⁰.

Dal quadro delineato emerge che il principio cardine della riforma del pubblico impiego (dal D.Lgs. n.29/1993 al D.Lgs. n.165/2001) è il principio della "competenza", che tende a sottolineare l'esistenza di una serie di atti che possono essere emessi in via esclusiva e autonoma dall'apparato tecnico confluendo a definire in modo compiuto la responsabilità dirigenziale, intesa nel suo carattere sia oggettivo che soggettivo relativo all'esercizio delle proprie funzioni senza limitazioni o ingerenze politiche pena l'illegittimità degli atti.

La concorrenza

Stabilito che la competenza in materia di affidamento di incarico professionale, si tratta ora di stabilire se la scelta possa o meno considerarsi libera, priva di elementi valutativi e/o comparativi in ossequio ai principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento che presidiano l'azione amministrativa.

¹⁴ T.A.R. Campania – Napoli, sez.II, 24 ottobre 2007, n. 9955; Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2005 n. 3166 e n. 920 del 19 febbraio 2003; Cass. Civ., sez.I, 27 settembre 2006, n.21010.

¹⁵ Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2005, n. 4654.

¹⁶ Per completezza è possibile derogare il principio della competenza a norma dell'art. 53, comma 23, della legge finanziaria 23 dicembre 2000, n. 388, "*gli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti fatta salva l'ipotesi di cui all'articolo 97, comma 4, lettera d), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, anche al fine di operare un contenimento della spesa, possono adottare disposizioni regolamentari organizzative, se necessario anche in deroga a quanto disposto all'articolo 3, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e all'articolo 107 del predetto testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. Il contenimento della spesa deve essere documentato ogni anno, con apposita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio*" (comma così modificato dal comma 4, dell'art. 29, della Legge 28 dicembre 2001, n. 448).

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5073, vedi anche T.A.R. Puglia – Lecce, sez.II, 26 gennaio 2007, n. 179 e T.A.R. Toscana, sez. II, 25 luglio 2006, n. 3218.

¹⁸ T.A.R. Calabria – Catanzaro, sez. I, 1 maggio 2006, n. 453 e Cons. Stato, sez.V, 9 settembre 2005, n. 4654.

¹⁹ T.A.R. Toscana, sez. II, 25 luglio 2006, n. 3225.

²⁰ T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, sez.I, 4 maggio 2007, n.330; T.A.R. Calabria - Catanzaro, 2 maggio 2006, n.453; T.A.R. Campania - Napoli, sez.II, 23 marzo 2004, n. 3081; 18 dicembre 2003, n. 15430.

La prima sezione del T.A.R. Piemonte, con sentenza n.3230 del 25 ottobre 2007, ha riproposta l'argomento censurando l'operato di una P.A. che ha proceduto al conferimento di un incarico professionale senza una valutazione comparativa dei *curricula* esaminati e senza esporre, mediante adeguata motivazione, l'*iter* logico seguito per accordare preferenza ai candidati prescelti.

Costituisce infatti principio generale, valido anche nell'ambito dell'affidamento degli incarichi di progettazione indipendentemente dall'importo prestabilito, quello secondo il quale le stazioni appaltanti devono procedere nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza rendendo note le motivazioni della scelta effettuata (ex art. 62, comma 1, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554), con la conseguenza che, anche nel caso in cui non si proceda ad una vera e propria gara ad evidenza pubblica, l'amministrazione deve sempre e necessariamente dare conto delle ragioni della scelta effettuata.

Il giudice amministrativo ha evidenziato che la procedura finalizzata all'aggiudicazione di un appalto di servizi, anche per gli appalti di servizi sotto soglia (in cui il compenso è di 20.000 euro annui), è soggetta, in fase di individuazione del contraente privato, a regole comunitarie quali la trasparenza, la non discriminazione e la pubblicità delle procedure²¹.

La problematica testè riassunta, pur nell'ottica della massima semplificazione e speditezza correlata al limitato importo dell'incarico da affidare, impone che le stazioni appaltanti non possono prescindere per gli affidamenti dall'osservanza di una procedura di evidenza, esternando adeguatamente, nel rispetto del principio di trasparenza, le ragioni sottese alla scelta dell'affidatario, in un chiaro processo "sinallagmatico" di equilibrio tra prestazione offerta e concorrenza.

L'anzidetta prescrizione è, infatti, coerente all'elemento tipico dell'adeguata e preventiva pubblicità prima di procedere all'attribuzione dell'incarico professionale e ad avvenuto conferimento è doveroso (obbligatorio) rendere noto, con adeguate formalità, la scelta effettuata esternando la motivazione nei suoi parametri esaustivi delineati dall'articolo 3, della Legge n. 241 del 1990: quale estrinsecazione delle ragioni che hanno condotto l'Amministrazione ad operare una determinata scelta per dare conto di come ha deciso di ottimizzare l'interesse pubblico sottostante a tale scelta²².

La procedura di affidamento deve equilibrare nel concreto le diverse offerte pervenute, dando piena contezza della valutazione comparativa tra i *curricula* da esplicitare (accertare) nel provvedimento di conferimento giustificando in dispositivo l'adeguata motivazione, ossia l'*iter* logico seguito per giustificare l'incarico.

Ma prima ancora di giungere alla scelta è necessario procedere a rendere noti i criteri di selezione e/o quantomeno pubblicizzare in modo adeguato la volontà di acquisire la prestazione professionale, sicché se l'affidamento può anche considerarsi in via astratta di natura fiduciaria questo non esime dall'effettuare una gara attraverso un invito pubblico e una pubblicità cd. adeguata²³.

Tuttavia l'orientamento giurisprudenziale annota che nel caso in cui sia stata indetta una gara informale per l'affidamento dell'incarico (della direzione, liquidazione e contabilizzazione di lavori pubblici), a seguito di valutazione comparativa dei *curricula*, sulla base di alcuni criteri indicati genericamente nell'avviso pubblico, l'espletamento della gara stessa deve essere preceduto, a pena di illegittimità, dalla preliminare fissazione di criteri per la comparazione dei diversi titoli di professionalità evidenziati dai concorrenti; tale predeterminazione, peraltro, non può essere devoluta alla competenza del responsabile del procedimento, ma va debitamente esternata, nei suoi parametri, già in sede di emanazione dell'avviso pubblico²⁴.

Solo attraverso una effettiva pubblicità si possono ritenere assolti i principi di concorrenzialità e trasparenza dell'azione amministrativa alla luce di principi di diritto comunitario particolarmente sensibili al rispetto della libera concorrenza, dovendo ammettere che la sola pubblicità all'albo pretorio di per sé non può considerarsi idonea se non accompagnata all'invito rivolto alle singole categorie di professionisti (comunicazione dell'avviso agli albi e/o ordini e/o registri professionali per esempio).

In maniera assidua la giurisprudenza amministrativa ha sul punto reiteratamente scrutinato che l'affidamento deve essere costantemente proceduto anche da una adeguata pubblicità dell'avviso contenente i criteri di valutazione e che esso deve scaturire da una valutazione comparativa dei *curricula* presentati dai candidati, il cui *iter* logico deve essere palesato per il tramite della motivazione del provvedimento conclusivo, con l'obiettivo di evitare l'arbitrio delle stazioni appaltanti e di permettere eventualmente ad i candidati pretermessi di decidere se tutelare i propri interessi nelle sedi giudiziarie competenti²⁵.

L'affidamento diretto, anche quando l'importo del corrispettivo sia inferiore a 40.000 euro (ex art. 62 del Regolamento della Merloni, D.P.R. 554/99) deve avvenire comunque previa adeguata pubblicità e motivazione, tesi procedimentale avvalorata dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, con determinazione n.4 del 29 marzo 2007, relativamente ai servizi di ingegneria che ha, tra l'altro, affermato che i servizi

²¹ T.A.R. Puglia - Lecce, sez.II, 25 ottobre 2006, n.5053.

²² Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4165.

²³ T.A.R. Puglia - Bari, sez.I, 3 ottobre 2007, n. 2441.

²⁴ T.A.R. Veneto, sez.I, 16 marzo 2007, n. 797.

²⁵ T.A.R. Calabria - Catanzaro, 16 gennaio 2006, n.21; T.A.R. Campania - Napoli, sez.II, 18 dicembre 2003, n.15430; Cons. Stato, sez.V, 10 giugno 2002, n. 3206 e 7 marzo 2001, n.1339.

tecnici di importo stimato inferiore a 100.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 91, comma 2, del Codice, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, previa selezione di almeno cinque operatori economici da consultare se sussistono in tale numero soggetti idonei: la pubblicità va garantita sempre.

È agevole concludere che il mancato rispetto dei necessari oneri pubblicitari, indipendentemente dal valore stimato dell'incarico, costituisce violazione dei principi fondamentali da applicare nella materia dei contratti pubblici, ossia dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità di volta in volta specificato dalla legge²⁶.

²⁶ T.A.R. Sicilia – Catania, sez.III, 26 giugno 2007, n. 1102.