

Diritto dei Servizi Pubblici		diretto da avv. Leila Tessarolo
Home Sentenze Articoli Legislazione Privacy Ricerca Chi siamo		
Incarichi ex 110 TUEL e inconferibilità del professionista/progettista: rileva il profilo della stabilità e continuità		
	di Maurizio Lucca Materia: enti locali / ordinamento	17 gennaio 2022

Gli incarichi 110

Gli incarichi a contratto (ex art. 110 del d.lgs. n. 267/2000, TUEL) hanno lo scopo di assolvere - per un determinato periodo (la funzione ad *tempus*)¹ - profili di alta responsabilità presso gli Enti locali con modelli organizzativi/gestionali delle risorse umane flessibili e sono generalmente associati ad un forte connotato di “*affinità*”, nel senso che il criterio di selezione, seppure di natura comparativa, non risulta propriamente concorsuale, oltre che essere una caratterizzazione dello *spoil system*.

In effetti, la scelta ricade su un candidato, idoneo non necessariamente provvisto di maggiori titoli (manca una graduatoria di merito, trattandosi di una verifica dell'idoneità che presuppone il possesso della qualifica)², escludendo (così facendo) in radice l'*intuitu personae*³, avendo ancorata l'individuazione da parte dell'Amministrazione all'esito selettivo dell'apprezzamento complessivo del candidato, in una batteria di più soggetti titolati (attività istruttoria generalmente apprezzata da una

¹ In tema di affidamento, negli Enti locali, di incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'Amministrazione si applica l'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001 secondo cui la durata di tali incarichi non può essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque, e non già l'art. 110, comma 3, del d.lgs. n. 267 del 2000, Corte conti, sez. contr. Emilia – Romagna, deliberazione 25 ottobre 2021, n. 220.

² La nomina dei dirigenti degli Enti locali può avvenire mediante contratto a tempo determinato previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico, TAR Sicilia, Catania, sez. II, 8 ottobre 2020, n. 2490.

³ L'Amministrazione datrice di lavoro deve rispettare le clausole generali di correttezza e buona fede, ex artt. 1175 e 1375 c.c., applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., con l'obbligo di valutazioni comparative esternando le ragioni giustificatrici delle scelte, anche di fronte ad atti dalla natura privatistica di conferimento degli incarichi dirigenziali, Corte conti, sez. III giur. centrale Appello, sentenza n. 664/2016. Vedi, Corte Appello, sez. Lav. Venezia, sentenze n. 774 dell'udienza 16 settembre 2021, ove esclusa la procedura concorsuale, l'incarico di dirigente previo avviso non richiederebbe nemmeno un'azione comparativa fra i diversi aspiranti, fermo restando che la scelta deve essere ispirata al criterio del buon andamento della pubblica amministrazione, trattandosi di un incarico dirigenziale che costituisce espressione di una scelta di carattere fiduciario, di tipo negoziale, sia pure nel rispetto delle esigenze di buon andamento della pubblica amministrazione.

commissione)⁴: in questo senso si manifesta la “*fiducia*” nell’assolvere il compito affidato su parametri valutativi rimessi all’organo elettivo.

I contratti a termine (*«non possono avere durata superiore al mandato elettivo del sindaco o del presidente della provincia in carica»*) si distinguono in due categorie⁵, mantenendo entrambi l’esigenza per i candidati di possedere i requisiti di legge (ossia, oltre il titolo di studio, l’esperienza pluriennale e la specifica professionalità: vanno accertati nel concreto i presupposti soggettivi nelle materie oggetto dell’incarico)⁶:

- COMMA 1, PER I POSTI IN DOTAZIONE ORGANICA: assegna la facoltà allo statuto dell’Ente di attribuire (con contratti di diritto pubblico o di diritto privato), previa selezione⁷, *«posti di responsabili dei servizi o degli uffici»* a dirigenti o a professionalità di *«alta specializzazione»*, precisando che per i posti di qualifica dirigenziale è il regolamento sull’ordinamento degli uffici e dei servizi che definisce la quota *«in misura non superiore al 30 per cento dei posti istituiti nella dotazione organica della medesima qualifica e, comunque, per almeno una unità»* (i c.d. limiti quantitativi);

- COMMA 2, PER I POSTI FUORI DOTAZIONE ORGANICA: assegna al regolamento cit. servizi:

A. NEGLI ENTI IN CUI È PREVISTA LA DIRIGENZA, la possibilità di individuare dirigenti e alte specializzazioni *«in misura complessivamente non superiore al 5 per cento del totale della dotazione organica della dirigenza e dell’area direttiva e comunque per almeno una unità»*;

B. NEGLI ALTRI ENTI (PRIVI DI DIRIGENZA), la possibilità, solo in assenza di professionalità analoghe presenti all’interno⁸, di individuare *«dirigenti, alte specializzazioni o funzionari dell’area direttiva»* nel numero massimo di:

⁴ Le controversie sono affidate al giudice ordinario, ex art. 63 del d.lgs. n. 165/2011, dovendosi gli atti di nomina come mere determinazioni negoziali e non più atti di alta amministrazione, venendo in tal caso in considerazione come atti di gestione del rapporto di lavoro rispetto ai quali l’Amministrazione stessa opera con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, Cass. civ., sez. unite, 20 ottobre 2017, n. 24877⁴.

⁵ Permane per gli Enti locali la possibilità di conferire incarichi dirigenziali a contratto sia nell’ambito della dotazione organica (art. 110, comma 1), che al di fuori di essa (art. 110, comma 2), in ossequio all’autonomia statutaria e regolamentare degli Enti locali in punto di organizzazione degli uffici, Cons. Stato, sez. II, 6 aprile 2021, n. 2774.

⁶ È necessario il possesso del titolo studio previsto dalla disciplina di riferimento, atteso che il conferimento di incarico dirigenziale, ex art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000, a dipendente non laureato, costituisce responsabilità erariale, caratterizzata da colpa grave, Corte conti, sez. giur. Veneto, 20 novembre 2019, n. 182. Dal combinato disposto degli artt. 110 TUEL e 19 del d.lgs. n. 165/2001, si evince la necessità del possesso del titolo di studio della laurea per il conferimento di incarichi dirigenziali a tempo determinato, Corte conti, sez. I App., 23 giugno 2021, n. 228.

⁷ La controversia in materia di selezione, ex 110, comma 1 del TUEL, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (del lavoro), in quanto concerne una procedura che difetta in radice dei requisiti del concorso e sarebbe connotata dal carattere fiduciario della scelta da parte del Sindaco operata nell’ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei sulla base dei requisiti di professionalità, Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2867; *idem* TAR Lombardia, Milano, sez. III, 3 giugno 2019, n. 1270.

⁸ La norma porta a ritenere che l’incarico di posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, mediante contratto a tempo determinato può essere conferito a soggetti esterni a condizione che la correlata professionalità non sia rinvenibile nei ruoli

- a. *«non superiore al 5 per cento della dotazione organica dell'ente arrotondando il prodotto all'unità superiore»;*
- b. *«o ad una unità negli enti con una dotazione organica inferiore alle 20 unità».*

Si comprende che l'art. 110 del TUEL rimette all'autonomia dei singoli Enti locali la scelta tra l'assunzione di dirigenti a tempo indeterminato, stabilmente incardinati nella struttura organica dell'ente, e la copertura dei posti di ruolo dirigenziale mediante contratti a termine di diritto privato⁹, i quali per la loro temporaneità possono essere integrati con un'indennità *ad personam* commisurata alla specifica qualificazione professionale e culturale¹⁰.

Precisazioni sul sistema di reclutamento

Si deve precisare che la selezione del contratto a termine, ex art. 110 del TUEL, rivesta una modalità paraconcorsuale non assimilabile al concorso¹¹.

Pare giusto rammentare la distinzione tra *“concorso pubblico”* e *“selezione pubblica”* secondo gli insegnamenti offerti dal Consiglio di Stato¹², dove è stato ribadito che tale procedura selettiva (quella del “110”) *«non consiste in una selezione comparativa di candidati svolta sulla base dei titoli o prove finalizzate a saggiarne il grado di preparazione e capacità, da valutare (gli uni e le altre) attraverso criteri predeterminati, attraverso una valutazione poi espressa in una graduatoria finale recante i giudizi attribuiti a tutti i concorrenti ammessi, essendo piuttosto finalizzata ad accertare tra coloro che hanno*

dell'Amministrazione, TAR Calabria, Reggio Calabria, 17 luglio 2019, n. 456. Le Amministrazioni devono far fronte ai loro compiti istituzionali mediante le risorse in organico e solo per esigenze straordinarie e temporanee, cioè circoscritte nel tempo, possono ricorrere all'utilizzo di personale esterno, reclutato nei limiti e nella misura in cui sia necessario per far fronte all'esigenza sopravvenuta, Corte conti, sez. contr. Piemonte, 11 gennaio 2019, n. 1; sez. II giur. centrale Appello, sentenza n. 82/2017; sez. contr. Piemonte, deliberazione n. 13/2016/VSGO, n. 22/2015/REG, n. 5/2015/VSGO; sez. contr. Lombardia, deliberazione n. 825/2010/REG; sez. contr. Friuli Venezia Giulia, 7 ottobre 2014, n. 159.

⁹ L'art. 110, comma 1, del TUEL concerne l'ipotesi ordinaria e fisiologica di conferimenti di incarichi nell'ambito della dotazione organica, il comma 2 del medesimo articolo costituisce un peculiare strumento, calibrato sulle esigenze strutturali degli enti locali, in virtù della loro autonomia organizzativa, per reperire dirigenti, alte specializzazioni e funzionari dell'area direttiva al di fuori della dotazione organica, Corte conti, sez. contr. Lombardia, deliberazione 27 novembre 2012, n. 508.

¹⁰ Cfr. Corte conti, sez. contr. Emilia – Romagna, deliberazione 24 dicembre 2021, n. 271. In relazione alla possibilità del soggetto di usufruire dell'aspettativa, vedi, Funzione Pubblica, prot. n. DFP-0025780-P-16/04/2021, *Parere in merito all'interpretazione dell'articolo 110, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 in tema di aspettativa*, ove si conclude affermando che *«in assenza di previsioni espresse sull'obbligatorietà della concessione dell'aspettativa in questione, deve quindi ritenersi che, nel dare applicazione al comma 5 dell'articolo 110, agli Enti non sia preclusa la verifica in concreto della ricorrenza di esigenze organizzative opportunamente motivate che determinano l'impossibilità di un suo accoglimento nell'ottica del perseguimento dell'interesse istituzionale e del buon funzionamento dell'amministrazione».*

¹¹ Cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 16 marzo 2020, n. 171.

¹² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2867; *Idem*, 4 aprile 2017, n. 1549; *Id.*, 29 maggio 2017, n. 2526.

presentato domanda quale sia il profilo professionale maggiormente rispondente alle esigenze di copertura dall'esterno dell'incarico dirigenziale».

A ben vedere il “*reclutamento*” della dirigenza a chiamata segue un *iter* semplificato che presenta (come scritto) una forte componente fiduciaria, dove l'individuazione avviene tra soggetti idonei alla funzione senza alcuna verifica dei requisiti per l'accesso alla qualifica (sono presupposti inscindibili)¹³, quanto la presentazione di un determinato numero prestabilito di candidature (generalmente previste nel regolamento) da sottoporre al sindaco/presidente, sulla base di un c.d. *call* pubblica (avviso o interpello), per definire il quadro organizzativo (organigramma) della struttura pubblica, ai sensi del comma 10 dell'art. 50 del TUEL, «*il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali*».

In dipendenza di ciò, si può dedurre che nell'impiego pubblico il conferimento di posizioni organizzative o dirigenziali esula dall'ambito delle procedure concorsuali, di cui all'art. 63 comma 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in quanto il posto da ricoprire non determina un mutamento di profilo professionale, che rimane invariato (né un mutamento di area), ma comporta soltanto un mutamento di funzioni, le quali cessano al cessare dell'incarico¹⁴.

L'inconferibilità

Il decreto legislativo n. 39/2013 è stato introdotto nel nostro ordinamento a seguito della delega al Governo contenuta nel comma 49 della legge n. 190/2012, quale strumento di prevenzione della corruzione e della prevenzione dei conflitti di interesse, allo scopo di garantire il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione e assicurare che i pubblici impiegati siano al «*servizio esclusivo della Nazione*», come previsto dagli articoli 97 e 98 della Costituzione.

La *ratio* della disciplina di cui al d.lgs. n. 39/2013 e quella delle disposizioni contenute nel d.lgs. 33/2013 – che hanno la medesima fonte nella legge n. 190/2012 – non sono divergenti, avendo in comune la finalità di scongiurare il rischio di condizionamenti impropri dell'attività riconducibile alla sfera pubblicistica per favorire interessi di natura essenzialmente privatistica, mediante opportuni strumenti indicati nella legge delega: in un caso attraverso la predeterminazione di ipotesi di inconferibilità e incompatibilità di incarichi, per le quali si presume *ex lege* la sussistenza di un conflitto di interessi, e nell'altro mediante adeguate misure di trasparenza¹⁵.

¹³ La procedura dell'art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000, non consiste in una selezione comparativa di candidati svolta sulla base dei titoli o prove finalizzate a saggiarne il grado di preparazione e capacità, da valutare (gli uni e le altre) attraverso criteri predeterminati, essendo piuttosto finalizzata ad accertare, tra coloro che hanno presentato domanda, quale sia il profilo professionale maggiormente rispondente alle esigenze di copertura dall'esterno dell'incarico dirigenziale, TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 10 febbraio 2021, n. 279.

¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 8 settembre 2021, n. 6236.

¹⁵ ANAC, delibera n. 1054 del 25 novembre 2020, «*Interpretazione della locuzione “enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione” e di “svolgimento di attività professionali” di cui all'art. 15, co.1, lett. c) del d.lgs. 33/2013*».

Invero, il legislatore ha ritenuto che il periodo temporale di uno/due anni sia sufficiente ad evitare che l'attività del titolare dell'incarico possa essere condizionata dalla provenienza di un precedente incarico o carica, pregiudicandone l'imparzialità.

L'inconferibilità al posto di dirigente

L'art. 4, *Inconferibilità di incarichi nelle amministrazioni statali, regionali e locali a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati*, del d.lgs. n. 39/2013 stabilisce che «a coloro che, **nei due anni precedenti**, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato o finanziati dall'amministrazione o dall'ente pubblico che conferisce l'incarico, ovvero **abbiano svolto in proprio attività professionali** (caso di specie), se queste sono regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico (il 110 TUEL), non possono essere conferiti: a) gli incarichi amministrativi di vertice (Segretario generale, capo Dipartimento, Direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni) nelle amministrazioni statali, regionali e locali... c) **gli incarichi dirigenziali esterni**, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici che siano relativi allo specifico settore o ufficio dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione e finanziamento».

Si intende per incarichi dirigenziali (ex art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 39/2013):

- LETTERA J), INTERNI: gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti, ivi comprese le categorie di personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, appartenenti ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico ovvero al ruolo di altra pubblica amministrazione.
- LETTERA K), ESTERNI (l' "110"): gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni¹⁶.

Le FAQ ANAC

9.12 Come si distingue, ai sensi del d.lgs. n. 39/2013, un incarico dirigenziale da un incarico amministrativo di vertice?

Ciò che distingue un incarico dall'altro è l'esercizio *"in via esclusiva"* delle competenze di amministrazione e gestione dell'ente. Il legislatore ha ritenuto di ricomprendere nella categoria di *"incarico amministrativo di vertice"* coloro che, nell'ente, si occupano di fungere da raccordo tra l'organo di indirizzo politico e gli organi dirigenziali preposti alla concreta gestione amministrativa.

9.25 Gli artt. 4 e 9 del d.lgs. n. 39/2013 trovano applicazione all'attività professionale di tipo occasionale?

¹⁶ Cfr. ANAC, delibera n. 1001 del 21 settembre 2016 e delibera n. 925 del 13 settembre 2017, in cui è stato evidenziato che «*Tutti gli incarichi dirigenziali interni ed esterni mediante i quali sia conferita la responsabilità di un servizio/ufficio, sono soggetti alla disciplina del d.lgs. n. 39/2013*».

Gli artt. 4 e 9 del d.lgs. n. 39/2013 non trovano applicazione alle attività lavorative rese in via occasionale. Affinché operino le citate disposizioni è, infatti, necessario che il soggetto interessato abbia reso la propria attività in favore dell'amministrazione conferente in modo continuativo e stabile.

Il professionista (progettista) incaricato

Ciò posto, si tratta ora di comprendere se sia possibile affidare un incarico, ex art. 110 del d.lgs. n. 267/2000, di Responsabile di settore tecnico ad un soggetto che nei due anni precedenti sia stato incaricato a svolgere la progettazione, comprensiva di direzione lavori e collaudo, di un'opera o più opere per conto della stessa Amministrazione conferente.

Giova richiamare una questione affrontata (e di interesse per la soluzione del quesito) con la delibera ANAC n. 676 del 6 ottobre 2021 (*Fasc. Anac 1830/2021 Ipotesi di inconferibilità dell'incarico di Responsabile di Settore presso il Comune di omissis*), dove si analizzava l'affidamento di un incarico di Responsabile dell'Ufficio Tecnico (2018), ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. 267/2000, ad un soggetto che avrebbe ricoperto, anteriormente all'assunzione del suddetto incarico, diversi incarichi professionali (incarico professionale esterno presso l'UTC, quale assistenza al RUP¹⁷, istruttore pratiche paesaggistiche, ricevimento operatori economici/professionisti, orario settimanale di 18 ore) a favore dell'ente comunale nel triennio antecedente.

L'Autorità rileva che gli elementi costitutivi della fattispecie di inconferibilità (ex art. 4, del d.lgs. n. 39/2013) attengono sia all'incarico in provenienza sia a quello in destinazione:

a) avere svolto, nei due anni precedenti l'assunzione dell'incarico (*"periodo di raffreddamento"*), in proprio attività professionale, se questa è regolata, finanziata o comunque retribuita dall'Amministrazione che conferisce l'incarico;

b) assumere un incarico dirigenziale esterno nella PA che sia relativo allo specifico settore o ufficio dell'Amministrazione che esercita i poteri di regolazione o finanziamento.

Emerge, dall'analisi delle prestazioni effettuate, che l'attività svolta (anche solo nell'assistenza al RUP) nei due anni precedenti possa essere qualificata per la consistenza, sia in termini di quantità che di qualità, quale attività professionale in proprio e, allo stesso tempo, presenta il carattere della continuità e della stabilità (senza soluzione di continuità), impedendo l'affidamento di un incarico dirigenziale, ex art. 110 TUEL, per la presenza di una causa di inconferibilità, di cui al cit. art. 4, comm1, lettera c), del d.lgs. n. 39/2013.

Stabilità e continuità

In breve, quando gli affidamenti assumono una determinata consistenza e non possono ritenersi occasionali siamo in presenza di un rapporto professionale continuativo che esige un periodo di raffreddamento, al fine di escludere una ipotesi codificata dalla legge di condizionamento illegittimo

¹⁷ L'attività di supporto al RUP costituisce attività professionale in proprio, delibera ANAC n. 207 del 13 marzo 2019. L'attività, inoltre, può classificarsi come appalto di servizi (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 13 febbraio 2020, n. 237), in quanto consistente in un'obbligazione nei confronti del committente al compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro, con organizzazione dei mezzi necessari (di tipo imprenditoriale) e con assunzione in proprio del rischio di esecuzione della prestazione (art. 1655 c.c.).

dell'azione amministrativa, capace di alterare il perseguimento e la massimizzazione dell'interesse pubblico dominante con l'interesse privato secondario¹⁸.

In termini più esplicativi, la presenza di una prestazione professionale non occasionale (ossia, regolare/stabile) all'interno dell'Amministrazione crea una posizione di privilegio, di vicinanza (contiguità), capace di alterare il processo decisionale: un conflitto di interessi oggettivo, definito direttamente dal legislatore senza possibilità di deroga.

Si coglie l'essenza del principio di prevenzione del conflitto di interessi concreto: solo attraverso una lontananza di prestazione, ovvero l'interruzione del rapporto per almeno due anni, si ricompone la neutralità di giudizio senza alcuna tensione nell'affidamento dell'incarico da parte della P.A. (una *fictio iuris*).

Se ne deve dedurre, *a contrario*, che qualora si tratti di un affidamento o più affidamenti di natura occasionale (quali progettazioni singole o gestione di progetti) non siamo in presenza di ipotesi di inconferibilità, mancando l'elemento dirimente della stabilità e durata.

Invero, anche in presenza di un'attività svolta nel biennio qualora si tratti di singoli lavori occasionali (ovvero, in numero limitato sotto il profilo quantitativo)¹⁹, non contraddistinti dal carattere della continuità e della stabilità, e anche in relazione agli importi erogati (rilevanti sotto il profilo della qualità) si deve osservare che tali circostanze (limitati incarichi, oppure che complessivamente risultano di importi non rilevanti) portano ad escludere la sussistenza di un nesso di stabile collaborazione tra il professionista e l'Amministrazione irrilevante per l'inconferibilità²⁰.

¹⁸ Cfr. ANAC, delibera n. 630 Del 15 settembre 2021 (*Fasc. Anac 1551/2020 Oggetto Ipotesi di inconferibilità dell'incarico di Responsabile di Settore presso il Comune di omissis*).

¹⁹ Cfr. ANAC, delibera n. 635 del 15 settembre 2021, *Segnalazione di presunta inconferibilità di un incarico di Istruttore direttivo*.

²⁰ ANAC, delibera n. 634 del 15 settembre 2021, *Segnalazione di presunta inconferibilità di alcuni incarichi dirigenziali presso il Comune di omissis*.