



Incarichi di consulenza a professionisti a titolo gratuito: si può fare, anzi no, forse

Renzo La Costa

I lettori ricorderanno la questione sollevata a seguito di un avviso pubblico del MEF con il quale si intendevano conferire a talune categorie di professionisti, incarichi ad esclusivo titolo gratuito. L'iniziativa ministeriale si prestò a ferme prese di distanza trasversali tra le categorie professionali, anche allora come oggi, impegnate nella ricerca di una soluzione legislativa per il cd. equo compenso per le prestazioni professionali. Per memoria riportiamo uno stralcio di quell'Avviso:

MEF-DT: avviso pubblico di manifestazione di interesse per il conferimento di incarichi di consulenza a titolo gratuito sul diritto - nazionale ed europeo - societario, bancario, dei mercati e intermediari finanziari

Dettagli concorso

Data di pubblicazione: 27 Febbraio 2019

La Direzione Generale "Sistema Bancario e Finanziario-Affari Legali" del Dipartimento del Tesoro intende avvalersi per un supporto tecnico a elevato contenuto specialistico nelle materie di competenza della consulenza a titolo gratuito di professionalità altamente qualificate.

La consulenza avrà ad oggetto la trattazione di tematiche complesse attinenti al diritto - nazionale ed europeo - societario, bancario e/o dei mercati e intermediari finanziari in vista anche dell'adozione e/o integrazione di normative primarie e secondarie ai fini, tra l'altro, dell'adeguamento dell'ordinamento interno alle direttive/regolamenti comunitari.

Requisiti e modalità di partecipazione:

Possono far pervenire la propria manifestazione di interesse coloro che, alla data di scadenza del termine sottoindicato, siano in possesso dei seguenti requisiti:

- consolidata e qualificata esperienza accademica e/o professionale documentabile (di almeno 5 anni), anche in ambito europeo o internazionale, negli ambiti tematici del diritto societario, bancario, pubblico dell'economia o dei mercati finanziari o dei principi contabili e bilanci societari;
- lingua inglese fluente.

Gli interessati dovranno far pervenire apposita nota (... *Omissis, ndr*)

Le crescenti proteste avverso tale iniziativa, indussero il medesimo Ministero a pubblicare un comunicato stampa con il quale si intendeva spiegare l'esatta natura dell'iniziativa medesima:



Comunicato Stampa N° 48 del 08/03/2019

Il bando relativo ad incarichi gratuiti pubblicato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e che ha suscitato polemiche nei giorni scorsi non costituisce un'opportunità lavorativa.

La parola "consulenza gratuita" – pure se richiamata nel bando – non è da intendersi come rapporto di lavoro o fornitura di un servizio professionale che come tale sarebbe regolato dalle procedure del Codice degli Appalti.

Ringraziando i molti che si sono candidati ad offrire gratuitamente e volontariamente supporto all'Amministrazione, si precisa che l'invito è rivolto a personalità affermate, principalmente provenienti dal mondo accademico, che, in ottica di collaborazione istituzionale, desiderino offrire la propria esperienza in termini di idee e soluzioni tecniche in materie molto complesse. Nessun professionista viene lesa e nessuna regola è stata violata.

La procedura posta in essere dal MEF garantisce al Paese che l'Amministrazione, prima di elaborare norme e disegnare strumenti, assicuri un doveroso confronto con gli esperti di alto profilo competenti in materia che l'Italia sa offrire.

Forme di collaborazione gratuita di questo genere sono diffuse in molte Pubbliche Amministrazioni. La novità sta quindi solamente nella pubblicità introdotta nella procedura, per esigenze di trasparenza e comparazione, come suggerito dalla Corte dei conti e ribadito dalla giurisprudenza amministrativa.

Esula completamente da questi rapporti, quindi, il tema dell'equo compenso che si riferisce a rapporti professionali di lavoro nell'ambito del settore privato.

La questione non si è esaurita nei comunicati stampa. L'avviso è stato impugnato innanzi al TAR del Lazio, che ha concluso per la legittimità del bando con le motivazioni di seguito tratte dalla propria sentenza nr. 11411 pubblicata il 30/09/2019 . Il ricorrente – un avvocato con esperienza ultratrentennale nelle materie in questione, rappresentava di non aver aderito all'avviso, stante il carattere gratuito dell'incarico

I motivi di censura dedotti sono stati i seguenti:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, commi 6 e 6 bis, del d.lgs. n. 165/2001 - omissione o carenza dei requisiti essenziali dell'atto amministrativo - omessa o carente motivazione - violazione e falsa applicazione della legge n. 241/1990 e dei principi di legge e regolamento in materia di azione amministrativa - eccesso di potere - eccesso di potere per violazione dei canoni di congruità, adeguatezza, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa - carenza di istruttoria e motivazione - violazione del principio di *par condicio*.

L'oggetto dell'avviso sarebbe una prestazione lavorativa di natura professionale. La stipula di un contratto scritto, la durata prolungata e predeterminata, l'obbligo del preavviso di 30 giorni in caso di rescissione, e ancor di più "l'obbligo del consulente di concludere la propria attività su eventuali questioni in corso" sarebbero tutti elementi che concorrono ad affermare che la consulenza in parola sia appunto, come dice la parola stessa, una "consulenza", ossia una prestazione professionale.

Essendo prevalente il "carattere personale o intellettuale della prestazione richiesta", anziché quello imprenditoriale, l'incarico al professionista esterno sarebbe riconducibile al contratto d'opera (art. 2222 cod. civ.), in particolare, al contratto d'opera intellettuale (art. 2229 cod. civ.),

Dall'esame degli atti si dedurrebbe inoltre che il Ministero intimato intende conferire un incarico individuale ai sensi dell'art. 7, commi 6 e 6 bis, del d.lgs. n. 165/2001.

In tal senso deporrebbero, oltre alla natura della prestazione ed ai requisiti richiesti, che ricalcano quelli della norma citata, anche la pubblicazione nella Sezione Concorsi del sito web, la previsione di un incarico biennale non rinnovabile, la specificazione che la competenza "non è rinvenibile nella struttura", la predeterminazione di "durata, oggetto e compenso della collaborazione".

Essa costituirebbe – sempre secondo il ricorrente - certamente una prestazione lavorativa resa in un rapporto di lavoro autonomo di natura professionale.

Ciò comporterebbe che al rapporto di specie si applicheranno certamente l'art. 36 Cost. e la nuova disciplina dell'equo compenso, che escludono in radice la possibilità di stipulare un contratto professionale a titolo gratuito tra professionista e Pubblica Amministrazione.

In ogni caso, anche considerando la fattispecie in esame come appalto di servizi, pur se inquadrata nella fattispecie di cui all'art. 57, comma 2, lettera b), del d.lgs. 163/2006 ed all'art. 36, comma 2, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016, o comunque rientrante nella categoria dei "contratti esclusi" ai sensi degli artt. 17 e 4 del medesimo decreto, avrebbero dovuto osservarsi i principi generali dell'agere amministrativo (art. 97 Cost.), ovvero dell'economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, e si sarebbe comunque dovuta applicare la disciplina dell'equo compenso, che ad oggi è estesa ad ogni rapporto tra professionisti e Pubblica Amministrazione.

Come ampiamente motivato in precedenza, troverebbero applicazione la disciplina generale di cui all'art. 7, commi 6 e 6 bis, del d.lgs. n. 165/2001 e le disposizioni normative nel frattempo intervenute in materia di incarichi.

Perciò l'Amministrazione dovrebbe: a) verificare che la prestazione richiesta sia inerente alle proprie finalità istituzionali (c.d. inerenza); b) avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno (c.d. non intraneità); c) sul piano qualitativo, essere motivata da una particolare *expertise* di carattere particolarmente qualificato (c.d. specialità) disponibile solo sul mercato, per l'espletazione dell'incarico esterno.

L'avviso sarebbe completamente carente di motivazione, atteso che non solo questa mancherebbe in ordine all'accertamento reale sull'assenza di servizi o di professionalità, interne all'Ente, in grado di espletare l'incarico – essa si

limiterebbe al solo mero inciso "*non rinvenibile all'interno della struttura*" -, ma soprattutto non sarebbe stato neanche mai chiarito il riferimento normativo della procedura avviata.

Nella specie tra gli elementi essenziali dell'atto amministrativo sarebbero assenti il preambolo, la motivazione (come già evidenziato prima), il luogo e la data in cui è stato emanato il provvedimento e la determinazione del compenso.

Correlato all'obbligo di determinare il compenso vi sarebbe quello di acquisire il parere obbligatorio del Collegio dei revisori dell'Ente, ai sensi dell'art. 1, comma 42, della legge n. 311/2004, prima di emanare il relativo avviso, il che nel caso in esame non sarebbe avvenuto o, quanto meno, non risulta richiamato nell'atto. A questo si aggiungerebbe il necessario carattere eccezionale e temporaneo dell'incarico *de quo*, che non sembrerebbe rispettato, stante la durata biennale del contratto.

L'avviso propone un affidamento a titolo gratuito per tutti gli incarichi di consulenza; ciò sarebbe abnorme ed irragionevole.

L'impugnata clausola in esame ricadrebbe nella categoria delle "clausole immediatamente escludenti", da impugnare immediatamente con il bando di indizione della procedura selettiva, senza attendere l'atto di approvazione della graduatoria definitiva o l'aggiudicazione, che definisce la procedura concorsuale. Sussisterebbe un netto contrasto con la recente riforma dell'equo compenso.

La legge n. 172/2017, di conversione del d.l. n. 148/2017 (c.d. Decreto Fiscale), con l'art. 19 quaterdecies ha introdotto l'art. 13 bis alla Legge Forense (legge n. 247/2012), sull'equo compenso. Il medesimo articolo ha esteso a tutti i lavoratori autonomi l'applicazione della previsione originariamente a favore degli avvocati e al contempo ne ha previsto l'applicazione anche nei confronti delle prestazioni a favore della Pubblica Amministrazione.

La Legge di Bilancio 2018 (legge n. 205/2017), ai commi 487 e 488 dell'art. 1, ha allargato ulteriormente questa disciplina, modificando l'art. 13 bis.

In particolare, vengono presunti non equi (con presunzione che non ammette prova contraria) i compensi inferiori a quelli previsti dalle apposite tabelle ministeriali: per gli avvocati si deve fare riferimento ai "parametri" individuati in base al D.M. del 2014.

Tali compensi sarebbero da considerare nulli, proprio in quanto non equi, senza possibilità di derogare a tale disciplina.

La norma parla di "*prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti*", per cui non distingue tra appalti di servizi, incarichi legali fiduciari o incarichi professionali ex art. 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001.

La gratuità non sarebbe compatibile con l'obbligo di garantire il principio dell'equo compenso che la legge impone ora alle Pubbliche Amministrazioni.

Questo principio è stato già affermato dalla più recente giurisprudenza amministrativa:

Peraltro l'equo compenso è applicabile, oltre che alle prestazioni degli avvocati, anche a quelle degli altri professionisti di cui all'art. 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81, comprendendo iscritti agli ordini e collegi. E sul punto l'art. 1 della legge n. 81/2017 fa esplicitamente riferimento "*ai rapporti di lavoro autonomo di cui al titolo III del libro quinto del codice civile, ivi inclusi i rapporti di lavoro autonomo che hanno una disciplina particolare ai sensi dell'articolo 2222 del codice civile*", ossia proprio ai contratti d'opera stipulati da qualsiasi

professionista, in cui rientrano certamente anche gli incarichi ex art. 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001, di cui al caso di specie.

Le suesposte motivazioni, corredate da ulteriori specifiche eccezioni, sono state integralmente respinte dal Tar.

Con il predetto avviso – ha esordito il Collegio – diretto a giuristi del mondo accademico e/o forense, in possesso di esperienza di almeno 5 anni documentabile, anche a livello europeo o internazionale, negli ambiti tematici del diritto societario, bancario, pubblico dell'economia o dei mercati finanziari o dei principi contabili e bilanci societari, si chiede agli stessi una mera manifestazione di interesse a prestare, senza che sia prefissata la frequenza e l'entità dell'eventuale 'prestazione' nell'arco temporale di due anni, la propria consulenza nelle stesse suddette materie *"in vista anche dell'adozione e/o integrazione di normative primarie e secondarie ai fini, tra l'altro, dell'adeguamento dell'ordinamento interno alle direttive/regolamenti comunitari"*.

La genericità non costituisce un vizio dell'avviso ma un elemento che lo caratterizza, in forza del quale anzi esso è assolutamente legittimo.

Come, infatti, è stato anche precisato con il comunicato stampa che ha fornito i dovuti chiarimenti in ordine alla sua portata, all'esito della valutazione dei curricula obbligatoriamente inviati dai suindicati professionisti, non s'instaura alcun rapporto di lavoro né è prevista la fornitura di un servizio professionale.

Proprio in ragione del carattere eventuale ed occasionale della consulenza, seppure nell'arco temporale ordinariamente di due anni, non può questa qualificarsi come contratto di lavoro autonomo, che, rispetto alle Pubbliche Amministrazioni, è ammissibile se si ravvisano tutti i presupposti indicati all'art. 7, commi 6 e 6 bis, del d.lgs n. 165/2001, di cui in questa sede si lamenta la violazione.

Ciò si desume ulteriormente dalla previsione della possibilità, per il professionista, di porre comunque fine unilateralmente all'incarico in qualunque momento.

Ha proseguito il Collegio: non militano in senso contrario né il prescritto preavviso di 30 giorni per esercitare tale diritto né la previsione dell'obbligo, per il professionista, di concludere la propria attività su eventuali questioni in corso. Per quanto concerne il preavviso, esso obbedisce ad una mera esigenza organizzativa: in altre parole, l'Amministrazione ha necessità di conoscere *ex ante* sull'apporto di quali professionalità nell'esame di questioni rilevanti può contare in un determinato periodo.

L'obbligo di concludere l'incarico è funzionale ad un'azione della Pubblica Amministrazione efficace, che persegue il buon andamento: un'interruzione potrebbe, infatti, determinare perdite di tempo e degli apporti qualificati già conferiti dai professionisti che non intendano più portare avanti la consulenza.

Alla luce di quanto evidenziato non si ravvisa la dedotta violazione delle norme appena citate.

Non si tratta neppure di servizio il cui affidamento è sottoposto alla disciplina del Codice dei Contratti pubblici.

Conduce a tale conclusione l'assenza della previsione del numero ben definito di incarichi da conferire, dell'individuazione puntuale dell'oggetto e della

consistenza di ciascun incarico, nonché di una selezione vera e propria, con una graduatoria finale.

Perciò è evidente che nessun obbligo di applicare le norme del d.lgs n. 50/2016 sussisteva in capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze.

La prescrizione di requisiti minimi si rendeva invece evidentemente necessaria per acquisire manifestazioni di interesse solo da parte di soggetti qualificati che, ove ritenuti idonei sulla base della valutazione dei propri *curricula*, possano effettivamente dare un contributo rilevante nelle materie e nell'ambito delle attività indicate nell'avviso censurato.

Alla luce dei rilievi svolti sinora, il carattere gratuito della consulenza appare legittimo. Deve rilevarsi in proposito che nel nostro ordinamento non si rinviene alcun divieto in tal senso.

Non può ritenersi che la disciplina dell'equo compenso, diffusamente ed analiticamente descritta dalla parte ricorrente ed erroneamente invocata a sostegno delle proprie tesi, presenti tale carattere ostativo.

Essa deve, infatti, intendersi nel senso che, laddove il compenso in denaro sia stabilito, esso non possa che essere equo.

Nulla impedisce, tuttavia, al professionista, senza incorrere in alcuna violazione, neppure del Codice deontologico, di prestare la propria consulenza, in questo caso richiesta solo in modo del tutto eventuale nei due anni stabiliti, senza pretendere ed ottenere alcun corrispettivo in denaro.

Lo stesso può invece in questo caso trarre vantaggi di natura diversa, in termini di arricchimento professionale legato alla partecipazione ad eventuali tavoli, allo studio di particolari problematiche ed altro, nonché quale possibilità di far valere tutto ciò all'interno del proprio *curriculum vitae*.

Non bisogna dimenticare al riguardo che, se è vero che viene richiesta una determinata esperienza documentabile negli ambiti di materia indicati nell'avviso, è altresì vero che non si tratta di un'esperienza che può essere vantata solo da professionisti che lavorano da lunghissimo periodo e che per ciò stesso potrebbero non ricevere stimoli e vantaggi in termini curriculari.

Il vaglio dei *curricula* garantisce al Ministero di scegliere solo quanti siano ritenuti in concreto in grado di fornire un apporto valido, il che assicura lo stesso in ordine al livello qualitativo elevato della consulenza, ove acquisita.

Tuttavia potrebbe trattarsi di professionisti ancora giovani che, sebbene qualificati, trovino ancora molti stimoli professionali nell'attività descritta nell'avviso e ravvisino altresì nella stessa un'opportunità per arricchire il proprio *curriculum*.

D'altronde anche professionisti con un bagaglio professionale consistente potrebbero avere interesse, in quanto stimolante, a contribuire, con la propria professionalità, all'elaborazione di norme per l'adeguamento dell'ordinamento interno alle direttive/regolamenti comunitari.

Dalle argomentazioni svolte nella presente disamina ne è derivato che l'avviso impugnato è legittimo ed il ricorso è infondato e quindi respinto.

Per completezza di informazione, va rappresentato che la questione sottoposta all'odierno TAR, è stata di recente affrontata in altre due sedi di giustizia amministrativa, con le seguenti (contrarie) conclusioni:

- ✓ *“La l. 4 dicembre 2017, n. 172, nel convertire d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, vi ha inserito l’art. 19-quaterdecies, il quale, al comma 3, stabilisce che la pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell’equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della citata legge di conversione” (Tar Calabria, sentenza n. 1507/2018).*

- ✓ *“il ricorso si rivela assistito da sufficiente fumus boni iuris, avuto particolare riguardo alla fissazione di compensi non in linea con le tariffe professionali e comunque in contrasto con il principio di equo compenso, applicabile anche alla amministrazioni pubbliche, in particolar modo per il contenzioso di valore fino ad €500,00, per cui l’onorario è pari a zero; Ritenuto che, in ogni caso, le esigenze di riequilibrio finanziario debbano armonizzarsi con altri principi fondamentali dell’azione amministrativa, tra cui quelli di ragionevolezza e di proporzionalità nonchè, nella fattispecie, quello di equo compenso per le prestazioni professionali; Considerato, altresì che le prescrizioni dell’avviso contenenti le disposizioni tariffarie contestate si rivelano immediatamente lesive per i ricorrenti, imponendo loro l’assunzione di un impegno ad accettare condizioni economiche inadeguate nel senso in precedenza indicato;” (Tar Campania, sentenza nr. 1541/2018).*

Non può non affermarsi quindi, che su una materia così delicata per la vita professionale nel nostro Paese, chiarezza finalmente è stata fatta.