Il danno da errata procedura concorsuale.

Di marco CATALANO

Giudice contabile e dottore commercialista

Con la sentenza in esame, nr. 374 del 2021 della III Sezione di appello, la Corte dei conti conferma gli approdi cui è giunta in tema di danno indiretto, nella specie di danno da errata applicazione di procedura concorsuale.

Il caso esaminato dal giudice di appello ha riguardato due fattispecie.

La prima ha esaminato da un lato, un incarico di collaborazione conferito *intuitu personae*, senza alcuna scelta comparativa; dall'altro un affidamento di incarico ai sensi dell'art. 110 del TUEL, concesso con decreto sindacale e previa delibera di giunta.

Secondo la decisione del giudice molisano, confermata dalla Sezione di appello, i conferimenti degli incarichi sono avvenuti in violazione di due presupposti fondamentali: effettuazione di compiti non rientranti nei fini istituzionali dall'ente; mancata verifica dell'assenza di professionalità interne.

Di poi il giudice di primo grado ha, in applicazione del comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge nr. 20 del 1994, scomputato dalle retribuzioni pagate l'utilità ricevuta dall'amministrazione, pari al 40% delle retribuzioni erogate; e, nell'esercizio del potere riduttivo, eliminato un altro 10% di importo pagato dall'ammontare del danno.

In relazione ai presupposti per il conferimento dell'incarico a soggetti esterni alla amministrazione (e in disparte quelli aventi ad oggetto affidamenti a legali per i quali gli approdi giurisprudenziali sono in parte diversi), appare utile ricordare e riprodurre il contenuto del fondamentale art. 7, comma 6, del dlgs nr. 165 del 2001

6. Fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis, per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

a) l'oggetto della prestazione 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;

b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;

c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata;

d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico.

Si tratta di quattro requisiti imprescindibili, che devono coesistere in maniera contemporanea al fine di conferire un incarico all'esterno, vigendo, altresì, il principio di *autoproduzione* della pubblica amministrazione.

Sia la Corte di Cassazione, che, in misura maggiore, la Corte dei conti in funzione giurisdizionale, hanno sempre affermato che la norma è espressione di un principio di carattere generale, derivante direttamente dall'imparzialità e buon andamento della amministrazione, e che si applica a tutti gli incarichi esterni da parte di tutte le amministrazioni.

Merita segnalare, comunque, il passaggio motivazionale in tema di prova della inesistenza di adeguate figure in servizio.

Poiché l'inesistenza di altri dipendenti idonei all'interno dell'ente è un elemento costitutivo dell'affidamento all'esterno, è onere del convenuto nel giudizio di responsabilità provare che, in concreto, non esistevano altre figure all'interno, circostanza desumibile da una serie di fattori, tutti da sottoporre ad un rigoroso vaglio da parte del giudice.

Ancora, merita condivisione il danno enucleato e accertato dal giudice contabile in relazione all'altra posta, relativa a somme per spese legali per un giudizio relativo ad una procedura concorsuale.

In sostanza il TAR del Molise aveva accolto il ricorso di un candidato ad un concorso pubblico che si doleva della ripetizione delle prove scritte da parte della commissione di concorso e della illegittimità della designazione di un membro della stessa.

Anche in questo caso il giudicato contabile si inserisce in un cospicuo filone giurisprudenziale in cui gli elementi decisivi, per radicare la responsabilità amministrativa sono costituiti dalla illegittimità del comportamento e dalla riconducibilità a pubblici dipendenti.

Non vi è dubbio che quanto stigmatizzato dal TAR Molise

in ogni caso è previsto sia dal comma 9 dell'art. 92 che dal comma 4 dell'art. 94 del Regolamento che la sostituzione di un membro non ha nessuna ripercussione sulle operazioni concorsuali già espletate

per cui nessuna ripetizione di prove si impone per evitare il rischio di un annullamento per illegittimità della composizione della Commissione giudicatrice.

è spia lampante di una violazione di legge tanto grave quanto inescusabile nei confronti di chi ha agito in tal senso.

Ed è indubitabile che tra la sentenza del TAR e l'esborso da parte dell'ente, il danno patrimoniale, vi è un nesso causale preciso ed univoco, poiché il detrimento deriva solo e solamente dalla illegittimità del comportamento censurato dai giudici amministrativi.

Il tema della illegittimità (questa volta nella scelta dei membri della commissione giudicatrice) è stato fatto proprio anche da un'altra sentenza della sezione Molise, la nr 161/2013 con la quale a seguito di un pronunciamento del giudice amministrativo, che aveva ritenuta illegittima la nomina di commissione per la presenza di soggetto non esperto, la aveva annullata condannando l'ente al risarcimento a favore del ricorrente innanzi al TAR, provocando un danno di più di € 1.000.000,00.

Insomma, dalla sentenza in commento emerge la conferma del condivisibile orientamento della Corte in base al quale non è più possibile il conferimento di incarichi esterni sulla base di una mera scelta o della sola volontà dell'organo politico; quanto piuttosto della necessità di una attenta valutazione ponderazione dei presupposti legittimanti.

Peraltro, anche il legislatore sembra osservare i principi suesposti laddove, nell'adottare atti legislativi che consentono la creazione di strutture interne agli enti, dispone che occorre una verifica preventiva interna.

E' il caso della legge n.150 del 7 giugno 2000 *"Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni"*

L'art. 9, comma 2, della citata legge, nel consentire la creazione di uffici stampa all'interno delle amministrazioni statuisce che

2. Gli uffici stampa sono costituiti da personale iscritto all'albo nazionale dei giornalisti. Tale dotazione di personale è costituita da dipendenti delle amministrazioni pubbliche, anche in posizione di comando o fuori ruolo, o da personale estraneo alla pubblica amministrazione in possesso dei titoli individuati dal regolamento di cui all'articolo 5, utilizzato con le modalità di cui all'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, nei limiti delle risorse disponibili nei bilanci di ciascuna amministrazione per le medesime finalità.

Resta da approfondire, per mera completezza espositiva, l'elemento soggettivo della colpa grave, necessaria per la imputazione di responsabilità amministrativa.

Nella fattispecie scrutinata dai giudici di appello, come analoghe situazioni, è stata innanzitutto esclusa la scriminante *politica* del comma 3 *ter* dell'art. 1 della legge nr. 20 del 1994. Ed invero, qualora in un medesimo atto amministrativo rientrano competenze di più soggetti, da un lato tecnici e dall'altro amministratori, i quali dimostrano di aver condiviso quanto esposto, non vi è alcuna elisione di responsabilità, avendo la parte politica fatto affidamento e condiviso quanto asserito dai proponenti.

Viceversa, in tema di elemento psicologico, la sentenza di appello effettua alcuni distinguo. La Sezione ha individuato tre *centri di controllo*, ovvero il segretario, l'assessore e il responsabile del servizio ragioneria.

Tutti i predetti danno atto, nel corpo della delibera giuntale, del rispetto dei presupposti di legge, circostanza sulla quale hanno fatto legittimo affidamento gli altri assessori presenti alla delibera di giunta di autorizzazione al sindaco a nominare un soggetto ex art. 110 del TUEL.

L'affidamento riposto in buona fede dagli altri assessori presenti consente di connotare il loro comportamento come non caratterizzato dalla colpa grave necessaria per configurare la responsabilità amministrativa.

Si tratta di un passo motivazionale della sentenza nr. 374 del 2021 che non solo è pienamente condivisibile, ma che deve spingere gli inquirenti alla ricerca di una effettiva consapevolezza della illegittimità dell'atto da parte di coloro che vi intervengono e lo adottano.