

Publicato il 11/12/2017
N. 01289/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00964/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 964 del 2012, proposto da:
Camera Amministrativa Distrettuale degli Avvocati X, in persona del legale rappresentante p.t., F. M., G. M., A. F., A. A., F. C. I., A. M., E. T., rappresentati e difesi dall'avvocato Giacomo Valla, con domicilio eletto presso il suo studio, in Bari, via Q. Sella, n.36;
contro

Comune di Y, non costituito in giudizio;
per l'annullamento

- dell'avviso pubblico del 7 maggio 2012 per la formazione di un elenco di avvocati cui attingere per l'affidamento d'incarichi legali;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, compreso l'elenco eventualmente formato in applicazione del predetto avviso pubblico, con specifico riferimento al settore concernente il "diritto amministrativo";

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2017 la dott.ssa Maria Colagrande;

Uditi per i ricorrenti l'avv. Giacomo Valla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Camera Amministrativa distrettuale e gli altri ricorrenti -in proprio e quali membri degli organi della Camera Amministrativa- impugnano l'avviso pubblico con il quale il comune di Y ha indetto

una procedura per la formazione di un elenco di avvocati o associazioni di avvocati, in sezioni distinte per discipline (diritto amministrativo, civile, penale, tributario, del lavoro) cui attingere per l'affidamento di incarichi professionali.

L'adesione al bando deve contenere le dichiarazioni dell'aspirante sui requisiti generali e un curriculum sulle esperienze professionali acquisite e la partecipazione a corsi professionali, stages a convegni nelle materie inerenti al settore per il quale è richiesta l'iscrizione.

L'avviso stabilisce che "ogni singolo incarico legale verrà conferito, sentito il parere del dirigente del settore interessato circa la necessità di costituire il Comune di giudizio, con procedura concorrenziale, con riferimento e limitatamente al preventivo presentato dal professionista interpellato che comunque dovrà tener conto dell'adeguatezza del compenso professionale all'importanza dell'attività e al decorso della professione in linea con il principio di adeguatezza e proporzionalità, mediante interpello di cinque avvocati individuati nella relativa sezione di competenza, con il criterio della rotazione e previo scorrimento sistematico in ordine alfabetico".

I ricorrenti deducono violazione dell'art. 97 della Costituzione e falsa applicazione del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006—violazione dell'art. 2222 e seguenti del codice civile—eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti—irrazionalità manifesta.

La procedura indetta dal comune di Y, poiché prevede l'affidamento di specifici incarichi, non sarebbe riconducibile all'appalto di servizi legali disciplinato dal codice dei contratti pubblici vigente *ratione temporis*.

In ogni caso, il criterio selettivo individuato nel preventivo presentato dal professionista sarebbe in contrasto con la natura fiduciaria dell'incarico e contrario anche all'interesse della pubblica amministrazione di dotarsi di servizi di qualità, né tale criterio potrebbe dirsi temperato dal riferimento alla complessità e difficoltà dei problemi tecnici implicati nel singolo affare, la cui valutazione richiede competenze professionali delle quali il Comune, proprio perché ha bisogno di affidarsi all'opera di professionisti, evidentemente non dispone; vaghi e inutilizzabili, come correttivo al criterio del prezzo più basso, sarebbero poi i riferimenti all'adeguatezza del compenso offerto all'importanza dell'attività e al decoro professionale; altrettanto generici e non oggettivi sarebbero infine i criteri individuati nell'avviso per l'iscrizione dei professionisti in uno o più settori dell'elenco dal quale attingere per il conferimento degli incarichi.

All'udienza del 17 ottobre 2017 il Collegio ha trattenuto il ricorso in decisione.

1. Sussistono la legittimazione e l'interesse ad agire dei ricorrenti.

1.1. Sotto il primo profilo la Camera amministrativa e i suoi organi hanno titolo ad impugnare l'avviso pubblico in epigrafe in quanto portatori degli interessi coinvolti nell'affidamento di incarichi professionali sulla base della maggiore specializzazione settoriale degli avvocati che aspirano ad essere iscritti alla sezione degli avvocati amministrativisti.

1.2. Sotto il secondo profilo sussiste l'interesse ad impugnare l'avviso pubblico in quanto gli elenchi eventualmente formati, seppure venuti a scadenza nelle more del giudizio dopo dodici mesi dalla formazione, sono soggetti ad aggiornamento e rinnovo che postulano per loro natura la conservazione, in qualche misura, degli effetti della prima iscrizione.

2. Nel merito ha rilievo il fatto che la procedura oggetto di avviso pubblico ha ad oggetto singoli incarichi di difesa in giudizio.

2.1.- Ciò stante, non è soggetta alla disciplina del codice dei contratti pubblici vigente *ratione temporis* distinguendosi dai servizi legali di cui all'allegato II B sub 21 del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006, il cui affidamento segue le regole prescritte dagli articoli 20 e 21 dello stesso decreto legislativo.

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza ritiene infatti che il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali, ma integra un contratto d'opera intellettuale incompatibile con la specifica disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica e con la stessa procedura dettata per i contratti esclusi dall'art. 27 del d.lgs. n. 163/2006, in ragione del fatto che l'assunzione della difesa di parte in sede processuale è caratterizzata dall'aleatorietà del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali delle prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari secondo la disciplina recata dal codice dei contratti pubblici.

2.2.- Cionondimeno, venendo in rilievo atti di disposizione di risorse pubbliche, l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non essendo soggetta all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, deve essere condotta nel rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da soddisfare (in termini Consiglio di Stato 2730/2012; TAR Reggio Calabria n. 38/2016, contra, fra le altre, T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 20 luglio 2011, n. 604).

La necessità di controllo dell'azione amministrativa, insita nel richiamo ai predetti principi, e la natura fiduciaria, tendenzialmente insindacabile, dell'incarico di assistenza e rappresentanza legale trovano sintesi nel disposto dell'art. 7 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, specificamente dettato per attività di prestazione d'opera di cui si riporta uno stralcio, per quanto di interesse: "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:

[.]

d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione.

Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione [di natura occasionale o coordinata e continuativa] per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi [.]

Il riferimento alla specializzazione dell'esperto, che deve essere comprovata e non solo supposta sulla base dell'appartenenza ad una categoria professionale o del possesso di un titolo di studio, dà conto dell'esigenza di una puntuale motivazione delle ragioni concrete che inducono l'Amministrazione conferente a scegliere la collaborazione di uno fra più esperti perché ritenuto maggiormente affidabile in relazione alla durata e all'oggetto e compenso della collaborazione.

Si tratta, come è evidente, di una procedura selettiva assimilabile a quella prescritta dall'art. 97 della Costituzione per l'accesso ai pubblici impieghi, che richiede una selezione sulla base di criteri predeterminati, oggettivi e "ripetibili" in sede di controllo dell'iter motivazionale.

Nel caso in decisione, tuttavia, appare evidente che i criteri individuati dal bando presentino una tale genericità da rendere plausibile il rilievo che—di fatto— la selezione sarebbe fondata sull'individuazione dell'offerta più bassa; ciò è chiaramente in contrasto con la tutela dell'interesse pubblico che la predeterminazioni di criteri certi ed obiettivi si proporrebbe di tutelare.

Ed invero, la richiesta specializzazione degli avvocati appare solo un criterio di orientamento dell'iscrizione nelle sezioni distinte per materie, mentre l'incarico verrebbe conferito sulla base del compenso richiesto, rispetto al quale il temperamento dell'adeguatezza all'importanza dell'attività e al decoro della professione appare irrimediabilmente generico. L'avviso non specifica infatti quali sono, ai fini del controllo di adeguatezza del compenso, i criteri di misurazione dell'importanza dell'attività e il limite superato il quale un compenso potrebbe essere giudicato non rispettoso del decoro della professione; con l'effetto che l'unico giudizio del Comune suscettibile di un sindacato di legittimità, sarebbe quello che, stante il principio di economicità, lo obbligherebbe a scegliere l'offerta al prezzo più basso in contrasto con la natura fiduciaria dell'incarico e i parametri indicati dall'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001.

Anche i criteri fissati per l'iscrizione degli avvocati negli elenchi di settore, dai quali si sarebbe dovuto attingere per il conferimento degli incarichi pertinenti per materia, appaiono generici. Stabilire che l'iscrizione è determinata dalle specifiche competenze professionali acquisite con riguardo alle esperienze professionali maturate o alla partecipazione a corsi professionali, stages e convegni su materie inerenti alla sezione per la quale è chiesta l'iscrizione, non soddisfa il requisito di oggettività dei criteri che devono presiedere alle selezioni pubbliche.

È noto infatti che le materie inerenti al diritto civile vengono in rilievo in tutti i contenziosi, non solo quelli davanti all'autorità giudiziaria ordinaria e altrettanto può dirsi per le altre discipline giuridiche che identificano le sezioni dell'elenco dal quale attingere per il conferimento degli incarichi; sicché il criterio dell'esperienza professionale maturata, proprio perché non è univoco in astratto, potrebbe - in concreto - favorire scelte arbitrarie.

Le stesse considerazioni valgono per la partecipazione a convegni che, sovente, hanno contenuto multidisciplinare.

3.- Devono pertanto essere accolte le censure di falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006, di violazione dell'art. 97 della Costituzione (del quale l'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 costituisce attuazione) e di eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento.

Conseguentemente il ricorso, assorbite le questioni non trattate, deve essere accolto.

Le spese possono essere compensate registrandosi in materia orientamenti non univoci della giurisprudenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate

Contributo unificato rifuso.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giacinta Serlenga, Presidente FF

Flavia Riso, Referendario

Maria Colagrande, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Colagrande

IL PRESIDENTE
Giacinta Serlenga

IL SEGRETARIO

CASSAZIONE.net