

Il presidente

LETTERA CIRCOLARE AGLI ASSOCIATI N. 1-2017

Oggetto: Mandati difensivi delle pubbliche amministrazioni

PREMESSA (abstract)

Va diffondendosi, stimolata da erronee interpretazioni ed improprie sollecitazioni, la convinzione che le amministrazioni pubbliche, allorché intendano conferire un incarico di difesa in giudizio o di consulenza/assistenza specialistica, a differenza di ogni altro ente soggetto debbano procedere alla scelta dell'avvocato mediante previo espletamento di una procedura selettiva di pubblica evidenza e non possano procedere ad affidare l'incarico professionale sulla base di autonome, legittime e congrue motivazioni.

Siffatta tesi, che prende corpo a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016 (nuovo codice dei contratti pubblici), deve ritenersi priva di alcun fondamento giuridico, anzi in contrasto con la direttiva europea n. 24/2014 (v. considerando n. 25), di cui la riforma del codice dovrebbe costituire coerente attuazione.

L'obbligo di previa "gara" per l'attribuzione dell'incarico di difesa in giudizio, così come per l'attribuzione dell'incarico di consulenza o di assistenza specialistica sul singolo affare, non è affatto imposto dall'ordinamento (europeo, nazionale o professionale) e la prestazione dell'avvocato ben può essere richiesta dalle pubbliche amministrazioni (al pari di ogni altro

soggetto) in ragione dell'imprescindibile natura fiduciaria che caratterizza il rapporto tra l'avvocato ed il cliente rappresentato e difeso.

Ovviamente non è certo vietato alle pubbliche amministrazioni di pervenire alla scelta dell'avvocato previo espletamento di procedura di pubblica evidenza, anche meramente esplorativa, qualora questa modalità sia dall'amministrazione ritenuta opportuna, in relazione all'oggetto della controversia giudiziale o della prestazione stragiudiziale richiesta.

Resta in ogni caso doveroso e determinante riconoscere che le pubbliche amministrazioni ben possono procedere al conferimento dell'incarico nel modo ritenuto più confacente al perseguimento del concreto interesse dell'ente, assolvendo il solo onere (artt. 1 e 3 L. n. 241/1990) di esplicitare le ragioni che motivano la scelta del professionista incaricato.

IL DATO NORMATIVO E LA CORRETTA INTERPRETAZIONE

2

1. Come sopra anticipato, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016 si va diffondendo la tesi secondo cui anche per l'affidamento degli incarichi legali di natura giudiziale o ad essa assimilabili (per assistenza legale fornita in preparazione di attività giudiziale o comunque resa su questioni che hanno probabilità di essere poi fatte oggetto di giudizio), essendo gli stessi testualmente ricompresi nell'articolo 17, co. 1, lett. d) del predetto decreto e quindi tra gli appalti esclusi, dovrebbero essere applicati i principi generali relativi all'affidamento di contratti pubblici; il tutto in forza del tenore letterale della previsione di cui all'art. 4 del medesimo codice.

Rammentato che gli incarichi legali erano tutti in precedenza compresi nell'allegato II B del previgente codice dei contratti ed assoggettati ai principi dell'art. 27 del medesimo senza specificazione alcuna, la predetta tesi non è affatto in grado di superare la prevalente interpretazione (formatasi per pronunciamenti concordi sia del giudice amministrativo che contabile in vigenza del precedente codice) secondo cui l'attribuzione di singoli mandati di natura giudiziale non sottrae la prestazione, caratterizzata dall'imprescindibile carattere

fiduciario del rapporto, dal campo della prestazione d'opera intellettuale per assimilarla al concetto di servizio (cui è riconducibile solo l'attribuzione di incarichi più strutturati e di natura continuativa).

La predetta tesi postula invece la necessità di 'mini gare' per l'affidamento di incarichi difensivi agli avvocati, oltretutto per lo più indette con il criterio del massimo ribasso (come da preoccupante incrementarsi di casi locali segnalati dalle Camere che compongono UNA): ciò che conduce a conseguenze applicative che, prima ancora che *contra legem*, risultano squalificanti per il professionista oltre che lesive degli stessi interessi pubblici che pure si vorrebbero in tal modo tutelare.

2. A fronte di ciò UNA ritiene di dover prendere una chiara e netta posizione per richiamare l'attenzione sugli elementi sistematico-interpretativi necessari per una lettura delle nuove norme che sia fedele alla direttiva recepita ed, in ogni caso, per indicare linee di indirizzo operativo la cui inosservanza determinerebbe lo svilimento della funzione legale ed il mancato perseguimento degli effettivi interessi pubblici in gioco.

3. Sul piano dell'interpretazione delle norme, in conformità alla mozione approvata all'unanimità nell'Assemblea nazionale di Genova in data 2 luglio 2016, si rileva in primo luogo come la tesi secondo cui si dovrebbe dare corso a gare, per quanto semplificate, o, se sotto soglia, a provvedimento di affidamento diretto "*adeguatamente motivato*" ai sensi dell'art. 36 del D.Lgs. 50/2016, non tiene conto che le argomentazioni ermeneutiche sulla scorta delle quali la previsione di cui al citato art. 27 del codice precedente è stata correttamente interpretata (in particolare da Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730), sono tuttora e con più forza riproponibili anche in relazione all'art. 4 del nuovo codice, dal momento che l'interpretazione precedente, resasi necessaria per l'assenza di ulteriori specificazioni in relazione alla generica ed unitaria dicitura pregressa "*servizi legali*", si impone oggi a seguito del

recepimento fedele nell'ordinamento interno delle espresse e coerenti specificazioni introdotte con la direttiva 2014/24/UE.

Come in precedenza correttamente rilevato in sede applicativa, ogni interpretazione va condotta (come appunto fatto dal Consiglio di Stato nella pronuncia sopra citata) muovendo dall'analisi della fonte comunitaria recepita, per cui nel caso - al di là dei considerando della direttiva 2014/24/UE relativi ai c.d. settori esclusi (di cui peraltro scompare la precedente differenziazione, come da tab. XIV delle direttiva 2014/14/UE) n. 6, 28, 113 e 114 - rileva in particolare il considerando n. 25 ove espressamente si chiarisce la scelta di escludere *“dall'ambito di applicazione della presente direttiva”*, oltre ai servizi prestati dai notai o quelli connessi all'esercizio di pubblici poteri, quelli che *“comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari”*.

Il tutto con la conseguenza che non può certo ricavarsi dalla fonte di recepimento nazionale ciò che la fonte comunitaria esplicita all'opposto.

In tal senso, l'allegato IX dell'attuale codice dei contratti, allorchè prevede *“i servizi legali nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, co. 1, lett. d)”*, non fa altro che richiamare l'esatto contenuto dell'art. 10 della direttiva 24 e nel fare ciò, recependo appunto la medesima, intende fare chiarezza nell'affidamento dei servizi legali, prevedendo espressamente che la disciplina dettata non si applica neppure in modo parziale ai servizi ricompresi nell'allegato, essendo appunto esclusi dalla direttiva stessa.

In altre parole, in ragione di quanto ricordato e ricostruito, insanabilmente illogica è la semplicistica ed acritica lettura sopra richiamata degli art. 17 e 4 dell'attuale codice: se si era prima ipotizzato – erroneamente - che l'affidamento di servizi relativi al giudiziale rientrasse nel novero degli appalti perché non si era in presenza di alcuna specificazione ulteriore, ora che le specificazioni sono state introdotte in sede comunitaria, e quindi nel codice, non possono certo essere vanificate per trarne conferma all'errore precedente.

Del resto, la legge delega e lo stesso parere reso del Consiglio di Stato non hanno minimamente toccato il punto, per cui non si può sostenere che siano intervenute significative innovazioni in sede di recepimento.

La tesi quivi avversata contrasta peraltro anche con il dato testuale costituito dal richiamo operato nell'art. 4 ai “*contratti pubblici*”, la cui definizione (contenuta al precedente art. 3, comma 1 lett. dd), corrispondendo ai “*contratti di appalto o di concessione*”, in ogni caso non è certo applicabile al mandato difensivo, in ragione della nota e ben diversa natura giuridica dei diversi istituti di cui, rispettivamente, agli art. 1655 e 2230 c.c..

4. Richiamato che - come ricordato - nell'Assemblea nazionale del luglio 2016 già impegnava il proprio Consiglio direttivo “*a sostenere in ogni sede che l'affidamento degli incarichi legali giudiziari e connessi da parte degli enti pubblici non necessita di procedura di gara alcuna potendosi assegnare direttamente su base fiduciaria, con idonea motivazione, precisando che non è necessario quindi fare leva sulla previsione dell'art. 36 del codice*”, UNA ribadisce dunque che non è assolutamente legittimo affermare che si debba procedere per obbligo di legge all'indizione di c.d. “mini gare” o comunque a procedure affievolite per l'attribuzione degli incarichi difensivi di natura giudiziale ed affini.

Ciò preliminarmente affermato, l'Unione ritiene di dover in ogni caso, nella denegata evenienza che singole amministrazioni operino egualmente con procedure di evidenza pubblica, pervenire alle seguenti ferme conclusioni:

- ove si dia corso a gare, palesemente illegittima risulta l'esclusiva applicazione del criterio del massimo ribasso, che non solo contrasta con le fonti che disciplinano il corretto esercizio del mandato difensivo e più in generale con la disciplina dell'ordinamento forense (L. 247/2012 e connesse fonti applicative), non solo ingenera evidenti danni alla qualità della stessa tutela che si vuole affidare, ma, in ogni caso, contrasta con la stessa disciplina di definizione dei valori dell'attività professionale, per la quale non necessita ‘inventare’ alcunché atteso che il riferimento certo di legge è pacificamente costituito dal c.d. “DM parametri” 10 marzo 2014, n. 55; il tutto, peraltro, con la conseguenza che nessuna responsabilità può sussistere in capo a

chi attribuisca incarichi che abbiano come riferimento per la definizione dei relativi compensi tale disciplina (del resto utilizzata, né può essere altrimenti, dai giudicanti in sede di liquidazione giudiziale delle spese legali);

- ancor più illegittime risultano forme di predefinizione di elenchi temporalmente limitati o chiusi e simili che, esse sì, potrebbero frustare la libertà di concorrenza che a parole si vorrebbe garantire nell'introdurre le gare ove viceversa non richiesto affatto dalla normativa. Superfluo sottolineare al riguardo come gli elenchi di legge esistano e siano individuabili nell'albo e negli elenchi (peraltro assai articolati e comprensivi anche ed in prospettiva dell'istituendo elenco degli avvocati specialisti della materia) di cui all'art. 15 della già citata L. 247/2012; albi ed elenchi gestiti dagli Ordini territorialmente competenti e comunque oggi confluenti nell'elenco nazionale di competenza CNF.

Si evidenzia infine al riguardo che l'art. 4 del D.Lgs. 50/2016 non contiene la previsione, di cui all'art. 27 del vecchio codice, secondo cui era espressamente previsto il previo invito ad almeno cinque concorrenti, per cui anche a voler accedere all'interpretazione quivi avversata, al fine del ritenuto rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità di cui all'art. 4 ben potrebbe bastare l'acquisizione del curriculum del legale e del relativo preventivo.

5. Si invita infine ogni Camera ed ogni iscritto a vigilare a livello locale per la corretta interpretazione e comunque per la concreta affermazione delle conclusioni sopra indicate e se del caso a valutare l'attivazione delle più opportune tutele, anche in sede giudiziale, finalizzate al ripristino della legalità violata.

Approvata dal Consiglio Direttivo UNA in data 19 gennaio 2017

Avv. Umberto Fantigrossi

