
SOSPENSIVE

CASI DI PROCESSO CAUTELARE AMMINISTRATIVO

SI SEGNALANO

**Ordinanze cautelari su incarichi di
difesa legale di enti pubblici**

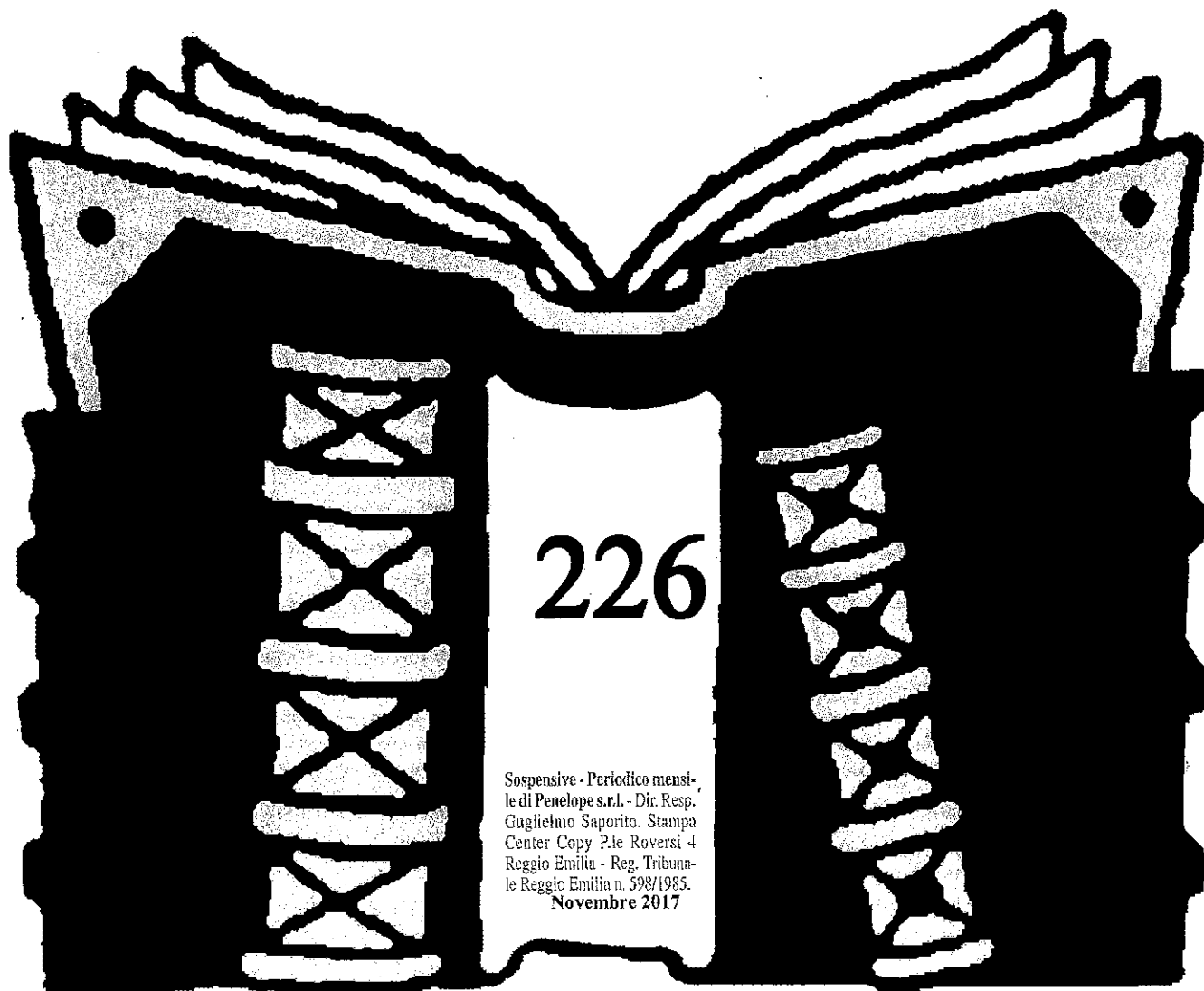
(Consiglio di Stato, C.Si., TAR Roma,
Milano, Brescia, Lecce, Palermo)

**Convegno “Gli incarichi legali conferiti
dalle pubbliche amministrazioni”**

– Roma 25 ottobre 2017

Interventi e relazioni di

Michele Salazar, Enrico Follieri, Vito Vannucci, Pierluigi Mantini,
Umberto Fantigrossi, Filippo Lubrano, Francesco Bello



Sospensive - Periodico mensile di Penelope s.r.l. - Dir. Resp. Guglielmo Saporito. Stampa Center Copy P.le Roversi 4 Reggio Emilia - Reg. Tribunale Reggio Emilia n. 598/1985.
Novembre 2017

applicazione rappresenta una novità e vi è il rischio che la rotazione sia distorta, generando un ingiusto affidamento a rotazione di incarichi aventi un valore diverso.

Con l'obbligo di consultazione si creerà, per forza di cose, una forma di gara anche sul prezzo dell'offerta. Una volta accertati i requisiti, infatti, è probabile che il confronto avvenga poi sulle modalità esecutive della prestazione, quali il tempo di esecuzione del servizio, le persone addette all'esecuzione dell'incarico e, logicamente, il prezzo offerto. Al riguardo, ritengo scontato che si debbano tenere fermi i parametri del DM 55/14.

Discorso a parte va fatto, invece, per l'affidamento degli incarichi legali aventi un valore al di sopra dei 750 mila euro. In questi casi, vi è una gara vera e propria, preceduta da un bando che fissa il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguito dalla valutazione comparativa delle offerte affidata ad una commissione di gara.

In conclusione, occorre comprendere come quello che stiamo vivendo sia il momento della chiarezza e sono certo che in tal senso il Consiglio nazionale forense sarà in grado di dare il suo contributo.

* * *

avv. Umberto Fantigrossi

Presidente dell'Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti

Pubbliche amministrazioni ed incarichi legali

Esprimo la soddisfazione dell'Associazione degli avvocati amministrativisti per un particolare passaggio del parere consultivo reso dal Consiglio di Stato (Comm.Spec. 14.9.2017 n. 2109), che va a vantaggio, ritengo, dell'intera Avvocatura e non solo di chi opera nel settore amministrativo. L'attività degli avvocati amministrativisti rientra, infatti, in quei "servizi legali" che sono connessi "anche occasionalmente" con l'esercizio dei pubblici poteri e, pertanto, risulta esclusa dalle procedure di evidenza pubblica ai sensi dell'art 17 del

codice dei contratti pubblici: è chiaro che un'impugnazione davanti al TAR comporti una difesa che riguarda, più che "occasionalmente" l'esercizio del pubblico potere.

D'altra parte, già solo la pubblicazione del documento da parte di ANAC, insieme ad alcune pronunce della Corte dei conti, ha indotto le amministrazioni ad adottare prassi cautelative.

Vorrei quindi richiamare l'attenzione di tutta l'Avvocatura su questa battaglia, che non è settoriale, perché è soprattutto una battaglia contro lo smantellamento del nostro ordinamento dell'ordinamento forense. La nostra legge professionale parla di un ordinamento forense che, stante la specificità (art. 1 co. 2 L. 247/2012) della funzione difensiva, e in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta:

a) regola l'organizzazione e l'esercizio della professione di avvocato e, nell'interesse pubblico assicura la idoneità professionale degli iscritti onde garantire la tutela degli interessi individuali e collettivi sui quali essa incide; b) garantisce l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti; c) tutela l'affidamento della collettività e della clientela prescrivendo l'obbligo della correttezza dei comportamenti e la cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale; d) favorisce l'ingresso alla professione di avvocato e l'accesso alla stessa, in particolare alle giovani generazioni con criteri di valorizzazione del merito.

Dalla lettera della legge emerge quindi l'autonomia del nostro ordinamento, sicché c'è da chiedersi come possa l'ANAC predisporre delle linee guida disciplinando un settore riservato alla competenza di altro soggetto, c'è da chiedersi come mai ANAC intervenga, seppure con l'ambigua modalità della "soft law", senza ledere l'autonomia di tale ordinamento.

Quella che dobbiamo combattere è, dunque, la battaglia per l'autonomia del nostro ordinamento nazionale. E' una battaglia che interessa obiettivi di rilievo costituzionale, atteso il carattere pubblicistico del nostro ordinamento, che persegue interessi di tipo generale. Anche le nostre associazioni del resto non sono rappresentative di categoria, ma dell'avvocatura nel suo complesso.

Tra gli obiettivi costituzionali vi è il diritto alla

difesa, sancito dall'art. 24 della Costituzione, che, a mio avviso, comporta a sua volta il diritto, per la parte processuale, di scegliersi liberamente l'avvocato. Libertà di scelta che riguarda non solo, le persone fisiche, ma anche quelle giuridiche. Se il Comune è rappresentato dalla persona del sindaco, che ha ricevuto un mandato elettorale, in caso di controversia riguardante l'ente locale, è lo stesso sindaco che può e deve affidare l'incarico di difesa. La competenza non spetta, infatti, al dirigente: già Sez.Un. 186/2001 supera infatti l'orientamento secondo il quale i mandati difensivi sarebbero stati di competenza del dirigente. Infatti, l'affidamento dell'incarico difensivo esprime una libertà costituzionale dell'ente locale, che non può essere limitata da una procedura burocratica di scelta del legale.

Questa battaglia verte anche sull'art. 97 della Costituzione: come ha detto Enrico Follieri, ci sono norme che si riportano all'art. 97, ma con diversi percorsi. Nell'affidamento degli incarichi legali, l'art. 97 Cost. va invocato più che in funzione della tutela dell'economicità dell'azione amministrativa, per la tutela della qualità della prestazione dell'amministrazione, che opera, si atteggia come un privato. La P.A. deve in altri termini, essere libera di scegliere quello che reputi essere l'avvocato in grado di meglio curare le proprie esigenze difensive, indipendentemente da valutazioni sul prezzo. Oggi per molte pubbliche amministrazioni cioè che conta e' solo il prezzo dell'offerta. Nell'ipotesi di una procedura alla quale partecipino cinque professionisti, la pubblica amministrazione, più che in base ad una valutazione comparativa dei curricula, che sarebbe complessa, è portata a scegliere in base al prezzo.

E' noto che le offerte contengono prezzi molto più contenuti del normale: in questo caso, mi chiedo dove sia il buon andamento della pubblica amministrazione. Come vi sia garanzia di qualità. Ai prezzi per i quali si è costretti a lavorare, si corre il rischio che l'avvocato, per quanto bravo, per quanto scrupoloso, non faccia tutto quello che deve fare per difendere l'amministrazione. E' infatti ragionevole credere che il professionista si faccia sostituire in udienza, non faccia la trasferta, faccia la memoria in quattro righe.

Se così stanno le cose, allora anche l'art 97 Cost è in discussione. Ma un richiamo va fatto anche all'art 36 Cost., perché l'avvocato, che pure è un

lavoratore come gli altri, deve avere diritto ad un compenso equo e giusto. Già l'art. 2233 cod. civ. parla di importanza dell'opera e di dignità della professione. Su questi presupposti che richiamano la Costituzione, quindi, stiamo portando avanti una rivendicazione che è una battaglia costituzionale, non una contesa di retroguardia. Occorre capire che è in gioco l'autonomia della professione, la sua specificità, il suo ordinamento. Questa battaglia ha anche un diverso fronte, evidente a livello di disegno legislativo, teso a consentire l'ingresso in questo mercato di operatori che oggi non sono ancora presenti o lo sono solo in modo parziale: mi riferisco alle imprese di credito, che, per effetto della legge sulla concorrenza appena approvata (L. 124/2017), possono entrare nel mercato dei servizi legali attraverso moduli societari.

Quando nessun avvocato potrà più tenere aperto il proprio studio, saranno queste strutture a svolgere il lavoro, perché faranno della quantità il loro punto di forza. In conclusione, va combattuto l'affidamento degli incarichi legali mediante procedura comparativa secondo il criterio del massimo ribasso, perché è una logica che noi amministrativisti, anche se non immediatamente interessati (come innanzi detto, infatti, i nostri incarichi sono quasi sempre collegati all'esercizio di un pubblico potere), non possiamo non vedere, non capire e non combattere.

A Pierluigi Mantini, che ricorda come l'Europa ci imponga la concorrenza e che quindi la concorrenza sia regolata, rispondo che, se si parla genericamente di concorrenza, il funzionario pubblico reagirà richiedendo sempre e comunque i cinque preventivi imposti per l'affidamento dei servizi non esclusi con valore superiore a 40 mila euro. Il risultato è la svendita dell'incarico.

Il funzionario amministrativo che legge la normativa e le linee guida di ANAC (sulle quali si è espresso interlocutoriamente il Consiglio di Stato), difficilmente avrà capito che si tratta di un documento istruttorio: sicché è evidente che il contenuto delle stesse linee guida sarà, acriticamente posto a base delle delibere di affidamento d'incarichi.

In tale situazione, è interesse dell'Avvocatura creare una piattaforma, al fine di distinguere questo tipo di prestazioni agli appalti: escludendo che si tratti di contratti di appalto, perché prestazioni d'opera intellettuale, si escludono

anche i principi di derivazione comunitaria che regolano l'appalto e cioè l'imposizione, in nome della concorrenza, di chiedere cinque preventivi.

Aggiungo altresì che a mio parere neppure può applicarsi l'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, che parla di affidamento di "contratti pubblici". Secondo l'articolo 3, che contiene la definizione dei contratti pubblici, sono tali soltanto i contratti di appalto o di concessione. Più volte ho avuto un confronto con il presidente dell'Autorità anti corruzione Raffaele Cantone, al quale ho fatto presente che il dato normativo esclude chiaramente i contratti di affidamento di servizi legali; contratti che poi vengono inclusi nelle procedure di evidenza pubblica solo per alcune prassi amministrative. Tali prassi sono frutto di interpretazioni creative, in contrasto con le norme comunitarie, perché producono un risultato opposto rispetto all'obiettivo comunitario, che intende escludere questi incarichi dagli appalti.

Vi sono infine altri due aspetti rilevanti sul tema: le specializzazioni e i parametri. Occorre aiutare le amministrazioni a selezionare avvocati specializzati, sulla base di elenchi formati dagli ordini di appartenenza. Occorre costruire un percorso di formazione ufficiale, che valga anche all'esterno, nei confronti dei soggetti pubblici; un percorso presidiato dal Consiglio nazionale forense e da associazioni rappresentative della specialità. La specializzazione è l'unica misura in grado di assicurare le finalità dell'art 97 Cost., perché è l'unica a garantire la qualità.

Poi va affrontato il problema dell'equo compenso, che sarebbe facilmente risolvibile se si imponesse alla pubblica amministrazione il rispetto, nei compensi, dei parametri fissati dal DM 55/2014. Ciò escluderebbe in radice la possibilità che si formi una gara sui prezzi. Una volta applicati i parametri del D.M., la procedura comparativa verterebbe su altri aspetti, come sui curricula o, appunto, sulla specializzazione.

* * *

Prof avv. Filippo Lubrano

Presidente della Società Italiana Avvocati Amministrativisti

Informazioni sul livello della complessità

dell'incarico e sulla prevedibile misura del compenso

Quando, un mese fa, Michele Salazar mi ha invitato a questo convegno sugli incarichi alle pubbliche amministrazioni, ho accettato volentieri affidandomi all'esperienza, per poi interrogarmi sull'utilità di approfondire il tema specifico dell'informazione sul livello della complessità dell'incarico e sulla prevedibile misura del compenso.

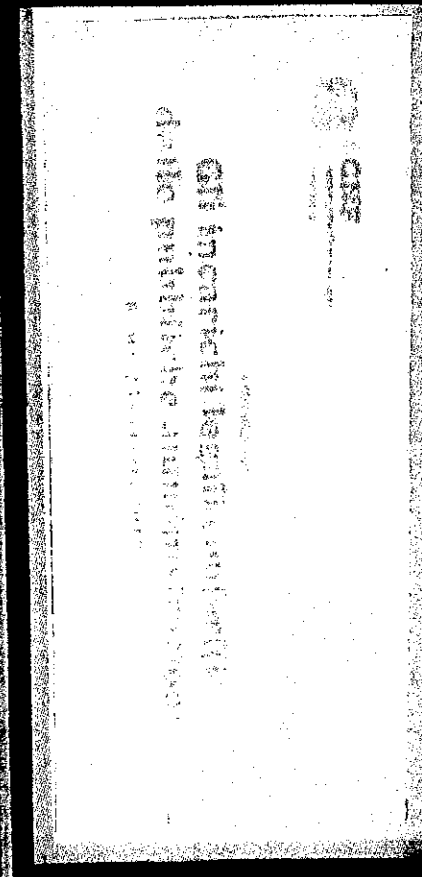
Le perplessità derivano dalla presenza degli artt. 24, 27 e 37 del codice deontologico, che pongono criteri validi anche per gli incarichi della pubblica amministrazione. Anche per la prevedibile misura del compenso, siamo arrivati al preventivo obbligatorio e chiaramente il preventivo è obbligatorio anche per la pubblica amministrazione. Ricordo gli incarichi affidati negli anni '60 al prof. Giuseppe Guarino dalla Giunta provinciale di Bolzano, che impugnava qualsiasi atto qualsiasi atto che appariva potesse ledere le competenze costituzionali della Provincia autonoma. In definitiva, erano dei ricorsi che si inquadravano in un percorso seriale, perché intendevano affermare un certo principio. Altra esperienza di quel periodo riguarda il governatore della Banca d'Italia Guido Carli e lo stesso prof. Guarino: non c'era nemmeno un rapporto di consulenza, tant'è vero che quest'ultimo veniva chiamato apparentemente come amico, come collega o altro, salva poi la retribuzione alla fine dell'anno.

Personalmente, ho curato per decenni i problemi del Consiglio nazionale dei geometri, del quale avevo acquisito la fiducia, così come di amministratori di Comuni, legati a me sia che fossero di "destra" sia che fossero di altra estrazione.

Nella nostra professione conta il legame di fiducia che si determina fra cliente e professionista. Certe volte questo rapporto di fiducia nasce anche in un modo strano, per esempio il prof. Guarino andava molto orgoglioso del fatto che i clienti dell'avversario poi erano diventati clienti suoi, perché l'avevano professionalmente apprezzato. Lo stesso rilievo dell'intuitus personae si rinviene in quella sentenza del Consiglio di Stato che è stata richiamata (n. 2730/2012 Pres. Branca - Est.

GUARDA IL VIDEO

GLI INCARICHI LEGALI CONFERITI DALLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI



ALTRI VIDEO

▶ 17:22 / 3:00:29

YouTube



Scopri qui tutti i nostri servizi

