Frequente è la prospettazione di "incarichi per consulenza legale" in amministrazioni locali, specialmente da parte di agenzie per la pubblica amministrazione. Talora si prospetta l'assunzione tramite concorso, di personale a tempo determinato e indeterminato, part time e full time. Altre volte si prospetta un incarico esterno,che però potrebbe esser censurato dalla Corte dei Conti stante la esistenza, nell'ente, di un servizio legale pur se insufficiente. Sulla correlata tematica della individuazione di un consulente legale o incaricato della difesa in giudizio dell'ente pubblico è intervenuta interessante sentenza del T.A.R. Puglia, II Sez. Lecce, n. 5023 del 25/10/2006. Tale sentenza ha innanzitutto ritenuto che le controversie sul conferimento di incarichi di consulenza legale e difesa in giudizio ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo; ha poi approfondito la questione della natura degli affidamenti di tali incarichi, aderendo alla tesi che li configura come appalti pubblici di servizi. Il T.A.R. Puglia ha affermato la propria giurisdizione rilevando che l'amministrazione aveva attuato, nella fattispecie al suo esame, un procedimento per la scelta del contraente <<assimilabile certamente a una gara d'appalto>>. Conciò ha mostrato di aderire alla tesi per cui l'affidamento di consulenza e incarico di difesa in giudizio da parte di enti pubblici rientrano tra i "servizi legali" di cui all'allegato II B del D.Lgs. 163/2006, dovendosi quindi applicare le disposizioni di quel D.Lgs. nei limiti dell'art. 20. A sostegno di tale interpretazione si può invocare l'art. 60 del Trattato Cee, che include tra i servizi (definiti come "prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione") anche le "attività delle libere professioni", e si può tentare di conciliare la disciplina pubblicistica sugli appalti e la normativa privatistica delle prestazini d'opera intellettuale, riservando ad esse operatività in ambiti diversi: la disciplina sugli appalti riguarderebbe la fase di scelta del contraente mentre la disciplina privatistica delle prestazioni d'opera riguarderebbe la fase esecutiva del rapporto. Altra linea interpretativa, non seguita dal T.A.R. Puglia, ritiene che gli affidamenti di incarichi di consulenza legale e difesa in giudizio non diano luogo a un rapporto di appalto secondo l'art. 1655 c.c. e neppure siano appalti di servizi ai fini dell'applicazione della normativa pubblicistica, bensì diano luogo ad un contratto d'opera professionale ex art. 2229 e ss. c.c. che, pertanto, potrebbe sorgere con conferimento su base fiduciaria a prescindere dall'importo della retribuzione.

dal sito della www.giustizia-amministrativa.it si riporta, di seguito, la sentenza 5053/06 del TAR Puglia, Sez. Lecce

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

Registro Dec.: 5053/06

Registro Generale: 945/2006

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Seconda Sezione di Lecce, nelle persone dei signori Magistrati

ANTONIO CAVALLARI - Presidente

TOMMASO CAPITANIO - Referendario, relatore

SILVANA BINI, Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

A) sul ricorso n. 945/2006, proposto da Domenico Emanuele Petronella, rappresentato e difeso dall’avv. Corrado Vecchio, con domicilio eletto presso la Segreteria TAR, in Lecce, Via F. Rubichi, 23,

contro

COMUNE di PALAGIANELLO, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall’avv. Piero G. Relleva, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Angelo Vantaggiato, in Lecce, Via Zanardelli, 7,

e nei confronti di

Giuseppe Misserini, rappresentato e difeso dall’avv. Gianluca Prete, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Angelo Vantaggiato, in Lecce, Via Zanardelli, 7,

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

della determinazione del Dirigente del Settore Personale del Comune di Palagianello n. 281 del 22.3.2006 di approvazione della graduatoria di merito della selezione pubblica per soli titoli, per il conferimento dell’incarico di difesa dell’ente in ambito amministrativo e civile e relativa consulenza legale, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ed in particolare delle schede di valutazione dei titoli dell’avv. Giuseppe Misserini e del ricorrente, e della convenzione sottoscritta dal vincitore in data 3.4.2006;

B) sul ricorso incidentale, proposto da Giuseppe Misserini, rappresentato e difeso come sopra,

contro

COMUNE di PALAGIANELLO, rappresentato e difeso come sopra,

e nei confronti di

Domenico Emanuele Petronella, rappresentato e difeso come sopra,

per l’annullamento

della determinazione dirigenziale n. 281/2006 e dell’avviso di selezione, nella parte in cui l’Amministrazione ha scorrettamente valutato il curriculum professionale dell’avv. Petronella e non ha previsto l’attribuzione di un punteggio aggiuntivo per l’anzianità di iscrizione all’Ordine degli Avvocati e per l’idoneità alla pubblicazione della tesi di laurea e non ha previsto ulteriori subcriteri di valutazione delle pubblicazioni scientifiche dei candidati.

Visto il ricorso con i relativi allegati e tutti gli atti di causa;

Vista la domanda cautelare proposta unitamente al ricorso;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune intimato e del controinteressato;

Visto il ricorso incidentale;

Uditi nella Camera di Consiglio del 13 luglio 2006 il relatore, Ref. Tommaso Capitanio, e, per le parti, gli avv. Marasco, in sostituzione di Vecchio, Relleva e Prete.

Considerato che nel ricorso principale sono dedotti i seguenti motivi:

Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto. Illegittimità per violazione del bando di gara.
Eccesso di potere per disparità di trattamento;
mentre il ricorso incidentale è affidato ai seguenti motivi:

violazione della lex specialis. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifeste. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Sviamento;
violazione della lex specialis. Violazione della par condicio e del principio di continuità delle operazioni di gara. Eccesso di potere per ilogicità ed irragionevolezza manifeste. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Sviamento;
violazione della lex specialis. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifeste. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Sviamento;
eccesso di potere contraddittorietà. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifeste. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Sviamento;
eccesso di potere per disparità di trattamento. Sviamento. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifeste.

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni preliminari rassegnate dalle parti resistenti, eccezioni che sono strettamente correlate fra di loro, nel senso che viene innanzitutto eccepito il difetto di giurisdizione del TAR (sul presupposto che nel caso di specie si tratta del conferimento di incarico professionale ad un legale esterno all'Amministrazione); per il caso in cui il Tribunale dovesse ritenere sussistente la giurisdizione amministrativa, viene eccepita la tardività del deposito del ricorso, trovando applicazione nel caso di specie l'art. 23-bis della L. n. 1034/1971 (dovendosi qualificare la fattispecie come una procedura finalizzata all'aggiudicazione di un appalto di servizi).

Per quanto concerne la prima eccezione, il Tribunale ritiene sussistente la giurisdizione amministrativa, in quanto:

nel caso di specie l'Amministrazione intimata ha posto in essere una procedura selettiva, al

termine della quale ha adottato un provvedimento autoritativo di scelta del legale a cui affidare la propria difesa in giudizio e l'attività di consulenza professionale;
per cui, la presente controversia rientra nella giurisdizione del TAR, secondo i consueti criteri di riparto della giurisdizione.

Analoga sorte merita l'altra eccezione preliminare, relativa alla presunta tardività del deposito del ricorso.

Tale conclusione discende dalle seguenti considerazioni:

l'art. 23-bis della legge n. 1034 del 1971 (che sarebbe applicabile ratione temporis al presente giudizio, visto che il ricorso è stato notificato il 23 maggio 2006 e depositato il 13 giugno 2006, in un momento antecedente, quindi, all'entrata in vigore del D.gs. 12 aprile 2006, n. 163) si applica letteralmente ai giudizi aventi ad oggetto, fra l'altro, "…i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti…";
il D. Lgs. n. 157/1995 si applica solo negli artt. 8, comma 3, 20 e 21 ai servizi compresi nell'allegato 2, fra i quali rientrano i servizi legali (specificatamente quelli di cui al n. 861 della CPC);
peraltro, è noto come anche per gli appalti di servizi sotto soglia (fra i quali rientra quello di specie atteso che il compenso è di 20.000 Euro annui per il massimo di cinque anni) e così pure per gli appalti di servizi sopra soglia soggetti solo ad alcune delle regole comunitarie, le amministrazioni pubbliche sono tenute ad applicare, in fase di individuazione del contraente privato, i principi di trasparenza, non discriminazione e pubblicità delle procedure, ed è proprio ciò che nel caso di specie ha fatto l'Amministrazione intimata, ponendo in essere un procedimento amministrativo (assimilabile certamente ad una gara d'appalto) al cui esito l'avv. Misserini è stato individuato come consulente legale del Comune di Palagianello per il periodo di durata del mandato dell'attuale Sindaco;

Il procedimento di notifica del ricorso ha avuto avvio in data 23 maggio 2006, mentre il deposito è stato effettuato il successivo 13 giugno 2006; oltre il termine dimidiato di cui all'art. 23 bis, comma 2;

la obiettiva difficoltà di ricondurre la fattispecie all'ipotesi dell'incarico professionale (estranea

all’istituto dell’appalto, secondo il diritto onale) o all’ipotesi di un appalto di servizi assoggettato all’ipotesi dell’art. 23 bis permette la concessione dell’errore scusabile;

Giova premettere che il ricorrente principale ha conseguito, nella graduatoria contestata, 25 punti a fronte dei 33 ottenuti dal controinteressato, mentre con il ricorso egli chiede l’annullamento della graduatoria nella parte in cui:

non gli sono stati attribuiti ulteriori 3 punti (per la voce “Prestazioni rese sotto forma di tirocini”); al controinteressato sono stati illegittimamente assegnati 11 punti (di cui 2 per la voce “Dottorato di ricerca”, 6 per la voce “Corsi di perfezionamento” e 3 per la voce “Prestazioni rese sotto forma di tirocini” – a quest’ultimo riguardo, in subordine il ricorrente afferma che al controinteressato poteva al massimo essere assegnato 1 punto).

Ciò premesso, il ricorso principale è inammissibile per difetto di interesse, il che discende dagli esiti della cd. prova di resistenza a cui devono essere sottoposti i punteggi numerici conseguiti dal ricorrente principale e dal controinteressato, alla luce delle doglianze articolate nel ricorso principale e nel ricorso incidentale.

Va in primo luogo condivisa la doglianza dell’avv. Petronella relativa al mancato possesso, in capo all’avv. Misserini, del titolo “Dottorato di ricerca” (non avendo l’interessato frequentato un corso avente le caratteristiche di durata di cui al D.M. n. 224 del 30.4.1999), per cui al punteggio complessivo di 33 attribuito dalla Commissione esaminatrice debbono essere sottratti due punti, con il che all’avv. Misserini spettano in realtà 31 punti.

Per il resto, invece, le valutazioni della Commissione vanno sostanzialmente confermate, per le seguenti ragioni.

Per quanto riguarda il punteggio assegnato al controinteressato per la voce “Corsi di perfezionamento”, non si può concordare con quanto sostenuto dal ricorrente, e ciò – sia pure

in presenza di clausole del bando non troppo esaustive – in forza di un elementare canone di ragionevolezza: in effetti, se un soggetto ha diritto all'attribuzione del punteggio di che trattasi per la frequenza di corsi di perfezionamento in qualità di discente, a fortiori tale punteggio spetta a chi tali corsi frequenta come docente o relatore.

Tale conclusione, come detto, discende da un ragionamento elementare, e cioè dalla considerazione che il docente/relatore deve necessariamente essere in possesso di un bagaglio cognitivo superiore a quello dei suoi discenti/uditori, e che, per converso, l'attività di docenza contribuisce ad arricchire il bagaglio esperienziale e tecnico del docente stesso.

Per quanto riguarda, invece, il punteggio attribuito all'avv. Misserini per la voce "Prestazioni rese sotto forma di tirocini", si deve anzitutto osservare che il bando di selezione in esame non è sul punto molto perspicuo, in quanto viene prevista la valutabilità di "Prestazioni rese sotto forma di tirocini attinenti le materie su cui è richiesta la specifica professionalità per la selezione in oggetto".

Si tratta quindi di un concetto abbastanza indeterminato e vago, atteso che nel caso di un avvocato per "tirocinio" non si può intendere né il biennio di pratica forense (anche perché è prevista l'attribuzione di 2 punti per ciascun "corso", il che significa che l'estensore del bando non intendeva riferirsi al cd. praticantato), né all'esercizio dell'attività professionale post-abilitazione (e ciò in quanto dopo il conseguimento del titolo abilitativo l'avvocato non può più essere considerato tirocinante).

Pertanto, si deve concludere che, sotto la voce "Prestazioni rese sotto forma di tirocini", si possono ricomprendere tutte quelle attività, diverse dai corsi di perfezionamento e dalle altre attività valutabili ad altro titolo, che il candidato abbia svolto nel corso della propria vita accademica e/o in contemporanea con l'esercizio dell'attività professionale.

Se ciò è vero, ne consegue che del tutto legittimamente la Commissione ha attribuito all'avv. Misserini tre punti per i corsi tenuti presso l'Università di Bari, sede di Taranto nel periodo febbraio-aprile 2000, mentre – come invocato nel ricorso incidentale - è illegittima la mancata attribuzione allo stesso del punteggio per le attività svolte dal controinteressato nel corso dell'a.a. 1998/1999 presso l'Università "LUISS" di Roma (si tratta, nello specifico, di attività di docenza in corsi aventi ad oggetto il diritto amministrativo sostanziale e processuale) e successivamente in favore della Scuola Forense del Consiglio dell'Ordine di Taranto e della

Corte di Appello di Lecce (attività di docenza), le quali sono sicuramente riconducibili alla nozione di “Prestazioni rese sotto forma di tirocini”. Infatti, l’attività di docente in corsi seminariali o di aggiornamento professionale si configura sicuramente come attività da cui deriva un’implementazione del bagaglio urale e professionale di un avvocato, specie se le materie oggetto dei corsi in argomento sono, come nel caso di specie, attinenti all’oggetto principale dell’incarico che il Comune di Palagianello aveva intenzione di conferire all’esito della selezione per cui è causa.

Viceversa, non era valutabile né l’attività che l’avv. Petronella ha dichiarato di avere svolto presso il Dipartimento di Diritto Privato dell’Università di Bari (in quanto si tratta di generica attività di collaborazione con un docente, come tale non riconducibile alla nozione di “corso” di cui parla il bando di selezione), né l’attività di correlatore del progetto “Campus One” (con relazione dal titolo “Proprietà intellettuale, diritto d’autore ed internet”), la quale pure potrebbe essere ricompresa nella nozione di “corso”, in quanto non attinente alle materie oggetto della selezione de qua.

Non sono invece fondate le altre doglianze articolate nel ricorso incidentale, in quanto:

rientrava nella discrezionalità dell’Amministrazione stabilire i criteri di valutazione dei curricula, per cui non è illegittimo ex se il fatto che non siano stati previsti subcriteri di valutazione delle pubblicazioni scientifiche o che non sia stato previsto un punteggio premiale per l’idoneità alla pubblicazione della tesi di laurea;
è legittima l’attribuzione al ricorrente principale di un punteggio per il corso di notariato e per la frequenza del corso per la preparazione del concorso ad uditore giudiziario (in quanto si tratta di corsi di perfezionamento), così come è legittima l’attribuzione di 2 punti per la voce “Dottorato di ricerca” (in quanto il bando non prevedeva l’attinenza della materia);
costituisce mera irregolarità (di cui peraltro si è giovato lo stesso ricorrente incidentale, come risulta dalla scheda di valutazione dell’avv. Misserini) il fatto che alcuni punteggi siano stati riportati in calce alle firme dei componenti della Commissione esaminatrice.

Pertanto, non potendo il ricorrente principale superare in graduatoria il controinteressato, anche in caso di accoglimento delle doglianze proposte dall’avv. Petronella che il Tribunale ritiene fondate, il ricorso principale va dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese fra le parti costituite.

Sentiti i difensori delle parti costituite in ordine alla possibilità di definire nel merito il presente giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 3 e 9 della L. 21.7.2000, n. 205.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Seconda Sezione di Lecce – dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

Così deciso in Lecce, nella Camera di Consiglio del 13 luglio 2006.

Dott. Antonio Cavallari - Presidente

Dott. Tommaso Capitanio – Estensore

Pubblicata il 25 ottobre 2006

N.R.G. «945/2006»