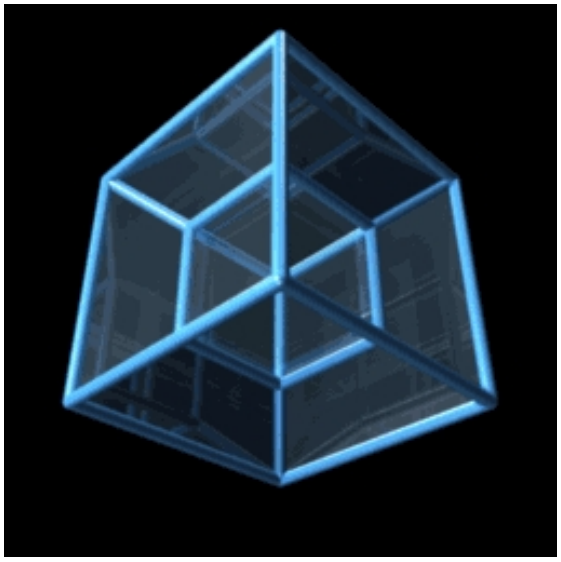


La IV sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2730/12 depositata l'8/5/2012, ha statuito (rovesciando la decisione dal Tar Lazio n. 604/2011) che il conferimento ad un avvocato d'un singolo incarico episodico di patrocinio, legato a necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali ma contratto d'opera intellettuale e perciò può essere oggetto di incarico diretto (senza necessità che la scelta dell'avvocato difensore dell'ente pubblico in una singola causa sia effettuata attraverso un'apposita gara d'appalto).

N. 02730/2012REG.PROV.COLL.

N. 10038/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10038 del 2011, proposto dalla Provincia di Frosinone, in persona del Presidente pro tempore della Giunta Provinciale, rappresentato e difeso dagli

avv. P. G. e G. F., con domicilio eletto presso l'avv. P.G. in Roma, ...;

contro

F. T., rappresentato e difeso dall'avv. A. Di G., con domicilio eletto presso l'avv. E. P. in Roma, via ..., n.61;

nei confronti di

M. F., D. Di S.

e con l'intervento di

ad opponendum:
... Srl, rappresentato e difeso dall'avv. P.M. Di G., con domicilio eletto presso ...;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE I n. 00604/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO INCARICO DIFESA LEGALE NEL GIUDIZIO IMPUGNATIVO DEL LODO ARBITRALE DEL 7 APRILE 2010 NEL PROCEDIMENTO INTRODOTTO DA ... S.R.L. CONTRO LA PROVINCIA DI FROSINONE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di F. T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2012 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati G., per delega dell'Avv. F., e A. Di G., per delega dell'Avv. P. M. Di G.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Provincia di Frosinone, soccombente in un giudizio arbitrale rispetto alla società ..., con deliberazione della giunta municipale n. 176 dell'8 giugno 2010, affidava ai controinteressati Avv.ti M. F. e D. Di S. incarico finalizzato all'impugnazione del lodo arbitrale pronunciato in data

7 aprile 2010.

L'avvocato F. T. proponeva ricorso avverso l'affidamento diretto dell'incarico legale, chiedendo al Tribunale di prime cure: a) l'annullamento, previa sospensione, della summenzionata deliberazione; b) la declaratoria d'inefficacia e/o privazione di effetti di qualsiasi atto di natura pattizia intercorso tra l'Amministrazione e i controinteressati; c) la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

Il ricorrente articolava, in seguito, motivi aggiunti volti ad ottenere l'annullamento del regolamento di cui alla delibera G.P. n. 282 del 29.7.2007 ("Regolamento per la disciplina delle procedure comparative propedeutiche al conferimento degli incarichi esterni e per l'osservanza degli obblighi di pubblicità"), nella parte in cui all'art 1, comma 2, escludeva il ricorso alla "procedura comparativa" per "gli incarichi conferiti per il patrocinio e la difesa in giudizio dell'amministrazione".

Con la sentenza appellata i Primi Giudici, muovendo dall'assunto della sussumibilità dell'atto di cofermento dell'incarico legale nel novero dei "servizi legali" di cui all'allegato II B del codice dei contratti pubblici e della conseguente violazione dei principi di evidenza pubblica operanti per siffatti affidamenti, hanno accolto il ricorso e, per l'effetto, hanno annullato, nei limiti dell'interesse del ricorrente, gli atti impugnati, condannando altresì la Provincia di Frosinone al risarcimento dei danni

La Provincia di Frosinone propone appello con il quale contesta gli argomenti posti a fondamento della sentenza di primo grado.

Si sono costituiti in giudizio l'originario ricorrente e l'interventore ad opponendum in epigrafe specificato.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 13 aprile 2012 la causa è trattenuta per la decisione.

2. L'appello è fondato.

2.1. I Primi giudici hanno posto a fondamento del decisum di accoglimento l'assunto della riconduzione dell'atto di conferimento del singolo incarico legale nella categoria dei "servizi legali" di cui all'allegato II B, n. 21, al codice dei contratti pubblici, traendo da tale premessa i precipitato dell'applicazione a tale fattispecie, ai sensi dell'articolo 20, delle norme di cui agli articoli 65, 68 e 225 del medesimo codice e dei principi valevoli per i contratti esclusi ai sensi dell'articolo 27.

Il Tribunale ha mostrato, in tal guisa, di aderire all'orientamento ermeneutico secondo cui tanto l'attività di assistenza e consulenza giuridica di carattere continuativo quanto il conferimento del singolo incarico di patrocinio legale sarebbero annoverabili nell'unica ed omnicomprensiva nozione di "servizi legali" di cui al punto 21 dell'allegato II B del Codice degli appalti.

A sostegno della tesi il Tribunale ha valorizzato l'ampiezza della nozione di appalto di servizi abbracciata dal codice, comprensiva anche di affidamenti a beneficio di liberi professionisti oltre che di imprenditori, in una con la considerazione che il riferimento letterale ai "servizi", sarebbe sintomatico, con l'uso del plurale, della volontà di comprendere sia il caso del conferimento del singolo incarico che l'ipotesi dell'attribuzione, in termini generali, di un incarico di consulenza-difesa dell'ente per un determinato periodo di tempo. Il Tribunale ha soggiunto che alla differenziazione delle due fattispecie non è dato pervenire per il tramite della valorizzazione del carattere fiduciario del singolo incarico, posto che l'intuitus personae è tratto che permea in modo identico e indefettibile qualsiasi incarico professionale, ivi compreso quello sostanziantesi nell'affidamento del complesso delle attività di consulenza e di patrocinio per un certo periodo di tempo.

2.2. La Sezione, in adesione ai rilievi svolti dall'appellante, reputa che l'assimilazione sostenuta dal Tribunale non tenga nel debito conto la differenza ontologica che, ai fini della qualificazione giuridica delle fattispecie e delle ricadute ad essa conseguenti in materia di soggezione alla disciplina recata dal codice dei contratti pubblici, connota l' espletamento del singolo incarico di patrocinio legale, occasionato da puntuali esigenze di difesa dell'ente locale, rispetto all'attività di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. Tali elementi di differenziazione consentono, infatti, di concludere che, diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisca appalto di servizi legali ma integri un contatto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica.

2.2.1. A sostegno dell'assunto depone, in prima battuta, il rilievo che le disposizioni che riguardano i "servizi legali" non rappresentano affatto una novità introdotta nell'ordinamento interno a seguito della direttiva 2004/18/CE, in quanto già il D.Lgs 17 marzo 1995, n. 157 ("Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi"), indicava, nell'allegato 2, una serie di servizi, tra cui i "servizi legali", relativamente ai quali non si applicava la disciplina generale nella sua integralità ma solo alcune disposizioni del citato decreto legislativo e, segnatamente: l'eventuale pubblicazione dell'avvenuta aggiudicazione (art. 8, co. 3); l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di definire le "specifiche tecniche" del servizio nei capitolati d'oneri o nei documenti contrattuali relativi a ciascun appalto (art. 20), obbligo quest'ultimo, soggetto peraltro a deroghe (art. 21). Tutta una serie di servizi erano poi esclusi, in via integrale, dall'assoggettamento alle norme del decreto. Veniva precisato, inoltre, nell'ottavo "considerando" delle premesse alla direttiva 1992/50/CE, trasfusa nel citato D.Lgs. n. 157/1995, che "la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fondi su contratti d'appalto; nel caso in cui la prestazione del servizio si fondi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, detta prestazione esula dal campo d'applicazione della presente direttiva".

2.2.2. Detto dato storico consente di lumeggiare la riproposizione della nozione di servizi legali nella legislazione, comunitaria e nazionale, successiva, nel senso di limitare l'ambito di operatività della categoria al soli affidamenti di servizi legali conferiti mediante un appalto- ossia

un contratto caratterizzato da un quid pluris, sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità - rispetto al contratto di conferimento dell'incarico difensivo specifico, integrante mero contratto d' opera intellettuale, species del genus contratto di lavoro autonomo, come tale esulante dalla nozione di contratto di appalto ratione materiae abbracciata dal legislatore comunitario. In altre parole, il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce (cfr.determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori,. Servizi e Forniture).

2.2.3.In tal senso depone, sul piano normativo, anche la prescrizione che, per l'affidamento di tali servizi, pretende l'indicazione delle specifiche tecniche fissate dal committente (art. 68 del codice), così configurando la condizione, non compatibile con un mero contratto di patrocinio legale isolato, per permettere l'apertura dell'appalto alla concorrenza (cfr. il ventinovesimo "considerando" alla direttiva n. 18 del 2004). Ed ancora, una conferma in tal senso può desumersi dal quarantasettesimo "considerando" della medesima direttiva n. 18/2004 alla stregua dei condivisibili rilevi svolti da Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Balilicata deliberazione n. 19/2009. "Posto che negli appalti pubblici di servizi, i criteri di aggiudicazione non devono influire sull'applicazione delle disposizioni nazionali relative alla rimunerazione di taluni servizi, quali ad esempio le prestazioni degli architetti, degli ingegneri o degli avvocati", il prezzo di tali servizi, così determinato, di per sé solo, non sarebbe idoneo a garantire quella valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza, che ammette soltanto l'applicazione di uno dei due criteri di aggiudicazione, quello del prezzo più basso e quello della offerta economicamente più vantaggiosa. Da quanto precede non sembra, dunque, che il legislatore comunitario si sia preoccupato di regolare le modalità di affidamento dei contratti del tutto esclusi dall'ambito della disciplina degli appalti pubblici. Tra questi, il contratto di lavoro autonomo avente a oggetto il patrocinio legale, stipulato con un'amministrazione aggiudicatrice".

2.2.4. Le norme di tema di appalti di servizi vengono, in definitiva, in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiantesi a mera prestazione di lavoro autonomo in un servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato.

Si può così affermare, in adesione alla parabola argomentativa a tracciata dalla richiamata deliberazione n. 19/2009 della Corte dei conti, sez. reg. Basilicata, che, solo con riguardo ad un appalto così strutturato, l'obbligo del committente di indicare, adeguandole alla natura del servizio, le specifiche tecniche che consentono di definire l'oggetto dell'appalto e le modalità della prestazione, assume concreta valenza selettiva delle offerte presentate proprio nell'ambito di un servizio organizzato e strutturato.

Per converso, il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, presidiato dalle

specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'articolo 27 del codice dei contratti pubblici, ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'iter del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici.

Lo stesso codice dei contratti pubblici, nel dettare una specifica disciplina, di natura speciale, dei servizi di ingegneria e di architettura volta a enucleare un sistema di qualificazione e di selezione per determinate tipologie di prestazioni d'opera, conferma l'inesistenza di un principio generale di equiparazione tra singole prestazioni d'opera e servizi intesi come complesso organizzato di utilità erogate con prestazioni ripetute ed organizzate.

Si deve aggiungere che, come osservato da attenta dottrina, l'attività del professionista nella difesa e nella rappresentanza dell'ente è prestazione d'opera professionale che non può essere qualificata in modo avulso dal contesto in cui si colloca, id est l'ambito dell'amministrazione della giustizia, settore statale distinto e speciale rispetto ai campi dell'attività amministrativa regolati del codice dei contratti pubblici.

Resta inteso che l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai 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 appagare.

2.2.5. Alla stregua dei rilievi che precedono deve essere accolto il motivo di appello voto a censurare il capo della sentenza che ha accolto il motivo di ricorso diretto a censurare l'omesso espletamento della procedura di evidenza pubblica.

2.3. E' infondato anche il motivo d'appello diretto contestare il capo della sentenza appellata con cui i Primi Giudici hanno sancito la violazione del principio che attribuisce al dirigente ratione materiae competente il compito di scegliere il legale e, comunque, di autorizzare il conferimento del patrocinio legale.

La Sezione non ravvisa ragione di discostarsi dall'orientamento interpretativo secondo cui compete al Sindaco o al Presidente della Provincia, ai sensi del D.lgs. n. 267/2000, quale organo di rappresentanza dell'ente, il conferimento della procura alle liti del difensore senza la necessità di alcuna preventiva autorizzazione (Cons. St., Sez. VI, 1° ottobre 2008, n. 4744; Cons. St., Sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3452; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 5 dicembre 2006 n. 10402; Cass. civ., Sez. Un., 10 dicembre 2002, n. 17550).

3 L'appello merita, in definitiva, accoglimento per i motivi assorbenti fin qui esaminati.

Ne consegue la riforma della sentenza appellata, con l'integrale reiezione del ricorso di primo grado anche con riguardo alla domanda risarcitoria.

Novità e complessità delle questioni affrontate giustificano la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)