

L'affidamento dei servizi legali deve avvenire mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 9-6-2017

1. Il D.lgs. 50/2016 prevede che l'affidamento di un incarico legale debba essere ricondotto alla categoria degli "appalti di servizi", indipendentemente dalla sua natura di incarico singolo e occasionale, eseguito dal professionista con lavoro prevalentemente proprio (senza una necessaria organizzazione), o di incarico di assistenza e consulenza giuridica, eseguito con organizzazione di mezzi e personale.
2. La diversa natura dell'incarico legale rileva esclusivamente ai fini del regime giuridico ad esso applicabile; in particolare, mentre la rappresentanza legale in un procedimento di arbitrato, di conciliazione o giurisdizionale, insieme alla propedeutica attività di consulenza, è sottratta all'applicazione del Codice e, più in generale, delle direttive europee in materia di appalti, i servizi legali in senso stretto sono invece attratti in un quadro ordinamentale "alleggerito".
3. La ordinaria sottrazione dell'affidamento del contenzioso alle procedure del codice dei contratti non preclude certo all'amministrazione di far ricorso ad esse per propria scelta, non risultando rinvenibile un divieto in tal senso.
4. L'art. 95 del D.lgs. 50/2016 esprime una netta preferenza per l'applicazione di criteri di aggiudicazione che si fondino su un complessivo apprezzamento del miglior rapporto qualità/prezzo, relegando il criterio del prezzo più basso ad ipotesi tassativamente individuate, in cui vengano in considerazione prestazioni ripetitive ovvero standardizzate, connotati questi che non possono ritenersi propri della attività legale, la quale si caratterizza, invece, proprio per la peculiarità e specificità di ciascuna questione, sia essa contenziosa o stragiudiziale.
5. Il criterio qualità/prezzo è più agevolmente coniugabile (rispetto al criterio del massimo ribasso) con il disposto dell'art. 2233, 2° comma, cod. civ., che – nel disciplinare il contratto d'opera intellettuale, cui è pur sempre riconducibile l'attività legale – dispone che "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione".

Guida alla lettura

La vicenda oggetto di esame nella sentenza in rassegna si dipana nell'arco di un complesso

iter processuale che ha visto contrapporsi il Comune di Racale (LE) e un folto gruppo di ricorrenti (Ordine degli Avvocati di Lecce, Camera Amministrativa di Lecce, Brindisi e Taranto, Associazione Italiana dei Giovani Avvocati di Lecce ed alcuni avvocati leccesi in proprio) in una controversia riguardante la contestata legittimità di una gara indetta dal menzionato Comune per l'affidamento, mediante il criterio del massimo ribasso sul corrispettivo a base d'asta, del servizio giuridico-legale (gestione del contenzioso e supporto ai vari uffici dell'ente).

Nello specifico, il motivo di contestazione riguardava la qualificazione della prestazione professionale legale in termini di "servizio" (da affidare, quindi, secondo le regole del Codice degli Appalti) anziché di "lavoro autonomo" (soggetto al regime normativo di cui agli artt. 7 e 8 del D.lgs. 165/2001), nonché la possibilità che l'individuazione dell'avvocato potesse avvenire con il criterio del prezzo più basso, oltre a una carenza di istruttoria in ordine alla determinazione dell'importo su cui operare il ribasso.

Il tema della natura delle prestazioni di supporto giuridico, consulenza, rappresentanza e difesa svolte dall'avvocato in favore di un ente pubblico è stato ampiamente scandagliato dalla giurisprudenza amministrativa nella vigenza del D.lgs. 163/2016.

Il principio che ne è stato ricavato è che *l'affidamento di "servizi legali" è configurabile allorquando l'oggetto non si esaurisce nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configura 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.* In questa prospettiva esso... *soggiace alle regole delle procedure concorsuali di stampo selettivo, incompatibili con il solo contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, vista 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*[\[1\]](#).

Tale orientamento prende le mosse da una nota pronuncia della V sezione del Consiglio di Stato[\[2\]](#) che, in ragione dell'ontologica differenza fra l'espletamento del singolo incarico di patrocinio legale e l'attività di assistenza e consulenza giuridica[\[3\]](#), aveva considerato legittimo l'affidamento diretto dell'incarico di patrocinio, qualificandolo come "contratto d'opera intellettuale" (eseguito dal prestatore d'opera con lavoro prevalentemente proprio, senza una necessaria organizzazione), come tale sottratto alla disciplina del D.lgs. n. 163/2006.

L'attività di assistenza e consulenza giuridica era stata, invece, considerata alla stregua di un vero e proprio *appalto di servizi*, differenziandosi dal contratto d'opera perché implicante un'**organizzazione di mezzi e personale** che delinea, assieme al requisito della **gestione a proprio rischio**, la qualità di **imprenditore commerciale**.

I Giudici della quinta Sezione erano pervenuti a tale conclusione valorizzando la **nozione comunitaria di appalto di servizi**[\[4\]](#) e ragionando sull'**incompatibilità tra la struttura della fattispecie del contratto di patrocinio legale con le prescrizioni codicistiche in materia di**

servizi (artt. 20, 68, e 27 del d.lgs. 163/2006)[5].

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici la descritta distinzione tra il conferimento del singolo incarico di patrocinio e l'attività di assistenza e consulenza giuridica viene superata.

La novella legislativa recepisce, infatti, la nozione comunitaria di “*appalto di servizio legale*”, che è molto lata e ben più ampia della nozione italiana, come desunta dal codice civile[6], comprendendo **ogni attività professionale legale in favore delle pubbliche amministrazioni, senza alcuna differenziazione tra incarico singolo e occasionale, eseguito dal professionista con lavoro prevalentemente proprio (senza una necessaria organizzazione) e incarico di assistenza e consulenza giuridica, eseguito con organizzazione di mezzi e personale**[7].

Il legislatore europeo si è esclusivamente limitato a distinguere, all'interno di questa categoria, le attività da escludere dall'ambito oggettivo di applicazione delle direttive, prevedendo, per tutte le altre, l'applicazione di un regime giuridico “*alleggerito*”.

In egual modo il D.lgs. 50/2016 prevede che l'affidamento di un incarico legale debba essere sempre ricondotto alla categoria degli *appalti di servizi* e che, a seconda dell'oggetto, lo stesso dovrà essere inquadrato nell'elenco di cui all'art. 17 oppure nella categoria residuale di cui all'Allegato IX.

In particolare, mentre la **rappresentanza legale** in un procedimento di arbitrato, di conciliazione o giurisdizionale, insieme alla **propedeutica attività di consulenza**[8], è sottratta all'applicazione del Codice e, più in generale, delle direttive europee in materia di appalti, tanto in ragione del fatto che **si tratta di attività prestate da organismi o persone selezionate o designate**[9] **secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti** (v. Considerando 25 della direttiva 2014/24/UE), i **servizi legali in senso stretto**, non rientranti nella sottocategoria di cui all'articolo 17, comma 1, lett. d)[10], sono invece attratti in un quadro ordinamentale parzialmente derogatorio rispetto a quello delineato dalla disciplina ordinaria.

Sono da annoverare in quest'ultima fattispecie quei servizi che si realizzano prevalentemente mediante la produzione di pareri e di atti di assistenza legale non connessa alla difesa in giudizio, di **attività stragiudiziale non riservata agli avvocati iscritti all'albo**, ma che può essere svolta anche da altre categorie professionali dotate di formazione equivalente (consulenti del lavoro, commercialisti, etc) [11].

Il motivo dell'applicazione di un regime giuridico *alleggerito* deve in questo caso ricercarsi nella *dimensione limitatamente transfrontaliera* di tali attività, per lo più risolventesi in *questioni di puro diritto nazionale* e, pertanto, generalmente riservate a “*operatori ubicati nello Stato membro interessato*.”[12]

Tale regime giuridico speciale si sostanzia nell'applicazione delle procedure previste dal Codice e dalle Linee Guida Anac n. 4[13] per gli *affidamenti sotto soglia* (che per quanto

riguarda i servizi di cui all'allegato IX è stabilita in euro 750.000 nei settori ordinari e in euro 1.000.000 nei settori speciali – vd. art. 35, comma 1, lett. d e comma 2, lett. c) e, nei casi di superamento della predetta soglia, delle disposizioni speciali contemplate dagli artt. 140, per i settori speciali, e 142 per i settori ordinari, che dettano un regime pubblicitario ridotto.

Diversamente, gli incarichi di rappresentanza in un procedimento arbitrale, conciliativo o giurisdizionale sono sottoposti allo spettro applicativo dell'art. 4 del Codice, secondo cui ***“l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”***.

Applicando le esposte coordinate ermeneutiche, la II Sezione del Tar Lecce ha ritenuto infondato il motivo di ricorso riguardante la contestata applicazione alla tipologia di servizi oggetto di gara della disciplina del D.lgs. 50/2016, essendo pacifico che nel caso di specie il bando riguardasse sia l'affidamento relativo all'attività contenziosa, rientrando nel più volte menzionato art. 17 del Codice, sia l'affidamento di attività stragiudiziale annoverabile nella categoria degli appalti di servizi di cui all'allegato IX.

Osserva la Sezione nella pronuncia in commento che *“la decisione di operare un unico affidamento – sia del contenzioso sia dell'attività stragiudiziale – impone...il rispetto delle norme del codice dei contratti pubblici”*

Una siffatta scelta non poteva che comportare la necessità della procedura ad evidenza pubblica, quale che fosse l'estensione e il “peso” delle attività stragiudiziali, pena, altrimenti, la violazione delle norme che ne regolano l'affidamento.

Peraltro, ***la ordinaria sottrazione dell'affidamento del contenzioso alle procedure del codice dei contratti non preclude certo all'amministrazione di far ricorso ad esse per propria scelta, non risultando rinvenibile un divieto in tal senso.***

Quanto al secondo motivo di censura, riguardante la denegata possibilità di un ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, il Collegio precisa che trova applicazione con riferimento all'appalto *de quo* l'art. 95 del D.lgs. 50/2016[\[14\]](#).

Tale disposizione normativa sancisce una netta preferenza per l'applicazione di criteri di aggiudicazione che si fondino su un complessivo apprezzamento del miglior rapporto qualità/prezzo, relegando il criterio del prezzo più basso ad ipotesi tassativamente individuate, in cui vengano in considerazione prestazioni ripetitive ovvero standardizzate, connotati questi che non possono ritenersi propri della attività legale, la quale si caratterizza, invece, proprio per la peculiarità e specificità di ciascuna questione, sia essa contenziosa o stragiudiziale.

Osserva ancora il Collegio come *il criterio qualità/prezzo è più agevolmente coniugabile (rispetto al criterio del massimo ribasso) con il disposto dell'art. 2233, 2° comma, cod. civ., che – nel disciplinare il contratto d'opera intellettuale, cui è pur sempre riconducibile l'attività legale – dispone che “in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata*

all'importanza dell'opera e al decoro della professione".

Ne consegue l'illegittimità della scelta dell'amministrazione comunale di procedere con il criterio del prezzo più basso.

È, altresì, fondato il rilievo relativo all'indeterminatezza del calcolo effettuato sull'importo a base d'asta.

Infatti, in violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità, cui sono soggetti anche i *servizi esclusi* ai sensi del richiamato art. 4 del Codice, la stazione appaltante non ha messo i concorrenti nelle condizioni di acquisire tutte le informazioni necessarie a formulare un'offerta completa ed adeguata. In particolare, nessuna motivazione è stata data in ordine alla congruità del compenso posto a base di gara, né alcuna istruttoria è stata svolta per individuare i parametri (quali la tipologia o quantità del contenzioso) idonei alla determinazione del prezzo e all'elaborazione di un'offerta più consapevole.

L'impossibilità di predeterminare il numero e gli importi dei procedimenti contenziosi, nonché la qualità e quantità dell'attività stragiudiziale, ha precluso qualsiasi serio apprezzamento della congruità dell'importo a base d'asta che, almeno teoricamente, l'amministrazione avrebbe potuto confortare ove avesse fornito dati statistici desunti dall'attività svolta negli anni precedenti.

[1] Cfr. Tar Campania - Salerno, Sez. II, 16 luglio 2014, n. 1383, secondo cui è illegittima la delibera con la quale un Comune ha affidato una serie di servizi legali a professionisti privati (nella specie si trattava dell'affidamento dell'incarico annuale per la consulenza legale, giudiziale e stragiudiziale in favore degli organi comunali) senza esperire una procedura comparativa di tipo concorsuale per la scelta del miglior contraente, aperta alla partecipazione di tutti coloro che, in possesso dei titoli e requisiti richiesti, potevano aspirare al conseguimento dell'incarico, in violazione di quanto previsto, in via generale, dall'art. 7, comma 6, del D.Lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 32 del decreto legge n. 223/2006, a mente del quale le Amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, le procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione a professionisti esterni, potendo procedere al conferimento di incarichi individuali solo per soddisfare esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, ed alle condizioni e con i presupposti specificamente individuati dal legislatore. Sul punto cfr. anche Corte Conti, Sez. Reg Controllo Basilicata, parere n.8/09; ANAC (ex AVCP), determinazione n. 4 del 7 luglio 2011; T.A.R. Basilicata, sez. I, 22 marzo 2016, n. 260.

[2] Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730.

[3] Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730 – cit.: “...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 costituisc(e) appalto di servizi legali ma integr(a) un contatto d’opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica.**”

[4] Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730 – cit.: viene “precisato..... nell’ottavo “considerando” delle premesse alla direttiva 1992/50/CE..... 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”.

[5] Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730 – cit.: “Le norme di tema di appalti di servizi vengono.... in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi 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.... solo con riguardo ad un appalto così strutturato, l’obbligo del committente di indicare, adeguandole alla natura del servizio, le specifiche tecniche (art. 68 D.lgs. 163/2006) 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.”

[6] Consiglio di Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855.

[7] ANAC – documento di consultazione sull’affidamento di incarichi legali.

[8] Vd. art. 17, comma 1, lett. d), n.ri 1 e 2, del D.lgs. 50/2016.

[9] Soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato nello Stato membro di provenienza ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni.

[10] Vd. allegato IX al D.lgs. 50/2016, che fa riferimento ai «*Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)*».

[11] Cfr. ANAC – documento di consultazione sull'affidamento di incarichi legali.

[12] Considerando 116 della direttiva 2014/24/UE.

[13] Cfr. Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016.

[14] Tanto in virtù dell'esplicito rinvio operato, per tutti gli appalti dei settori speciali, dall'art. 133, I comma, dello stesso Codice (applicabile anche ai servizi specifici di cui all'Allegato IX, per effetto della previsione dell'art. 114, I comma, il quale estende in via generale l'applicabilità della disciplina del Titolo VI - Capo I del Codice, ivi compreso l'art. 133 e le norme da quest'ultimo richiamate, anche ai servizi elencati nell'Allegato IX e menzionati nell'art. 140, I comma) - Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 30 novembre 2016, n. 1186.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1875 del 2016, proposto da:

Ordine degli Avvocati di Lecce presso Corte d'Appello di Lecce, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luciano Ancora, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Imbriani, 30;

Camera Amministrativa Distrettuale Avvocati di Lecce Brindisi Taranto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Ancora, Giuseppe Misserini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Lecce, via Imbriani, 30;

Associazione Italiana dei Giovani Avvocati - Aiga Sezione di Lecce, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Guglielmo Napolitano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luciano Ancora in Lecce, via Imbriani, 30;

Valeria Pellegrino, rappresentata e difesa da se medesima , con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luciano Ancora in Lecce, via Imbriani, 30;

Luciano Ancora, rappresentato e difeso da se medesimo, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Imbriani, 30;

Guglielmo Napolitano, rappresentato e difeso da se medesimo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luciano Ancora in Lecce, via Imbriani, 30;

Cosimo Rampino, rappresentato e difeso da se medesimo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luciano Ancora in Lecce, via Imbriani, 30;

Vincenzo Caprioli, rappresentato e difeso da se medesimo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luciano Ancora in Lecce, via Imbriani, 30;

contro

Comune di Racale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Saverio Marini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Ernesto

Sticchi Damiani in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;

nei confronti di

Daniele Santantonio, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della delibera G.C. n. 143 del 30.6.2016;

- della determina dirigenziale n. 745/RG del 2.11.2016;

- del bando di gara per l'affidamento del servizio giuridico-legale per il Comune di Racale del 2.11.2016 e dell'allegato disciplinare di oneri, pubblicato sull'Albo Pretorio del Comune di Racale dal 2.11.2016 al 23.11.2016;

- dell'aggiudicazione provvisoria del 24.11.2016 a favore dell'avv. Daniele Santantonio, pubblicato sull'Albo Pretorio il 24.11.2016;

- della determina n. 823/RG del 30.11.2016;

di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Racale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2017 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi gli avv.ti V. Pellegrino, G. Misserini e G. Capozzi, per i ricorrenti, e l'avv. A. Scalcione, in sostituzione dell'avv. prof. F.sco Saverio Marini, per il Comune;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I ricorrenti hanno impugnato gli atti con cui il comune di Racale ha indetto una gara, per l'affidamento della gestione del contenzioso e del supporto giuridico-legale ai vari uffici, e la successiva aggiudicazione provvisoria.

I ricorrenti hanno dedotto i seguenti motivi: 1. Violazione art. 7, comma 6, d.lgs. 165/2001; eccesso di potere per falsa applicazione del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per carenza di istruttoria. 2. Violazione e/o falsa applicazione del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifeste. 3. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95 e 83 del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifeste; carenza di istruttoria. 4. Violazione di legge; violazione d.lgs. 50/2016 e, in particolare, degli artt. 3 e 95, comma 2; violazione del d.m. 55/2014; violazione dell'art. 2233, comma 2, c.c.; violazione dei principi in tema di appalto a corpo e di indeterminatezza dell'oggetto. 5. Falsa ed erronea interpretazione ed applicazione degli artt. 17, 4, 60 e 95, del d.lgs. 50/2016; violazione dei principi generali in materia di organizzazione e struttura dei servizi comunali, anche di cui al d.lgs. 267/2000; violazione degli artt. 18, 19 e 23 della l. 247/2012; violazione dei principi generali in tema di obbligo di svolgimento del concorso pubblico; falsa ed erronea interpretazione ed applicazione degli artt. 7, comma 6, 6 bis, 6 ter e 6 quater del d.lgs. 165/2001, dell'art. 110, comma 6 del d.lgs. 267/2000, dell'art. 2222 e ss. c.c. e dell'art., comma 56, della l. 244/2007, in considerazione anche del d.l. 112/2008; assoluta carenza motivazionale; violazione di legge; sviamento di potere.

Sostengono i ricorrenti: che la prestazione professionale prevista dal bando non rientra nell'ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016, ma deve ritenersi regolata dagli artt. 7 e 8 del d.lgs. 165/2001; che la prestazione di rappresentanza legale non rientra nell'ambito dell'appalto; che comunque, anche a voler ammettere l'appalto di servizi legali, non è possibile affidare questi servizi con il criterio del massimo ribasso e senza idonei criteri di selezione; che, in ragione dell'importo a base d'asta, l'affidamento del servizio, essendo sottosoglia, risulta disciplinato dall'art. 95 del Codice che ammette il criterio del minor prezzo solo per i servizi con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; che non sono stati indicati idonei criteri di selezione; che sussiste una carenza di istruttoria in ordine alla determinazione dell'importo del prezzo base su cui operare il ribasso; che si tratta di un contratto a misura e non a corpo; che il prezzo previsto è violativo dell'art. 2233, comma 2, c.c.; che, in ragione delle modalità di svolgimento del servizio richiesto, si è, in sostanza, acquisita senza concorso la disponibilità di prestazioni professionali assimilabili a quelle del lavoro dipendente; che ciò integra una ulteriore illegittimità sotto il profilo dell'incompatibilità con il regime proprio dell'attività dell'avvocato esercente la libera professione.

I ricorrenti hanno poi chiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla questione se la direttiva 2014/24/UE osti a una disciplina nazionale che preveda la possibilità di indire una procedura a evidenza pubblica per l'affidamento di un appalto di servizi legali.

Il Comune, con memoria del 16 gennaio 2017, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso collettivo per la disomogeneità delle posizioni sostanziali vantate dai ricorrenti, nonché per difetto di legittimazione a ricorrere in capo alle varie categorie di ricorrenti, e l'irricevibilità del ricorso.

Nel merito ha rilevato: che con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti non si può più applicare l'art. 7, comma 6, d.lgs. 165/2001; che il nuovo codice chiarisce che lo svolgimento di attività giuridico-legale in favore delle amministrazioni configura un appalto di servizi; che le

amministrazioni possono scegliere di avviare una vera e propria procedura di gara; che nessuna norma preclude l'utilizzo del criterio del massimo ribasso; che l'art. 95 del codice non può applicarsi al caso in esame posto che è uno dei servizi per i quali trovano applicazione solo gli artt. 140, 142, 143 e 144; che nessuna disposizione impone alla stazione appaltante di prevedere speciali criteri di qualificazione; che alla procedura hanno partecipato 17 professionisti con la conseguenza che il prezzo determinato non può ritenersi incongruo; che le tariffe professionali sono state abrogate; che il Comune non ha assunto alcun nuovo dipendente.

Con ordinanza 21/2017 è stata accolta la richiesta misura cautelare.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie.

Alla pubblica udienza del 29 marzo 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Ha carattere preliminare l'esame delle eccezioni di inammissibilità proposte dalla difesa comunale.

1.1. Infondata è l'eccezione con la quale si contesta l'ammissibilità del ricorso collettivo.

Sul punto va richiamato il pacifico indirizzo in base al quale il ricorso collettivo, presentato da una pluralità di soggetti con un unico atto, è ammissibile nel solo caso in cui sussistano, congiuntamente, il requisito dell'identità di situazioni sostanziali e processuali - ossia che le domande giudiziali siano identiche nell'oggetto, che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e vengano censurati per gli stessi motivi - e il requisito dell'assenza di un conflitto di interessi tra le parti (cfr. *ex plurimis* Tar Lecce, sez. III, 08 agosto /2016, n. 1324; Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, nr. 831; id., sez. III, 20 maggio 2014, nr. 2581; id., sez. IV, 29 dicembre 2011, nr. 6990).

Nel caso in esame sussistono i requisiti per la proposizione del ricorso collettivo atteso che tra i ricorrenti non vi è alcun conflitto di interessi, tendendo tutti alla tutela della dignità professionale; la domanda giudiziale formulata è la stessa, avendo chiesto tutti l'annullamento dei medesimi atti e le censure formulate avverso gli atti impugnati sono le stesse.

1.2. In relazione alla dedotta inammissibilità per difetto di legittimazione si rileva quanto segue.

L'eccezione è fondata per quanto riguarda l'Ordine degli Avvocati, posto che, com'è stato precisato dall'Adunanza Plenaria (9/2015) "*è, inoltre, indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n.2150)*".

Nel caso in esame, l'interesse di cui si chiede tutela (la dignità professionale) è un interesse che pur appartenendo alla generalità della categoria degli associati, e quindi anche agli avvocati che hanno partecipato all'appalto in questione, e in particolare all'avvocato controinteressato che è risultato aggiudicatario, si pone in conflitto con l'interesse al bene della vita da questi ultimi concretamente perseguito attraverso la partecipazione alla gara in questione.

1.3. Discorso diverso deve essere fatto per la Camera Amministrativa e l'Associazione Italiana dei Giovani Avvocati, posto che per queste associazioni non è stata data la prova dell'appartenenza del controinteressato, o anche degli altri avvocati partecipanti, a queste associazioni.

1.4. Deve, poi, ritenersi ammissibile il ricorso dei singoli avvocati, posto che questi contestano in radice l'avviso pubblico, perché contiene varie disposizioni ritenute incompatibili con l'ordinamento forense, tra cui quella che prevede la corresponsione di un compenso ritenuto irrisorio – per tutte le procedure contenziose e stragiudiziali, per un anno, l'importo a base d'asta era di € 18.000,00 e quello di aggiudicazione di € 6.633,00 - a fronte della mole del contenzioso dell'ente. *“Ne consegue che si rientra nell'ambito dell'impugnazione delle clausole degli atti di indizione di procedure selettive che rendono impossibile la stessa formulazione dell'offerta, per le quali la giurisprudenza amministrativa ammette pacificamente l'impugnabilità immediata indipendentemente dalla presentazione dell'istanza di partecipazione. Non avrebbe, infatti, senso partecipare a una selezione che si ritiene non avrebbe potuto essere indetta alle condizioni previste nel bando”* (così Tar Palermo, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 3057).

1.5. Infondata è poi l'eccezione di tardività.

Il ricorso concerne l'affidamento di un pubblico servizio, sicché trova applicazione la disposizione speciale di cui all'art. 120 comma 5 c.p.a., a mente del quale *“per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo [cioè dei provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, n.d.r.] il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42”*.

Secondo la giurisprudenza che si condivide *“La disposizione fa decorrere il termine d'impugnazione “dalla conoscenza dell'atto”, che è concetto ben diverso da quello di “piena conoscenza” richiamato dalla norma generale, siccome interpretato da una costante giurisprudenza. Dunque, in mancanza della prova della conoscenza dell'atto, il termine per impugnare l'affidamento non poteva che decorrere dalla pubblicazione della deliberazione all'albo pretorio, pubblicazione che realizza - per l'appunto - la conoscenza (legale) dell'atto”* (Tar Liguria, sez. II, 08 febbraio 2016, n. 120).

Ora, tenuto conto che il bando è stato pubblicato nell'albo pretorio dal 2 novembre 2016 al 23 novembre 2016, e che il ricorso è stato notificato il 22 dicembre 2016, lo stesso risulta tempestivo.

2. Nel merito.

2.1. Infondato è il motivo di ricorso con cui si contesta l'applicazione alla tipologia di servizi in questione della disciplina del d.lgs. 50/2016.

Il nuovo codice dei contratti, che, per quanto qui interessa, ha fedelmente recepito le direttive comunitarie, ha mantenuto i servizi legali tra gli appalti elencati nell'allegato IX, cui si applica il regime "alleggerito" ex artt. 140 e ss., mentre all'art. 17 sono elencati tra gli appalti esclusi dall'applicazione del codice quelli di servizi concernenti cinque tipologie di servizi legali tra cui, per quanto qui interessa, quelli di *"rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni"*.

Nel caso di specie, è pacifico che il bando aveva ad oggetto sia l'affidamento relativo all'attività contenziosa, rientrante nel citato art. 17, sia l'affidamento di attività stragiudiziale rientrante negli appalti di servizi di cui al citato allegato IX.

Quest'ultima, soprattutto quando ha carattere generale, deve essere affidata nel rispetto delle previsioni del codice dei contratti.

Nel caso in esame non è possibile apprezzare se risulti prevalente l'attività contenziosa (il cui affidamento è sottratto al codice dei contratti) o quella stragiudiziale (da affidare nel rispetto del codice dei contratti e delle altre norme dell'ordinamento applicabili) e, a ben vedere, non è neanche necessario tale accertamento poiché l'amministrazione ha inteso operare un unico affidamento sia per il contenzioso sia per l'attività stragiudiziale, di talché una siffatta scelta non poteva che comportare la necessità della procedura ad evidenza pubblica, quale che fosse l'estensione e il "peso" delle attività stragiudiziali, pena, altrimenti, la violazione delle norme che ne regolano l'affidamento. Peraltro, la ordinaria sottrazione dell'affidamento del contenzioso alle procedure del codice dei contratti non preclude certo all'amministrazione di far ricorso ad esse per propria scelta, non risultando rinvenibile un divieto in tal senso.

Va da sé che la decisione di operare un unico affidamento – sia del contenzioso sia dell'attività stragiudiziale – impone, come innanzi già esposto, il rispetto delle norme del codice dei contratti pubblici e delle altre disposizioni dell'ordinamento.

Di qui l'insussistenza dei presupposti per una rimessione della questione alla Corte di Giustizia.

2.2. Ciò premesso, al fine di individuare, per quanto in questa sede necessario, le disposizioni applicabili all'affidamento dei servizi legali, occorre rammentare che, oltre agli artt. 140, 142, 143 e 144, trova applicazione all'appalto *de quo* anche l'art. 95 d.lgs. 50/2016 – concernente i criteri di aggiudicazione - come rilevato da una condivisibile giurisprudenza, *"in virtù dell'esplicito rinvio operato, per tutti gli appalti dei settori speciali, dall'art. 133, I comma, dello*

stesso Codice (applicabile anche ai servizi specifici di cui all'Allegato IX, per effetto della previsione dell'art. 114, I comma, il quale estende in via generale l'applicabilità della disciplina del Titolo VI - Capo I del Codice, ivi compreso l'art. 133 e le norme da quest'ultimo richiamate, anche ai servizi elencati nell'Allegato IX e menzionati nell'art. 140, I comma)" (Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 30 novembre 2016, n. 1186).

L'art. 95 codice dei contratti pubblici, prevede che "salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96" (comma 2).

Per il comma 4 "Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo".

Il D. Lgs. n. 50/2016 e, prima ancora, la direttiva 2014/24/UE, ha segnato una netta preferenza per l'applicazione di criteri di aggiudicazione che si fondano su un complessivo apprezzamento del miglior rapporto qualità/prezzo, relegando il tradizionale criterio del prezzo più basso ad ipotesi tassativamente individuate. Conseguentemente, il criterio di aggiudicazione fondato sul rapporto qualità/prezzo costituisce un principio immanente al sistema che consente l'applicazione del prezzo più basso solo nei casi espressamente previsti.

In tale prospettiva, il criterio qualità/prezzo è certamente più agevolmente coniugabile (rispetto al criterio del massimo ribasso) con il disposto dell'art. 2233, 2° comma, cod. civ., che – nel disciplinare il contratto d'opera intellettuale, cui è pur sempre riconducibile l'attività legale – dispone che "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione".

Le considerazioni innanzi svolte dimostrano – conformemente alle deduzioni ricorsuali - le ragioni dell'illegittimità della scelta dell'amministrazione comunale di procedere con il criterio del prezzo più basso, atteso che esso non è compatibile con le disposizioni dell'art. 95 del codice – come si è detto, per più motivi applicabile all'appalto per cui è causa – poiché il legislatore ne ha reso possibile l'applicazione solo in presenza di prestazioni ripetitive ovvero standardizzate, connotati questi che certo non possono ritenersi propri della attività legale che si caratterizza, invece, proprio per la peculiarità e specificità di ciascuna questione, sia essa contenziosa o stragiudiziale.

2.3. È inoltre fondato il motivo con cui si contestano le modalità con cui l'amministrazione comunale ha determinato l'importo dell'appalto.

I servizi esclusi dall'ambito oggettivo di applicazione del Codice, quale quello in esame, sono comunque soggetti ai "*principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*" ex art. 4 Codice.

L'applicazione dei principi di trasparenza e di pubblicità richiedono che ogni potenziale offerente sia messo in condizione di essere a conoscenza di tutte le informazioni necessarie all'appalto in modo tale da consentire un'offerta completa ed adeguata.

Nel caso in esame, l'amministrazione comunale ha ommesso del tutto l'applicazione di questi principi.

Infatti, nessuna motivazione è stata data in ordine alla congruità del compenso posto a base di gara, e non è stata effettuata alcuna istruttoria per determinare i parametri, quali la tipologia o quantità del contenzioso anche prendendo in considerazione gli anni precedenti, idonei per determinare il prezzo posto a base di gara e per permettere un'offerta consapevole.

Infatti, l'impossibilità di predeterminare il numero e gli importi dei procedimenti contenziosi, nonché la qualità e quantità dell'attività stragiudiziale, preclude qualsiasi serio apprezzamento della congruità dell'importo a base d'asta che, almeno teoricamente, l'amministrazione avrebbe potuto confortare ove avesse fornito dati statistici desunti dall'attività svolta negli anni precedenti.

3 In conclusione, il ricorso, previa dichiarazione di inammissibilità dello stesso per difetto di legittimazione attiva nei confronti dell'Ordine degli Avvocati, va accolto, nei termini innanzi indicati, con assorbimento delle censure non esaminate.

4. Le spese possono essere eccezionalmente compensate data la novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe, previa dichiarazione di inammissibilità dello stesso nei confronti dell'Ordine degli Avvocati di Lecce per difetto di legittimazione attiva, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:



Eleonora Di Santo, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Claudia Lattanzi, Primo Referendario, Estensore