L'affidamento degli incarichi di difesa in giudizio da parte delle pubbliche amministrazioni

di Maurizio Zoppolato (*)

La Corte dei Conti del Lazio chiarisce in termini inequivoci che l'affidamento ad avvocati esterni di incarichi giudiziali da parte di società pubbliche e pubbliche amministrazioni non è subordinato al preventivo espletamento di procedure comparative. Risultano così superati sia l'orientamento più restrittivo di ANAC, sia le prassi diffuse tra gli enti pubblici, con vere e proprie gare per la selezione del legale a cui affidare la difesa in giudizio.

Incarichi giudiziali: risolto il dibattito sulle procedure di affidamento

Le modalità di affidamento degli incarichi di difesa in giudizio delle pubbliche amministrazioni e degli enti ad esse equiparati hanno suscitato ampio dibattito, negli ultimi anni.

Da un lato, il Codice dei Contratti pubblici (1) ha espressamente escluso dal proprio ambito di applicazione gli incarichi giudiziali e quelli stragiudiziali ma preordinati ad un contenzioso (2); assoggettandoli solamente -al pari di tutti gli appalti c.d. esclusi- ai principi generali dell'ordinamento (3).

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Ci si riferisce qui al Codice attuale, D.Lgs. n. 50/2016, ma la questione è sorta già nel vigore del D.Lgs. n. 163/2006, con formule analoghe a quelle che saranno affrontate di seguito.

(2) Art. 17, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 50/2016.

(3) Economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica: art. 4, D.Lgs. n. 50/2016.

Dall'altro lato, ANAC, con le linee guida n. 12 del 24 ottobre 2018, ha viceversa desunto dalla necessaria applicazione dei principi generali anche l'obbligo di una comparazione tra più offerte; con l'effetto di generare una diffusa prassi di procedure comparative anche per l'affidamento degli incarichi di difesa in giudizio.
Addirittura, da gestori di piattaforme private messe a disposizione degli enti pubblici proprio per la selezione di legali (e dunque, con interesse diretto sul punto) si è sostenuto, con idonea sponda sulla stampa, che affidamenti diretti e di carattere fiduciario celino illeciti e perfino fenomeni corruttivi.
Ora, la Corte dei Conti del Lazio risolve - auspicabilmente, in via definitiva - la questione: gli incarichi giudiziali sono connaturati da un *intuitu personae* e non richiedono affatto una preventiva procedura comparativa; con la precisazione che il rispetto dei principi generali discende da concrete modalità di incarico che assicurino la competenza del legale prescelto, l'applicazione di tariffe convenienti, una pluralità di professionisti destinatari degli affidamenti disposti dal singolo ente.
Nel rispetto di tali presupposti, l'incarico fiduciario è legittimo e certamente non espone a danno erariale.

La posizione di ANAC, e i suoi profili critici

La decisione consente soprattutto di superare l'eccessiva rigidità delle menzionate linee guida ANAC n. 12 del 2018.
Come accennato, il ragionamento di ANAC muoveva dall'applicabilità dei principi generali dell'ordinamento agli appalti esclusi, e quindi anche ai conferimenti di mandati di difesa giudiziale.
Il presupposto della posizione dell'Autorità è costituito dall'assunto secondo cui, in un contesto comunitario, anche gli incarichi giudiziali, e non solo gli incarichi di consulenza "generale", rappresentano appalti di servizi e non contratti d'opera professionale.
Quale corollario, l'ANAC ha dedotto che il richiamo dell'art. 4, D.Lgs. n. 50/2016 impone nella sostanza una procedura comparativa, senza la quale sarebbero violati i principi di pubblicità e imparzialità.
La tesi scontava in tutta evidenza molteplici debolezze.

Anzitutto, di impostazione, parendo inficiata da quella tendenza che talvolta affligge l'attività amministrativa, di attribuire eccessiva se non esclusiva attenzione al procedimento anziché al fine perseguito dal potere esercitato: quasi che l'elemento rilevante nell'affidamento degli incarichi di difesa giudiziale sia il rispetto della procedura formale, e non la scelta del difensore più appropriato per giungere al miglior esito possibile della controversia.
Inoltre, per l'evidente controsenso di partire da una disposizione che esclude un dato affidamento dall'operatività del Codice dei contratti, per giungere ad imporre procedure comparative ancora più stringenti di quelle del Codice. Basti in proposito considerare che in base al Codice (art. 36, D.Lgs. n. 50/2016), gli affidamenti di servizi fino a 40.000,00 euro possono avvenire in via diretta e senza la previa comparazione di preventivi alternativi; e che tale limite è stato innalzato prima a 75.000,00 euro e poi a 139.000,00 euro dalla disciplina emergenziale (4).
Appare invero paradossale (5) che laddove l'affidamento degli incarichi di difesa giudiziale fosse sottoposto al Codice, li si potrebbe disporre in via diretta sino a 139.000,00 euro, mentre ritenendoli esclusi si debba necessariamente esperire una comparazione anche per affidamenti di importo modesto (è noto che gli incarichi di difesa in giudizio per pubbliche amministrazioni, riguardando spesso questioni di valore indeterminabile, si attestano su valori assai contenuti attraverso l'applicazione dei minimi del D.M. n. 55/2014).
Ancora, perché risulta pacifico che altre fattispecie escluse dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici siano totalmente esenti da qualsiasi procedura comparativa, nonostante l'articolo 4 e i principi ivi elencati si applichino indistintamente a tutti i contratti esclusi. Così, ad esempio, nessuno ha mai neppure ipotizzato che debbano esperirsi procedure comparative prima di un contratto affidato ad altro ente aggiudicatore o a società *in house* (art. 5, D.Lgs. n. 50/2016); e se si ammette che l'esclusione dal Codice per queste fattispecie, in quanto tale, esenta dalle procedure comparative, allora non v'è ragione per affermare che *invece* per i servizi legali tali procedure debbano essere effettuate.
Infine, per l'oggettiva difficoltà di individuare gli elementi suscettibili di valutazione in una

(4) Si veda l'art. 1, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, e poi l'art. 51, D.L. 31 maggio 2021, n. 77.
(5) Nella sua efficace critica all'impostazione dell'ANAC, Fabio Cintioli ravvisa l'impiego della tecnica del "*cherry picking*", per cui ANAC raccoglie solo in parte alcune eterogenee disposizioni, per giungere ad una conclusione che costruisce un vero e proprio procedimento di evidenza pubblica: *L'affidamento di incarichi fiduciari non richiede il procedimento di gara*, in *www.giustamm.it*.

ponderazione tra più candidati, per individuare il difensore "migliore" in quel giudizio. E in effetti, nella prassi le procedure per gli affidamenti di incarichi giudiziali da parte degli enti pubblici risultano incentrate sul solo elemento economico (in sostanza, il "prezzo più basso"), peraltro ritenute legittime dalle pronunce intervenute in materia (6).
Aggiungasi che, sulla scorta delle indicazioni di ANAC, la prassi ha visto una esasperazione del criterio della rotazione, tale per cui laddove un avvocato fosse investito di un incarico anche modesto e pure ad esito di una comparazione, l'ente ritiene di non poterlo incaricare neppure su una controversia nella medesima materia.

Il connotato *intuitu personae* degli incarichi giudiziali, per logica, esigenza concreta e recenti pronunce

Costituisce dato di comune esperienza che l'assistenza di un legale in una controversia, quale che sia la materia e la giurisdizione, presuppone una fiducia nel professionista incaricato, che travalica la mera competenza professionale: la individuazione della migliore strategia processuale e a volte sostanziale, nell'ambito della controversia, impone una "direzione" del legale e conseguentemente un pur parziale affidamento dell'assistito.
D'altro canto, le qualità apprezzabili in una difesa giudiziale appaiono non valutabili oggettivamente, sulla base di parametri predefiniti (7); tanto più in relazione alla controversia specifica, per la quale - a seconda dei casi - può risultare opportuno un approccio riflessivo o viceversa irruente, una preminente attenzione ai fatti ovvero invece agli aspetti processuali ovvero ancora alle tesi giuridiche, una capacità espositiva più lineare o più enfatica, e così via.
In tutta evidenza, nessuno di questi elementi è suscettibile di una valutazione aprioristica e astratta, men che mai sulla base di un CV o di una offerta.
In sostanza - ripetesi, per comune esperienza - la scelta del professionista a cui affidare la propria (personale o dell'ente, nulla importa) difesa giudiziale si incentra sul c.d. *intuitu personae*: per tale intendendosi non certo una "preferenza personale" per ragioni che nulla hanno a che vedere con la ricerca della miglior difesa possibile in relazione alla contingenza, bensì una fiducia nelle capacità individuali del professionista che consentano di perseguire il miglior risultato possibile (8).
Il dato di comune esperienza si trova riflesso anche nelle direttive comunitarie in materia di contratti pubblici, e in particolare nella Dir. UE 2014/24 del 26 febbraio 2014: la quale non ha solo escluso gli incarichi di difesa in giudizio dal proprio ambito di operatività (9), ma ha anche espressamente premesso che "*taluni servizi legali ... comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari da parte di avvocati ... Tali servizi legali sono di solito prestati da organismi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti*" (10).
Si noti: secondo le premesse alla direttiva, le modalità di scelta del difensore "non possono" essere disciplinate dalle disposizioni sull'affidamento degli appalti, cioè non possono essere "procedimentalizzate"; il che costituisce efficace sintesi, con valenza normativa, dei rilievi sopra riferiti circa l'impossibilità di individuare parametri efficaci per valutare le qualità di un legale rispetto alla singola controversia.
Non stupisce, dunque, che la Corte di Giustizia abbia recentemente affermato che il rapporto fiduciario insito negli incarichi giudiziali si basa su presupposti di *intuitu personae* che rendono "*difficile la descrizione oggettiva della qualità che si attende dai servizi da prestare*" (11).

Il contratto d'opera e l'appalto di servizi

In tal contesto, pare invece marginale la qualificazione giuridica del tipo di contratto sotteso all'affidamento, su cui viceversa si incentra tradizionalmente il dibattito nazionale in materia.
Ci si riferisce alla dicotomia tra -da un lato- il contratto d'opera intellettuale caratterizzato dall'esecuzione della prestazione da parte del professionista con lavoro prevalentemente proprio, non organizzato in forma imprenditoriale (artt. 2229 ss. c.c.); e -dall'altro lato- l'appalto di servizi, che presuppone che l'appaltatore esegua la prestazione servendosi dell'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (art. 1655 c.c.).
Nell'impostazione nazionale, solo quest'ultimo rappresenta un vero e proprio "servizio", "vale a

(6) T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 29 aprile 2021, n. 1071; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 27 agosto 2021, n. 9404.
(7) Cfr. F. Cintioli, *L'affidamento degli incarichi fiduciari...*, cit.
(8) Rileva come l'incarico debba essere incentrato sull'*intuitu personae* L. Olivieri, *Il patrocinio in giudizio è e resta un appalto di servizio*, in *www.appaltiecontratti.it*.
(9) Art. 10, par. 1, lett. d), Dir. UE 2014/24.
(10) *Considerando* n. 25.
(11) Corte di Giustizia UE, Sez. V, 6 giugno 2019, in causa C-264/18.

dire la messa a disposizione di una struttura imprenditorialmente organizzata destinata a soddisfare i bisogni del committente di volta in volta che essi si presentano. L'oggetto della prestazione, quindi, è predeterminato quanto alla sua natura giuridica (attività legale) ma non nel contenuto, incerto al momento dell'affidamento del servizio e definito al bisogno (12).

Se ne deriva tradizionalmente che l'appalto di servizi legali così configurato necessiti di un affidamento previo espletamento di procedure competitive. Viceversa, i singoli incarichi legali di rappresentanza e difesa in giudizio sono qualificati come prestazioni di lavoro autonomo professionale, il cui affidamento è caratterizzato da un preminente elemento fiduciario. Sicché l'affidamento di tali incarichi deve avvenire nel solo rispetto dei principi generali in tema di trasparenza e economicità (13).

Pur nel pieno rispetto di una impostazione articolata e storicamente risalente, la discrasia appare per un verso probabilmente inattuale e per altro verso irrilevante.

Inattuale in una duplice direzione: sia perché oggi la difesa in giudizio risulta spesso connotata da un ampio ricorso all'organizzazione di studio, in molte (se non, talvolta, tutte) le attività da espletare; e sia perché anche l'assistenza stragiudiziale può determinare in molte occasioni un necessario coinvolgimento individuale e "intellettuale" del professionista, senza alcun particolare ricorso alla "organizzazione imprenditoriale" dello studio.

Irrilevante perché - limitandosi al mandato giudiziale - l'elemento fondamentale individuato dalla disciplina e dalla richiamata pronuncia comunitaria non è il tipo di contratto, che del resto ben può risultare diversamente qualificato nei vari ordinamenti nazionali, bensì le caratteristiche sottese all'affidamento: che nella difesa giudiziale sono "imponderabili" non per il sotteso rapporto contrattuale, ma per le concrete esigenze dell'incarico (14).

I principi generali declinati sugli affidamenti

Come anticipato, la pronuncia della Corte dei Conti sgombra il terreno da qualsiasi equivoco: l'affidamento di incarichi giudiziali agli avvocati prescinde da qualsiasi procedura di evidenza pubblica, ben potendo avvenire per via diretta.

La sentenza coniuga il contesto comunitario con il diritto interno, richiamando significativamente i commi 11 e 42 della legge finanziaria L. n. 311 del 2004; i quali, nel disciplinare i limiti e le condizioni degli incarichi esterni da parte delle pubbliche amministrazioni, hanno escluso proprio le attività di rappresentanza in giudizio ed il patrocinio legale a favore delle amministrazioni (15).

Ma soprattutto la Corte dei Conti ha il merito di chiarire come i principi generali elencati nell'art. 4, D.Lgs. n. 50/2016 debbano essere declinati in concreto: economicità, efficacia, imparzialità e trasparenza non conducono affatto alla "procedimentalizzazione" degli affidamenti, che in concreto non aggiunge nulla al perseguimento di quelle finalità.

Ben diversamente, superando quella tendenza sopra stigmatizzata di attribuire importanza al procedimento e non al fine dell'attività amministrativa, la Corte ravvisa in concreto l'*economicità* nella pattuizione di compensi pari o addirittura inferiori ai minimi del D.M. n. 55/2014; *l'efficacia* nella elevata percentuale di vittorie sul complesso del contenzioso; *l'imparzialità e la trasparenza* nell'alternanza degli incarichi tra i vari professionisti iscritti all'elenco dei legali presso l'ente.

Questi ultimi due punti, efficacia da un lato e imparzialità dall'altro, meritano di essere brevemente approfonditi.

Quanto alla efficacia, come già evidenziato l'incarico deve essere finalizzato non all'esperimento di un "perfetto procedimento di selezione", ma al perseguimento del miglior risultato possibile nella controversia. Miglior risultato che, ferma ovviamente l'alea che assiste qualsiasi giudizio, e fermo che il difensore non risponde dell'attività amministrativa che ha originato il contenzioso, ben può tradursi sia in una percentuale di esito favorevole superiore alla media di quel tipo di controversie; e sia in soccombenze che non abbiano condotto ad ulteriori conseguenze negative, proprio perché il legale ha orientato l'Amministrazione (prima o dopo la sentenza) verso adempimenti che

(12) Cons. Stato, Sez. affari normativi, comm. Spec., 3 agosto 2018, n. 2017, proprio sulle linee guida ANAC.

(13) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730; Cons. Stato, Sez. affari normativi, comm. Spec., 3 agosto 2018, n. 2017, cit.

(14) Ancora F. Cintioli sottolinea che l'esenzione dalle gare pubbliche ha una portata che dipende dalla natura dell'incarico e dal tipo di rapporto; in particolare, la difesa in giudizio addirittura eccede i confini del mandato con rappresentanza, "*per trasmodare nel contratto di patrocinio*"; ma anche le consulenze collegate al futuro contenzioso e inerenti all'esercizio di poteri pubblici esaltano l'aspetto della personalità e dell'*intuitus personae* (*L'affidamento degli incarichi fiduciari agli avvocati*, cit.).

(15) La pronuncia richiama anche la deliberazione n. 6/2005 delle SS.RR. della Corte dei Conti.

abbiano evitato interruzioni procedimentali o gravi svantaggi per l'ente. Tutte circostanze che dipendono proprio dall'approccio e dalle qualità individuali del professionista, certamente non valutabili sulla base di parametri astratti e predefiniti.

Quanto alla imparzialità, la Corte ha tra le righe anche sfatato il mito della "rotazione" strettamente intesa.

Pur non rientrando tra i principi generali elencati dall'art. 4, la rotazione degli incarichi è diventata un "totem" proprio sulla spinta di ANAC e di varie linee guida; con l'approdo estremo, già riferito, per cui un legale incaricato di una difesa, anche di importo molto contenuto, non può essere affidatario per molto tempo di altro incarico da parte del medesimo ente, neppure nella stessa materia nella quale abbia mostrato particolare capacità.

Anche a questo riguardo, la Corte suggerisce una lettura "ponderata" della rotazione, che diviene nella pronuncia una ben più mitigata "alternanza": con il corollario che, in presenza di idonea motivazione, il conferimento pregresso - anche recente - di incarichi non può di per sé precludere un nuovo affidamento di difesa giudiziale, laddove ne ricorrano le ragioni di efficacia rispetto al giudizio.