

N. ____/____ REG.PROV.COLL.
N. 03632/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3632 del 2019, proposto da
Ordine degli Avvocati di Roma ed Ordine degli Avvocati di Napoli, in persona dei
rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli Avvocati
Giorgio Leccisi ed Antonio Cordasco, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Giorgio
Leccisi in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico *ex lege* presso i suoi uffici
in Roma, via dei Portoghesi n. 12

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- dell'avviso pubblico del Ministero dell'Economia e delle Finanze in data 27
Febbraio 2019, di manifestazione di interesse per il conferimento di incarichi di

consulenza a titolo gratuito sul diritto nazionale ed europeo societario, bancario e dei mercati e intermediari finanziari, in vista anche dell'adozione o integrazione di normative primarie e secondarie, ai fini, tra l'altro, dell'adeguamento dell'ordinamento interno alle direttive e regolamenti comunitari;

- della nota n. 48 dell'8.3.2019, con la quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha reso chiarimenti sull'avviso predetto;
- di tutti gli atti presupposti, connessi, consequenziali, ancorché non conosciuti;
- degli atti di conferimento degli incarichi, se nel frattempo intervenuti, e/o per la declaratoria di nullità dei contratti, ove stipulati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2019, il Cons. Rita Tricarico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I - Con avviso pubblicato in data 27 febbraio 2019 sul sito web del Ministero dell'Economia e delle Finanze, detta Amministrazione ha reso noto che intendeva cercare un supporto tecnico ad elevato contenuto specialistico di professionalità altamente qualificate per svolgere consulenze a titolo gratuito, sul diritto nazionale ed europeo societario, bancario e dei mercati e intermediari finanziari, in vista anche dell'adozione o integrazione di normative primarie e secondarie, ai fini, tra l'altro, dell'adeguamento dell'ordinamento interno alle direttive e regolamenti comunitari.

Detto avviso era diretto ad esponenti del mondo accademico e professionisti. Ed infatti, quale requisito di ammissione, veniva richiesta *“consolidata e qualificata esperienza accademica e/o professionale documentabile (di almeno 5 anni), anche*

in ambito europeo o internazionale, negli ambiti tematici del diritto societario, bancario, pubblico dell'economia o dei mercati finanziari o dei principi contabili e bilanci societari; lingua inglese fluente”.

Era prevista una durata biennale, senza possibilità di rinnovo ma con possibilità, per il professionista, di recedere, con preavviso di 30 giorni, fermo restando l'obbligo, per lo stesso, di portare a termine un eventuale studio che avesse iniziato.

II - Gli Ordini degli Avvocati di Roma e di Napoli hanno impugnato il predetto avviso, unitamente ai chiarimenti dati su di esso dall'Amministrazione, deducendo i seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione degli artt. 1, 3, 35, 36 e 97 Cost., nonché dell'art. 13 bis, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (recante “Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense”), inserito dall'art. 19 quaterdecies, comma 1, del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, applicabile alle Pubbliche Amministrazioni in forza del terzo comma dell'art. 19 quaterdecies, comma 3, del d.l. n. 148/2017.

La previsione della gratuità delle prestazioni che il Ministero intimato intende acquisire con la pubblicazione dell'avviso si porrebbe in contrasto con le prescrizioni impartite dalle menzionate disposizioni costituzionali e legislative, che riconoscerebbero l'equo e giusto compenso come principio di carattere generale nel nostro ordinamento.

Il diritto all'equo compenso nello svolgimento di incarichi, anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, sarebbe, infatti, garantito sia dalla Costituzione, che tutela il diritto del professionista “*ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro*” (art. 36), sia dalla legge, che correla la retribuzione professionale al “*contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale*” (art. 13 bis, co. 2, L. 247/12).

La previsione della gratuità dell'incarico contenuta nell'avviso violerebbe la normativa costituzionale e legislativa anche sotto il profilo del buon andamento dell'organizzazione amministrativa e della ragionevolezza dell'operato della P.A..

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze intende acquisire servizi di consulenza da parte di professionisti dotati di *“consolidata e qualificata esperienza accademica e/o professionale”* e, nel contempo, pretende di farlo senza esborsi ed oneri a carico dell'Amministrazione.

Tale pretesa violerebbe il principio di proporzionalità e denoterebbe l'omessa o comunque l'erronea ed irrazionale ponderazione di tutti gli interessi compresenti, nonché la mancata considerazione delle conseguenze cui l'Amministrazione espone sia il professionista sia sé stessa ed il pubblico Erario.

Infatti, richiedendo al professionista di sottoscrivere e dunque accettare condizioni lontane da una retribuzione o da un equo compenso, comporterebbe per il medesimo, all'atto della sottoscrizione, la violazione degli artt. 9, 19, 25 e 29 del Codice Deontologico vigente.

Tali disposizioni, da un lato, stabiliscono il divieto di accettazione di un compenso iniquo o lesivo della dignità e del decoro professionale, dall'altro, impongono che le condizioni contrattuali per i servizi legali e per l'attività difensiva non possano tradursi in clausole lesive della dignità e del decoro del professionista.

Inoltre detta pretesa esporrebbe l'Amministrazione al rischio di ricevere prestazioni di scarsa qualità, in quanto non considera il costo/opportunità del professionista a rendere prestazioni in misura correlata al compenso ricevuto, anche in ragione dell'assunzione di responsabilità che comporta lo svolgimento di tale attività.

Eliminare qualunque tipologia di compenso comporterebbe che l'incarico (e quindi l'Amministrazione che ne beneficia) sia sottoposto all'alea della indisponibilità (anche sopravvenuta) a ricoprirlo (ed infatti, l'avviso prevede il diritto di recesso *ad nutum*, con preavviso di 30 giorni), determinando eventuali avvicendamenti dannosi per il buon andamento dell'Ufficio, lasciando comunque in capo al professionista l'obbligo di *“concludere la propria attività su eventuali questioni in corso”*.

Nel contempo, la pattuizione di gratuità esporrebbe l'Amministrazione a comportamenti opportunistici e, in ipotesi, persino all'azione di nullità del

contratto e a quella generale di arricchimento ex art. 2041 c.c. per l'indennizzo della diminuzione patrimoniale subita dal professionista nell'adempimento di una prestazione resa ad esclusivo vantaggio dell'Amministrazione.

L'Amministrazione non potrebbe utilmente invocare il precedente del Consiglio di Stato n. 4614/2017. Al di là della diversità di circostanze (una su tutte quella relativa alla messa a disposizione, in quel caso, di un relevantissimo importo di euro 250.000,00 a titolo di rimborso spese, nella specie inesistente), il precedente è stato emesso in relazione ad un procedimento indetto prima dell'introduzione dell'art. 13 bis nella legge 247/12.

Inoltre la scelta del Ministero, contenuta nell'avviso impugnato, di non remunerare i propri consulenti discriminerebbe irragionevolmente i futuri ed eventuali titolari di tali incarichi rispetto ad altri consulenti, anche della stessa Amministrazione, che già svolgono analoghi compiti di consulenza variamente retribuiti.

Da qui il contrasto anche con l'art. 3 Cost..

2) Violazione del d.lgs. n. 50/2016 e delle linee guida ANAC n. 12 sull'affidamento dei servizi legali approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018.

I servizi che il Ministero intimato intende acquisire sono "servizi legali" contemplati dall'Allegato IX del Codice dei Contratti pubblici (nell'ambito del quale rientrano tutti i servizi giuridici che non sono esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lettera d, del Codice dei contratti pubblici).

Come affermato dall'ANAC nelle menzionate Linee Guida, i relativi affidamenti, non essendo ricompresi, da un punto di vista prestazionale, nell'ambito oggettivo, costituirebbero "appalti", svolti su richiesta delle stazioni appaltanti nei limiti delle istruzioni ricevute.

Tuttavia la configurazione di un appalto pubblico gratuito, nei termini ivi prefigurati, sarebbe elusiva della normativa pertinente.

Al riguardo si rileva anzitutto che tutto il sistema della contrattazione pubblica è imperniato sulla sinallagmaticità del contratto di appalto, per cui l'esistenza del

corrispettivo sarebbe imprescindibile.

Il corrispettivo dovrebbe non soltanto esistere, ma anche essere congruo in relazione all'impegno profuso dal contraente ed essere equo.

Ciò sarebbe garantito dalla Costituzione ed imposto dalla legge.

In proposito le Linee Guida Anac prevedono che, anche per i contratti esclusi ex art. 17, l'Amministrazione debba garantire *“l'equità del compenso, nel rispetto dei parametri stabiliti da ultimo con decreto ministeriale 8 marzo 2018, n. 37”*, atteso che *“il risparmio di spesa non è il criterio di guida nella scelta che deve compiere l'amministrazione”*.

In ogni caso, anche a voler per ipotesi concedere che una remunerazione possa non tradursi in un corrispettivo finanziario, sarebbe comunque inammissibile prevedere che l'incarico sia svolto in perdita, senza quindi una forma di contributo alle spese sostenute.

Peraltro, al di là della gratuità, la scelta del contraente/consulente prefigurata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nell'avviso impugnato sulla base della sola valutazione curriculare e senza la previsione di un prezzo violerebbe i principi e le disposizioni di cui agli artt. 140 ss. del d.lgs. 50/16 e, in particolare, quelli sottesi all'articolo 95 in riferimento al criterio di aggiudicazione.

La disciplina dei contratti pubblici prevede che, fra i criteri di aggiudicazione, vi siano il prezzo ed altresì la qualità dell'offerta. In proposito, come affermato da ANAC sempre nelle linee guida n. 12, *“la natura dei servizi in questione e l'importanza degli interessi coinvolti suggeriscono, anche per gli affidamenti di minor valore, l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*.

Le disposizioni in questione risulterebbero violate anche in quanto l'Amministrazione non ha predeterminato i criteri sulla base dei quali procederà alla selezione, limitandosi alla *“valutazione dei curricula”*.

L'assenza di una comparazione sulla scorta di criteri predeterminati sarebbe peraltro comprovata dalla mancata previsione di una graduatoria di merito o

dell'attribuzione di punteggi.

Si verificherebbe inoltre un'evidente sproporzione tra l'individuazione di requisiti di partecipazione particolarmente qualificanti e il "valore" della commessa.

L'avviso sarebbe altresì irragionevolmente carente dell'indicazione del fabbisogno numerico di professionisti da contrattualizzare e dell'ambito dell'incarico, non essendo specificate le prestazioni richieste, la cui individuazione è rimessa al contratto.

Non consterebbe inoltre che il Ministero abbia fornito motivazioni circa la gratuità e le particolari ragioni di urgenza o emergenza, in virtù delle quali si potrebbe eventualmente giustificare, limitatamente alla procedura così indetta, il ricorso ad una selezione "indeterminata" quanto alla procedura ed all'esito.

Tali circostanze violerebbero l'art. 142, comma 5 quater, del d.lgs. n. 50/2016, in combinato disposto con l'art. 21, che impongono alle Amministrazioni di dotarsi di strumenti di programmazione e di predeterminazione del fabbisogno.

Il provvedimento violerebbe anche il principio di pubblicità degli avvisi, che impone il rispetto delle misure di cui all'art. 142 del d.lgs. 50/2016 e comunque richiede che i soggetti interessati abbiano un agevole accesso, in tempo utile, a tutte le informazioni necessarie relative alla procedura prima che essa sia aggiudicata, in modo da consentire l'eventuale manifestazione di interesse da parte dei professionisti.

3) Eccesso di potere per difetto di istruttoria - difetto di motivazione.

L'Amministrazione non avrebbe svolto una verifica adeguata né in ordine all'opportunità di individuare un meccanismo di selezione diverso né in relazione alla reale necessità di coinvolgere specifiche professionalità in funzione di impegni determinati.

Inoltre non si comprenderebbe l'iter logico-giuridico seguito dall'Amministrazione, all'esito del quale essa ha pubblicato l'avviso *de quo*.

L'Amministrazione non potrebbe neppure invocare il principio del contenimento della spesa pubblica, in quanto quest'ultimo obiettivo non può essere assicurato

violando altre norme di legge, anche e soprattutto di rango costituzionale.

Si impugna anche la nota n. 48 dell'8 marzo 2019 dell'Ufficio Stampa del Ministero dell'Economia e delle Finanze, con la quale l'Amministrazione ha specificato – a fronte delle polemiche suscitate – che i) l'avviso *“non costituisce un'opportunità lavorativa”*; ii) la consulenza *“non è da intendersi come rapporto di lavoro o fornitura di un servizio professionale”*; iii) *“l'invito è rivolto a personalità affermate, principalmente provenienti dal mondo accademico, che, in ottica di collaborazione istituzionale, desiderino offrire la propria esperienza in termini di idee e soluzioni tecniche in materie molto complesse”*; iv) *“la procedura posta in essere dal MEF garantisce al Paese che l'Amministrazione, prima di elaborare norme e disegnare strumenti, assicuri un doveroso confronto con gli esperti di alto profilo competenti in materia che l'Italia sa offrire”* e v) che *“esula completamente da questi rapporti, quindi, il tema dell'equo compenso che si riferisce a rapporti professionali di lavoro nell'ambito del settore privato”*.

I suddetti chiarimenti darebbero ragione di tutti i vizi denunciati innanzi.

Un *“confronto con gli esperti di alto profilo competenti in materia”* assunto *“prima di elaborare norme e disegnare strumenti”* sarebbe una richiesta di prestazione d'opera intellettuale e, nello specifico, un servizio di consulenza legale. Non sarebbe vero nemmeno che l'invito sia rivolto a *“personalità affermate, principalmente provenienti dal mondo accademico”*: i requisiti di partecipazione menzionati nell'avviso indicano 5 anni di esperienza nel settore giuridico di competenza, alternativamente in ambito accademico o professionale.

Non si tratterebbe di una *“collaborazione istituzionale”*, ai fini della quale il Ministero avrebbe potuto rivolgersi in via diretta e con altre modalità alle istituzioni preposte, una su tutte agli Ordini degli Avvocati ricorrenti.

Anche a voler, per ipotesi, concedere che si tratti di una diversa, quanto nuova, atipica ed indeterminata forma di collaborazione *“istituzionale”*, l'apporto consulenziale comunque accordato dal singolo professionista non troverebbe in

alcun modo una giustificazione causale.

Sarebbe palesemente illegittimo l'assunto finale del Ministero secondo il quale esulerebbe da questi rapporti il tema dell'equo compenso "*che si riferisce a rapporti professionali di lavoro nell'ambito del settore privato*", essendo ormai pacifico che l'applicazione del menzionato principio rappresenta – per espresso riconoscimento legislativo (art. 19-quaterdecies, comma 3, del D.L. n. 148/2017) – un dovere anche per tutte le Amministrazioni pubbliche.

Infine, anche alla luce del chiarimento, l'Amministrazione non potrebbe invocare nemmeno l'art. 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001, atteso che, in forza della normativa menzionata, anche tali incarichi beneficerebbero della garanzia di un equo compenso.

Infine l'art. 7 del d.lgs. 165/01 sarebbe inconferente, in quanto riguarda "*contratti di lavoro autonomo*", nella specie non configurabili.

III - Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze, che ha depositato una memoria difensiva e documentazione.

III.1 - Chiamato il ricorso nella camera di consiglio del 17 aprile 2019, la parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare, incidentalmente proposta.

III.2 - Entrambe le parti hanno successivamente prodotto memorie difensive in vista della pubblica udienza del 10 luglio 2019, nella quale il ricorso è stato trattenuto in decisione.

IV - Il ricorso è privo di fondamento per le ragioni di seguito esposte.

V - Occorre inquadrare correttamente l'oggetto dell'avviso, impugnato col ricorso in esame.

Con il predetto avviso, diretto a giuristi del mondo accademico e/o forense, in possesso di esperienza di almeno 5 anni documentabile, anche a livello europeo o internazionale, negli ambiti tematici del diritto societario, bancario, pubblico dell'economia o dei mercati finanziari o dei principi contabili e bilanci societari, si chiede agli stessi una mera manifestazione di interesse a prestare, senza che sia prefissata la frequenza e l'entità dell'eventuale 'prestazione' nell'arco temporale di

due anni, la propria consulenza nelle stesse suddette materie *“in vista anche dell’adozione e/o integrazione di normative primarie e secondarie ai fini, tra l’altro, dell’adeguamento dell’ordinamento interno alle direttive/regolamenti comunitari”*.

V.1 - La genericità non costituisce un vizio dell’avviso ma un elemento che lo caratterizza, in forza del quale anzi esso è assolutamente legittimo.

Come, infatti, è stato anche precisato con il comunicato stampa che ha fornito i dovuti chiarimenti in ordine alla sua portata, all’esito della valutazione dei curricula obbligatoriamente inviati dai suindicati professionisti, non s’instaura alcun rapporto di lavoro né è prevista la fornitura di un servizio professionale.

VI – Si deve ulteriormente evidenziare la previsione della possibilità, per il professionista, di porre fine unilateralmente all’incarico in qualunque momento.

VI.1 - Il prescritto preavviso di 30 giorni per esercitare tale diritto obbedisce ad una mera esigenza organizzativa: in altre parole, l’Amministrazione ha necessità di conoscere *ex ante* sull’apporto di quali professionalità nell’esame di questioni rilevanti può contare in un determinato periodo.

VI.2 - L’obbligo, per il professionista, di concludere la propria attività su eventuali questioni in corso è invece funzionale a garantire un’azione della Pubblica Amministrazione efficace, che persegue il buon andamento: un’interruzione potrebbe, infatti, determinare perdite di tempo e degli apporti qualificati già conferiti dai professionisti che non intendano più portare avanti la consulenza.

VI.3 – Sono elementi che fanno escludere la riconduzione della consulenza all’ambito dei servizi, il cui affidamento è sottoposto alla disciplina del Codice dei Contratti pubblici.

VI.4 - Conduce a tale conclusione anche l’assenza della previsione del numero ben definito di incarichi da conferire, dell’individuazione puntuale dell’oggetto e della consistenza di ciascun incarico, nonché di una selezione vera e propria, con una graduatoria finale.

VI.5 - Perciò è evidente che nessun obbligo di applicare le norme del d.lgs n. 50/2016 sussisteva in capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze.

VII - La prescrizione di requisiti minimi si rendeva invece evidentemente necessaria per acquisire manifestazioni di interesse solo da parte di soggetti qualificati che, ove ritenuti idonei sulla base della valutazione dei propri curricula, possano effettivamente dare un contributo rilevante nelle materie e nell'ambito delle attività indicate nell'avviso censurato.

VIII - Alla luce dei rilievi svolti sinora, il carattere gratuito della consulenza appare legittimo.

VIII.1 - Deve rilevarsi in proposito che nel nostro ordinamento non si rinviene alcun divieto in tal senso.

VIII.2 - Non può ritenersi che la disciplina dell'equo compenso, diffusamente ed analiticamente descritta dalla parte ricorrente ed erroneamente invocata a sostegno delle proprie tesi, presenti tale carattere ostativo.

Essa deve, infatti, intendersi nel senso che, laddove il compenso in denaro sia stabilito, esso non possa che essere equo.

VIII.3 - Nulla impedisce, tuttavia, al professionista, senza incorrere in alcuna violazione, neppure del Codice deontologico, di prestare la propria consulenza, in questo caso richiesta solo in modo del tutto eventuale nei due anni stabiliti, senza pretendere ed ottenere alcun corrispettivo in denaro.

Lo stesso può invece in questo caso trarre vantaggi di natura diversa, in termini di arricchimento professionale legato alla partecipazione ad eventuali tavoli, allo studio di particolari problematiche ed altro, nonché quale possibilità di far valere tutto ciò all'interno del proprio *curriculum vitae*.

Non bisogna dimenticare al riguardo che, se è vero che viene richiesta una determinata esperienza documentabile negli ambiti di materia indicati nell'avviso, è altresì vero che non si tratta di un'esperienza che può essere vantata solo da professionisti che lavorano da lunghissimo periodo e che per ciò stesso potrebbero non ricevere stimoli e vantaggi in termini curriculari.

Il vaglio dei *curricula* garantisce al Ministero di scegliere solo quanti siano ritenuti in concreto in grado di fornire un apporto valido, il che assicura lo stesso in ordine al livello qualitativo elevato della consulenza, ove acquisita.

Tuttavia potrebbe trattarsi di professionisti ancora giovani che, sebbene qualificati, trovino ancora molti stimoli professionali nell'attività descritta nell'avviso e ravvisino altresì nella stessa un'opportunità per arricchire il proprio *curriculum*.

D'altronde anche professionisti con un bagaglio professionale consistente potrebbero avere interesse, in quanto stimolante, a contribuire, con la propria professionalità, all'elaborazione di norme per l'adeguamento dell'ordinamento interno alle direttive/regolamenti comunitari.

IX - Dalle argomentazioni svolte nella presente disamina deriva che l'avviso impugnato è legittimo ed il ricorso è infondato e deve essere respinto.

X – In considerazione della peculiarità della questione esaminata, le spese di giudizio devono compensarsi integralmente tra le parti ravvisandosene i presupposti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso, come in epigrafe proposto;
- compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2019, con l'intervento dei Magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Rita Tricarico

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO