

Affidamento incarichi legali

Gli incarichi di patrocinio legale dopo la sentenza della Corte di giustizia UE

di Roberto Severini - Segretario generale di Ente locale

Il contributo attualizza il tema dell'affidamento degli incarichi legali alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa, contabile e comunitaria in materia. Lo studio, analizzando posizioni all'apparenza contrastanti, si pone l'obiettivo di trovare un filo conduttore sulla base dei principi normativi che ispirano l'azione dei diversi interpreti.

Premessa

L'affidamento degli incarichi legali negli Enti locali rappresenta un'attività complessa, stretta tra la necessità di garantire all'ente il diritto alla difesa, da una parte, e le esigenze di trasparenza e pubblicità, dall'altra. Ancora - ma non è oggetto del presente contributo - tra la necessità di dare completa copertura alla potenziale spesa e la difficoltà di quantificare, *ab origine*, l'attività difensiva, stante la fisiologica imprevedibilità dell'andamento della causa (1).

Da segnalare sull'argomento il contrasto tra le diverse giurisdizioni interessate ai provvedimenti delle Pubbliche Amministrazioni. Da una parte la Corte dei conti che - in sede giurisdizionale (2), ma anche di controllo - ha prevalentemente contestato qualsiasi anelito fiduciario, difendendo, anche sulla scia delle Linee guida n. 12 dell'ANAC, l'obbligatorietà delle procedure comparative.

Di contro la giurisprudenza amministrativa che, viceversa, ha evidenziato come l'aspetto fiduciario,

seppure governato dai principi generali dell'azione amministrativa, è presente (3).

Al momento, come si descriverà meglio di seguito, l'ultimo capitolo della vicenda è stato scritto dalla Corte di Giustizia Europea.

Al fine di orientare quanti si avvicinano alla materia appare utile, dopo avere descritto le diverse opinioni, lasciare alle conclusioni il compito di individuare un filo conduttore.

La posizione della Corte di giustizia sugli incarichi legali

Il giudice comunitario interviene sulla questione degli incarichi di patrocinio legale con la sentenza del 6 giugno 2019 nella causa C-264/18 avente ad oggetto la questione pregiudiziale sollevata dalla "Cour constitutionnelle" del Belgio, in merito alla possibile violazione dei principi comunitari per la mancata inclusione tra i servizi rilevanti per la direttiva appalti di determinati servizi legali.

La Corte di giustizia chiarisce che l'art. 10, lett. d), i) e ii), della Dir. n. 2014/24 (4) non esclude dal proprio

(1) Per una disamina completa degli aspetti contabili si rinvia a: "Gli incarichi professionali ai difensori legali dell'ente" di Paola Portuese in questa *Rivista*, 5/2017, pag. 499.

(2) Corte dei conti Lazio, sentenza 29 maggio 2017, n. 124.

(3) "Si deve aggiungere - si legge nella famosa sentenza del Consiglio di Stato 11 maggio 2012, n. 2730 (una posizione, come si vedrà, ancora attuale) - 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".

(4) La Dir. 2014/24/UE al punto 25 del considerato evidenzia 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

ambito di applicazione tutti i servizi che possono essere forniti da un avvocato a un'amministrazione aggiudicatrice, "ma unicamente la rappresentanza legale del suo cliente nell'ambito di un procedimento dinanzi a un organo internazionale di arbitrato o di conciliazione, dinanzi ai giudici o alle autorità pubbliche di uno Stato membro o di un paese terzo, nonché dinanzi ai giudici o alle istituzioni internazionali, ma anche la consulenza legale fornita nell'ambito della preparazione o dell'eventualità di un siffatto procedimento". Secondo il giudice comunitario "simili prestazioni di servizi fornite da un avvocato si configurano solo nell'ambito di un rapporto *intuitu personae* tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza". Il giudice giustifica tale presa di posizione mettendo in rilievo che "da un lato, un siffatto rapporto *intuitu personae* tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla libera scelta del suo difensore e dalla fiducia che unisce il cliente al suo avvocato, rende difficile la descrizione oggettiva della qualità che si attende dai servizi da prestare". Inoltre la recente pronuncia evidenzia come "la riservatezza del rapporto tra avvocato e cliente, il cui oggetto consiste, in particolare nelle circostanze descritte al punto 35 della presente sentenza, tanto nel salvaguardare il pieno esercizio dei diritti della difesa dei singoli quanto nel tutelare il requisito secondo il quale ogni singolo deve avere la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato (v., in tal senso, sentenza del 18 maggio 1982, AM & S Europe/Commissione, 155/79, EU:C:1982:157, punto 18), potrebbe essere minacciata dall'obbligo, incombente sull'amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni". Conseguentemente la questione sollevata dalla Corte costituzionale del Belgio viene rigettata in quanto "alla luce delle loro caratteristiche oggettive, i servizi di cui all'articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24, non sono comparabili agli altri servizi inclusi nell'ambito di applicazione della direttiva medesima. Tenuto conto di tale differenza oggettiva, è altresì senza violare il principio della parità di trattamento che il legislatore dell'Unione ha potuto, **nell'ambito del suo potere discrezionale**, escludere tali servizi dall'ambito di applicazione di detta

direttiva". La presa di posizione del giudice comunitario appare *tranchant*. La natura fiduciaria (5) e la riservatezza non consentono procedure comparative, giustificando così l'esclusione dalla direttiva sugli appalti pubblici.

Corte di giustizia

➔ rapporto fiduciario

Gli affidamenti degli incarichi legali nell'ordinamento interno

L'approdo del giudice comunitario non è che l'ultimo tassello di un *puzzle* particolarmente difficile da comporre (6).

La disciplina interna aveva trovato un precario equilibrio con l'approvazione del Codice De Lise (D.Lgs. n. 163/2006). L'affidamento di un servizio legale era soggetto all'applicazione del Codice, seppure limitatamente al regime di affidamento semplificato risultante dal combinato disposto dell'art. 20 e dell'art. 27, mentre il singolo incarico di patrocinio era escluso. La giurisprudenza, e la stessa Autorità, distinguevano il conferimento del singolo incarico di patrocinio, 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. Solo quest'ultimo affidamento, caratterizzato da "un *quid pluris* per prestazione o modalità organizzativa" rispetto al patrocinio legale, rientrava nel novero del "servizio legale" affidabile mediante procedura ad evidenza pubblica (7).

Per converso il contratto di conferimento di un incarico legale, finalizzato esclusivamente alla difesa tecnica dell'ente in giudizio, non predeterminabile nei suoi aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazione, era stato escluso dall'applicazione della disciplina degli appalti, in quanto rientrante nel

da norme di aggiudicazione degli appalti [...]. Tali servizi legali dovrebbero pertanto essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva".

(5) A conclusioni simili erano giunti l'Unione nazionale degli avvocati amministrativisti con la circolare approvata dal Consiglio Direttivo UNA in data 19 gennaio 2017 e in maniera particolarmente approfondita il Consiglio nazionale forense con il successivo parere adottato nella seduta amministrativa del 15 dicembre 2017.

(6) Per una ricostruzione delle diverse posizioni antecedenti all'intervento della Corte di Giustizia si rinvia a: "L'affidamento degli incarichi di patrocinio legale da parte della Pubblica Amministrazione: applicazioni pratiche per la soluzione ai contrasti interpretativi" di Iacopo Cavallini e Maria Orsetti in questa *Rivista*, n. 11/2018, pag. 1431.

(7) Corte dei conti, sez. Basilicata, del. n. 19/2009; AVCP, determinazione n. 4/2011.

contratto di prestazione d'opera intellettuale disciplinato dall'art. 2230 Cod. civ.

Il D.Lgs. n. 50/2016 - in attuazione della direttiva 2014/24 prima richiamata - all'art. 17, comma 1 specifica che

“Le disposizioni del presente Codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: [...] d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali: 1) 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: 1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un Paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; 1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali; [...]”.

La riconducibilità del patrocinio legale agli appalti di servizi esclusi dall'ambito di applicazione del Codice comporta il rispetto dei principi generali esplicitati nell'art. 4 del medesimo D.Lgs. n. 50/2016.

Le linee guida (8) n. 12 dell'ANAC, le numerose deliberazioni della Corte dei conti Sezione Regionale dell'Emilia Romagna e la giurisprudenza amministrativa hanno provato a chiudere il cerchio, nell'intento di fornire un quadro di riferimento più chiaro.

In realtà i punti di approdo sono risultanti molto distanti. È stata oggetto di discussione, in particolare, la possibilità di conferire incarichi fiduciari o, in alternativa, la possibilità di applicare l'art. 36, comma 1, lett. a), del Codice degli appalti che legittimerebbe per gli importi inferiori a 40 mila euro l'affidamento diretto. Tale soluzione - prima dell'intervento della Corte di giustizia - non è stata avallata dall'Autorità, dalla giurisprudenza contabile e neppure da quella amministrativa (almeno nel limitato ambito dei pareri resi dalla commissione speciale del Consiglio di Stato).

La posizione dell'Autorità nazionale anticorruzione

Le Linee Guida n. 12, dopo avere chiarito che “l'incarico conferito *ad hoc* costituisce [invece] un contratto d'opera professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è sottoposto al regime di cui all'articolo 17 (contratti esclusi)”, nell'ambito della definizione sul principio di pubblicità precisano che “il mancato ricorso ad adeguate

forme di pubblicità è giustificato negli stessi casi in cui il Codice consente deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario, a condizione di rispettare le condizioni enunciate per una di tali deroghe”. In maniera più esplicita nel proseguo del documento si legge che “l'affidamento diretto a un professionista determinato di uno dei servizi legali di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici è possibile, nel rispetto dei principi recati dall'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre”. In particolare, l'Autorità individua le tre situazioni che possono dare luogo ad un affidamento diretto. Anzitutto nei casi “di consequenzialità tra incarichi (come in occasione dei diversi gradi di giudizio) o di complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento, che siano stati positivamente conclusi, l'affidamento diretto al medesimo professionista può rispondere ai principi di efficienza ed efficacia e, quindi, al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico; in osservanza dei principi di trasparenza e pubblicità, tale opzione è indicata nel bando o nell'avviso relativo all'affidamento del primo incarico, con richiesta di formulazione dell'offerta anche per la prestazione opzionale”. Infine, secondo l'Autorità l'affidamento diretto “può ritenersi inoltre conforme ai principi di cui all'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici in caso di assoluta particolarità della controversia ovvero della consulenza, ad esempio per la novità del *thema decidendum* o comunque della questione trattata, tale da giustificare l'affidamento al soggetto individuato dalla stazione appaltante” (9).

L'affidamento diretto secondo ANAC

- ➔ Consequenzialità tra incarichi
- ➔ Complementarietà tra incarichi
- ➔ Assoluta particolarità del *thema decidendum*

(8) Per un'analisi completa della natura giuridica si rinvia a: “Linee guida ANAC su incarichi professionali: inquadramento tipologico e sistematico” di Erminia Giorno in questa *Rivista*, 1/2019, pag. 32.

(9) Il tema era stato sviluppato nello schema di linee guida pubblicate dall'ANAC, riferimento rimasto invariato nella versione

finale, solo nella descrizione del principio di Efficacia: “Ciononostante, nelle valutazioni che l'amministrazione è tenuta a effettuare per l'affidamento può assumere rilevanza, ad esempio, la presenza di un pregresso contenzioso nella materia oggetto di affidamento che si è concluso con esito positivo per l'amministrazione medesima”.

La posizione della Corte dei conti

Ancor più rigorosa la visione della Corte dei conti. In particolare, la Sezione Regionale dell'Emilia Romagna che nell'ambito del controllo sugli incarichi legali (10) ha adottato numerose delibere, escludendo la possibilità di fare ricorso ad affidamenti fiduciari. Il giudice contabile, inoltre, ha ristretto le ipotesi di affidamento diretto al ricorrere di precise condizioni. In primo luogo, confermando quanto evidenziato dall'ANAC nella bozza delle Linee guida (ma non ribadito nella stesura definitiva), nel caso sussista l'urgenza di procedere all'affidamento. "Se vi siano - scrive la Corte dei conti - effettive ragioni di urgenza, motivate e non derivanti da un'inerzia dell'Ente conferente, tali da non consentire l'espletamento di una procedura comparativa, [...]".

Inoltre, viene riconosciuta la possibilità di procedere con affidamento diretto quando "vi sia [una] consequenzialità tra incarichi, come in caso dei diversi gradi di giudizio, oggetto del servizio legale positivamente concluso. In caso di consequenzialità, occorre che l'amministrazione si riservi, già nell'avviso relativo all'affidamento di tale incarico, tale possibilità". La Corte dei conti, invece, prende le distanze dalle Linee guida chiarendo che in "presenza di elenchi, l'affidamento a un legale al di fuori degli stessi non potrebbe essere giustificato dall'assoluta particolarità della controversia, se non nei limiti in cui sia stata accertata e rigorosamente motivata l'assenza, negli elenchi, di professionisti idonei a svolgere l'incarico". Secondo i giudici contabili non è possibile procedere in assenza di siffatta verifica in quanto "verrebbe vanificata la ragione stessa sottostante l'istituzione degli elenchi e la valutazione in merito alla particolarità della controversia potrebbe costituire una modalità elusiva per affidare un incarico in via fiduciaria" (11).

L'affidamento diretto secondo la Corte dei conti

- ➡ Ragioni di urgenza
- ➡ Consequenzialità tra incarichi

La giustizia amministrativa

Il Consiglio di Stato (Comm. Spec.), dopo la famosa sentenza del 2012, ha reso il parere n. 2017 sulle Linee guida per l'affidamento dei servizi legali il 3 agosto 2018. Con riferimento alla natura giuridica il massimo organo "di consulenza giuridico-amministrativa" ritiene che "la struttura (non contenutistica ma) contrattuale delle tipologie di cui all'art. 17 rientra a pieno titolo nella qualificazione di cui all'art. 2222 c.c. Si tratta, infatti di una prestazione di un servizio (appunto attinente alla professione legale), con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente espletata secondo un incarico non continuativo o periodico ma puntuale ed episodico, destinato a soddisfare un singolo bisogno manifestatosi (la difesa e rappresentanza in una singola causa ad es.)". Quanto alle modalità di affidamento i giudici di Palazzo Spada non condividono pienamente quanto riportato nella bozza delle Linee guida. Viene condivisa dalla Commissione speciale la "previsione di una modalità eccezionale di affidamento del servizio legale denominata 'affidamento diretto', differenziata da quella ordinariamente prevista per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), [...]". Secondo il Consiglio di Stato in "particolari circostanze, deve essere consentito all'amministrazione di affidare la trattazione di una controversia (o richiedere una consulenza in vista di una controversia) ad un professionista che non sia membro dello studio cui è stato affidato il contenzioso ovvero che non sia presente nell'elenco di professionisti predisposto dalla stessa amministrazione. È, però, necessario, affinché l'affidamento diretto sia rispettoso dei principi di cui all'art. 4 del Codice, che la controversia presenti elementi di effettiva particolarità tali da giustificare una scelta indirizzata dalla specifica capacità professionale dell'avvocato".

Vengono invece espressi molti dubbi in merito alle ulteriori due situazioni indicate da ANAC per l'affidamento diretto: "a) 'consequenzialità tra incarichi' / 'complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento' e b) 'l'affidamento diretto per ragioni di urgenza'".

(10) "Indagine concernente la gestione dei servizi legali e di patrocinio da parte della Regione, degli Enti locali e degli altri enti con sede nell'Emilia-Romagna (Aziende sanitarie, Università, Camere di commercio, ecc.), allo scopo di verificare le relative

implicazioni contabili e organizzative" - VSGO (Verifiche e referti sulla revisione della spesa art. 6, comma 3, D.L. n. 174/2012).

(11) Corte dei conti, sez. Emilia Romagna, Deliberazione n. 144/2018/VSGO.

Secondo la Commissione speciale, “Quanto alla prima situazione [...] non potrà in concreto più verificarsi affidando l'amministrazione l'intero contenzioso ad un professionista o ad un unico gruppo di professionisti. Del tutto residuale sarà il caso di precedente incarico affidato quando non era stato ancora scelto uno studio per gestire l'intero contenzioso ovvero l'elenco dei professionisti non era ancora stato costituito. Una nuova valutazione, anche in presenza di consequenzialità e complementarità degli incarichi, appare, pertanto, doverosa. Va da sé che anche, nel caso in cui l'Amministrazione abbia proceduto all'appalto o alla istituzione dell'elenco, potrà aversi l'affidamento diretto giustificato dalla complementarità o consequenzialità, se ben motivato in tal senso”.

Dando seguito al ragionamento fatto, in merito alle ragioni di urgenza il Consiglio di Stato ribadisce che “affidare l'intero contenzioso ad un unico gruppo di professionisti (come anche istituire un elenco di professionisti sempre disponibili alla bisogna) significa proprio evitare le difficoltà connesse al reperimento, in tempi celeri, di un avvocato disponibile a trattare la controversia che necessita di immediata trattazione. Anche tale considerazione, per *incidens*, corrobora la individuazione di queste come le migliori pratiche. Né, d'altro canto, il ritardo con cui l'amministrazione si sia eventualmente ridotta a conferire, anche se, e soprattutto se, trattasi di rito abbreviato o brevissimo sia nel civile che nell'amministrativo, può giustificare una deviazione, a questo punto colpevole, dalle regole”.

L'affidamento diretto secondo il Consiglio di Stato (Commissione speciale)

➔ Particolarità tali da giustificare una scelta indirizzata dalla specifica capacità professionale dell'avvocato

A testimonianza della ricchezza del dibattito, si segnala la recente sentenza 11 luglio 2019, n. 1271 con la quale il TAR Campania - Salerno, Sez. I, richiamando i precedenti favorevoli del giudice amministrativo ha ribadito che il singolo incarico legale occasionale, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali, ma integra un contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica (12).

Il TAR Campania

➔ Contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica

Conclusioni

Per tirare le fila è opportuno analizzare la vicenda attraverso un'ottica diversa, partendo dall'angolo visuale di ogni singola posizione analizzata.

La visione della Corte dei conti trae forza dalla Carta costituzionale e con le ultime riforme (la Legge costituzionale numero 1/2012 e il D.Lgs. n. 174/2012) i magistrati del controllo sono stati legittimati a porre in essere un controllo ancorato a parametri legali a presidio dell'equilibrio dei conti pubblici (13). Più in generale tale finalità permea l'intera attività dei giudici contabili (14) e impone un esame stringente di ogni attività che comporti impiego di risorse pubbliche (15). L'Autorità nazionale anticorruzione è un organo introdotto nell'ordinamento dalla Legge n. 190/2012. Già una semplice analisi etimologica consente di fare emergere la finalità attribuita all'Autorità. Non deve stupire dunque che ANAC, con l'intento di fornire un ausilio agli enti, abbia voluto proceduralizzare, in ossequio ai principi di trasparenza e pubblicità, anche l'affidamento degli incarichi legali.

(12) Nella stessa direzione si segnala la sentenza del TAR Bari, Sez. II, con la sentenza 11 dicembre 2017, n. 1289.

(13) *Ex multis* Corte cost. sentenza n. 39/2014.

(14) Il Presidente Angelo Buscema nella cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2019 ha condensato in poche semplici parole la *mission* della Corte dei conti. Rivolgendosi al Presidente della Repubblica ha affermato che il “nostro Istituto, dunque, grazie al complesso delle sue attribuzioni costituzionali di controllo, consultiva e giurisdizionale, si pone, come Lei stesso di recente ha ricordato, Signor Presidente, quale sistema di garanzia degli equilibri di bilancio, che sono il presupposto necessario per la tutela dei diritti sociali della collettività, verificando la coerenza tra

le risorse allocate e le politiche pubbliche adottate. Una tutela dell'Erario e dei cittadini contribuenti, che potrebbe, in prospettiva, estendersi anche alla giustizia tributaria. Richiamando la definizione della Corte costituzionale, il bilancio va considerato come “bene pubblico”, nel senso che deve permettere la verifica della rispondenza delle scelte gestionali agli impegni assunti nei confronti dei cittadini, in tal modo assicurando il rispetto della rappresentanza democratica”.

(15) Si veda per una recente analisi la sentenza 10 luglio 2019, n. 196/2019 della Corte dei conti sezione giurisdizionale per la Lombardia nella quale in tema di accordi transattivi si legge che un “ente pubblico e una società *in house* non godono dunque di un

Ciò nell'ottica di "contribuire [, infatti,] a promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, oltre che l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche, prevenendo corruzione e favoritismi" (16).

La visione più in sintonia con l'analisi svolta dalla recente sentenza della Corte di Giustizia, si ritrova nel parere 6 ottobre 2017, n. 2109 reso dal Consiglio di Stato (Comm. Speciale) sulle "Linee guida per l'affidamento dei servizi legali". In tale parere il Consiglio di Stato aveva apprezzato l'intervento dell'Autorità nazionale anticorruzione. "L'opportunità di un intervento in materia mediante lo strumento delle linee guida - si legge nel parere - appare in linea generale condivisibile. Non vi è dubbio, infatti, che, da un lato, le Amministrazioni pubbliche avvertano la necessità di poter assumere le proprie decisioni confidando in un quadro di regole chiaro e definito e, dall'altro, i professionisti siano maggiormente garantiti da scelte che avvengano in applicazione di criteri predeterminati e, per questo, in assoluta trasparenza". Secondo il massimo organo di consulenza giuridico-amministrativa "appare apprezzabile, in particolare, lo sforzo, evidente nelle linee guida trasmesse, di tracciare un *modus operandi* uniforme che garantisca la verificabilità delle scelte operate e, in ragione di ciò, possa indurre al più efficiente impiego del denaro pubblico da parte degli amministratori e ad una maggiore tutela della concorrenza tra i professionisti. La selezione del contraente deve essere necessariamente orientata all'individuazione del professionista più adatto allo svolgimento della prestazione richiesta, secondo criteri che tengano conto della difficoltà dell'incarico e delle competenze necessarie ad espletarlo". Di contro i giudici di Palazzo Spada avevano ritenuto "che, tuttavia, per espressa indicazione del codice dei contratti pubblici, i servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d) sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni del Codice, anche in ragione di una rilevante - anche se non esclusiva - componente fiduciaria delle scelte, che pure deve essere tenuta in considerazione". Tanto che il

Consiglio di Stato suggeriva all'ANAC di verificare "la compatibilità di una regolazione particolarmente stringente e dettagliata con il divieto di *goldplating* (art. 1 l. 28 gennaio 2016 n. 11, di delega per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014)".

Indubbiamente dagli uffici pubblici che si occupano di contenzioso sono emerse difficoltà e, finanche, ritrosie a sottostare ad una rigorosa proceduralizzazione della nomina del legale. Tale attività risulta in alcuni casi complessa e rischia di non tenere in debita considerazione il diritto dell'ente a difendersi efficacemente. Questo avviene in maniera evidente negli enti "polvere" dove l'istituzione dell'elenco, soluzione che più delle altre appare in grado di contemperare le diverse esigenze, si dimostra di non facile gestione per Comuni non in possesso delle risorse necessarie a curarne la tenuta e l'aggiornamento. Tra l'altro, lo sforzo richiesto potrebbe non trovare giustificazione stante il ridotto numero di contenziosi da gestire. La stessa Autorità in una deliberazione (17) riferita alla costituzione del nuovo elenco degli avvocati per la rappresentanza e difesa in giudizio delle società del Gruppo Equitalia, ha chiarito che l'albo deve essere sempre aperto e non può prevedere un numero massimo di iscritti. Nelle Linee guida si evidenzia che allo "scopo di contemperare i principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, la stazione appaltante può prevedere che l'elenco sia ristretto e limitato ai professionisti che soddisfano al meglio, sulla base di criteri di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione previsti nell'avviso, le esigenze dell'amministrazione. L'elenco dovrà favorire un effettivo confronto concorrenziale, essere pubblicato sul sito istituzionale e ammettere la possibilità di modifiche, integrazioni e nuove iscrizioni".

Le considerazioni che precedono lasciano intendere che il capitolo finale sulla controversa questione dell'affidamento degli incarichi di patrocinio legale non è ancora stato scritto. Secondo la sentenza della

arbitrio transattivo, riconoscibile ad un privato, ma devono pur sempre avere come parametro l'equilibrio di bilancio che impone una attenta e oculata valutazione delle poste in transazione. Del resto, sia in sede di controllo che di giurisdizione contabile, sulla scorta degli insegnamenti della Consulta di recente ribaditi e meritoriamente affinati, la c.d. 'umanizzazione' della finanza, dei precetti contabili e dei concetti finanziari, rimarca l'evidente interconnessione tra equilibri di bilancio e garanzia dei diritti sociali dei cittadini, ed in tale ottica anche una cattiva impostazione di una pur opportuna transazione lede l'obiettivo ultimo di un equilibrio di bilancio valevole per ogni società *in house* e per i suoi soci pubblici".

(16) "Le nuove disposizioni hanno suscitato dubbi interpretativi che gli operatori del settore hanno segnalato all'Autorità, chiedendo l'emanazione di chiarimenti e pareri. In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto necessario fornire un supporto alle stazioni appaltanti mediante l'elaborazione di un atto di regolazione ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, finalizzato a fornire indicazioni interpretative per l'esatta individuazione delle tipologie di servizi legali rientranti nell'elenco di cui all'art. 17 e di quelle rientranti nella categoria di cui all'Allegato IX, e per le modalità di affidamento di tali servizi". (Relazione AIR alle linee guida numero 12).

(17) Deliberazione ANAC 9 novembre 2016, n. 1158.

Corte di giustizia la scelta del legislatore di escludere dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 i servizi in questione significa che lo stesso "ha ritenuto che spettava ai legislatori nazionali determinare se tali servizi dovessero essere soggetti alle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici". Così

ha fatto il legislatore italiano richiamando per l'affidamento dei singoli incarichi legali di difesa in giudizio l'applicazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Ora sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore.

E-BOOK

COLLANA: Pubblica amministrazione ed Enti locali

Protezione dei dati personali e GDPR: dai precetti giuridici ai processi organizzativi

DPO e altri profili professionali - Processi e prassi - Modello operativo efficace e compliant rispetto al General Data Protection Regulation

di Giuseppe Nucci



L'entrata in vigore, il 25 maggio scorso, del **regolamento europeo 2016/679/UE**, Regolamento generale sulla **protezione dei dati personali (RGDP o GRDP** -secondo l'acronimo inglese-) segna una pietra miliare nello sviluppo di un quadro regolatore armonizzato a livello europeo, in uno dei settori più sensibili della **tutela dei diritti umani**, quello dei **dati personali**. Il pregio dell'e-book è quello di offrire una **guida pratica** per integrare i precetti del regolamento nei processi organizzativi in modo da fare di un obbligo di **compliance** un'occasione di rinnovo e **modernizzazione delle strutture organizzative**. L'Autore dettaglia, dapprima, con linguaggio preciso e concreto e con numerosi esempi pratici, i **principi giuridici fondamentali in materia di tutela dei dati personali** contenuti nel nuovo regolamento; analizza, poi, passo per passo, il **ruolo dei vari attori**, fa una **map-**

patura dei processi, si sofferma sui vari registri e sviluppa un **modello di integrazione** della protezione dei dati con gli altri controlli, mirato alla prevenzione e gestione dei rischi, attività che costituisce un elemento essenziale *della corporate governance*. Ciò forte della propria esperienza in materia di *audit* interno, preziosa anche nel rilevare gli stretti legami che esistono tra precetti del regolamento in materia di **responsabilizzazione delle figure apicali (accountability del titolare e del responsabile del trattamento)** e gestione del rischio.

Wolters Kluwer, luglio 2018
 pagg. 162, € 24,00
 Codice e-book: 00230554
 ISBN (ebook): 978-88-217-6666-4

Per informazioni e acquisti
 • On line www.shopwki.it