

Incarichi legali

Data di pubblicazione: 12 Luglio 2019

sentenza 11 luglio 2019* (sulla distinzione tra singolo incarico legale ed incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso; fattispecie relativa a gara per assistenza di un Comune per 18 mesi per un compenso mensile di € 2.365,00, oltre IVA e CPA).

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I – sentenza 11 luglio 2019 n. 1271 – Pres. Riccio, Est. Maffei - Furno (Avv. D'Amico) c. Comune di Scafati (Avv. Starace) e Marciano (n.c.) - (respinge).

1. Contratti della P.A. – Incarichi legali – Distinzione tra singoli incarichi ed incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso – Elementi – Individuazione.

2. Contratti della P.A. – Incarichi legali – Singolo incarico – Necessità di conferimento mediante procedura concorsuale – Esclusione.

3. Contratti della P.A. – Bando e lettera d'invito - Clausola secondo cui la presentazione dell'offerta non vincola in alcun modo l'amministrazione – Comporta anche il potere di disporre la revoca dell'aggiudicazione.

1. Ai fini di verificare se occorra o meno una procedura concorsuale in materia di incarichi legali occorre verificare preliminarmente se si tratta di una singola prestazione d'opera intellettuale ovvero di espletamento di servizi legali, come tale riconducibile al contratto di appalto di servizi, con conseguente applicazione del [D.Lgs. n. 50/2016](#). Infatti, mentre il singolo incarico di patrocinio legale è occasionato da puntuali esigenze di difesa dell'ente locale, invece l'attività di assistenza e consulenza giuridica è caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. Tali elementi di differenziazione consentono di concludere che, diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali ma integra un contatto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica (1).

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

3. La clausola del bando secondo cui la presentazione dell'offerta non vincola in alcun modo l'amministrazione, riservandosi quest'ultima la possibilità di non procedere all'esecuzione del progetto, deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; infatti, qualsiasi interpretazione che tenda a sostenere la insindacabile natura di tale facoltà e, per questa via, l'irresponsabilità civile dell'amministrazione, comporterebbe la nullità della clausola ex art. 1355 c.c., in quanto si configurerebbe come condizione meramente potestativa (2).

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 11 maggio 2015, n. 2730.

In applicazione di tali principi nella specie è stato ritenuto che il servizio legale oggetto della gara costituiva un vero e proprio servizio da qualificarsi alla stregua di appalto di servizi, in quanto di quest'ultimo presentava non solo i requisiti della predeterminazione sia del corrispettivo che dell'arco temporale di durata, ma anche l'indicazione di un servizio di consulenza legale avulso dal mero contenzioso in atto e riguardante anche vicende da cui l'ente ritenesse potessero scaturire future controversie, richiedendosi altresì la presenza del professionista presso la sede dell'ente.

Tale qualificazione era comprovata anche dalle seguenti due circostanze:

- il Comune aveva inteso affidare al prescelto avvocato non soltanto la rappresentanza ed il patrocinio legale dell'ente, ma anche espressamente l'attività di consulenza legale;

- nell'avviso pubblico testualmente si affermava che il legale individuato avrebbe dovuto assicurare la costituzione in giudizio dell'Amministrazione nelle controversie individuate, sulla cui opportuna instaurazione lo stesso difensore sarebbe stato tenuto a pronunciarsi.

In definitiva, è stato ritenuto che l'appalto in questione era riconducibile ai settori speciali e alla disciplina di cui agli artt. 114-120 Codice Appalti, alla luce delle (ancora attuali) coordinate ermeneutiche di cui alla Adunanza Plenaria n. 14 del 2011, in *LexItalia.it*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2011/37373>

(2) Cfr. Cons. Stato, n. 5245 del 2009, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/92/cds5_2009-09-07-3.htm

Pubblicato il 11/07/2019

N. 01271/2019 REG.PROV.COLL.

N. 01605/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1605 del 2017, proposto da

Erik Furno, quale procuratore di se stesso, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Giuseppe D'Amico in Salerno, via Dogana Vecchia n. 40;

contro

Comune di Scafati, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Aldo Starace, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, piazza Bovio 22;

nei confronti

Avv. Raffaele Marciano non costituito in giudizio;

per l'annullamento:

a) della nota prot. n. 53732 del 7.11.2017, a firma del Presidente della Commissione di Gara, ing. Nicola Fienga, con cui si comunicava all'Avv. prof. Erik Furno la revoca dell'intera procedura di gara, indetta con bando pubblicato sull'Albo pretorio in data 5.05.2017 prot. n. 21060 e successivamente rettificato in data 8.05.2017 prot. n. 21286, avente ad oggetto "avviso di selezione per l'affidamento dell'incarico di rappresentanza e difesa in giudizio del Comune di Scafati innanzi all'Autorità giudiziaria amministrativa (Tribunale Amministrativo Regionale, Consiglio di Stato) e Corte dei Conti", per il periodo di 18 mesi a decorrere dalla stipula della convenzione e per il compenso mensile di € 2.365,00, oltre IVA e CPA;

b) della Determina Dirigenziale n. 28 del 21.09.2017 e della successiva Determina Dirigenziale n. 29 del 29.09.2017, entrambe a firma del Dirigente dell'Area Urbanistica, ing. Nicola Fienga, mai comunicate, con cui si annullava, prima, e si revocava, poi, la Determina Dirigenziale n. 14 del 5.7.2017, con cui erano stati approvati i verbali di gara ed aggiudicato l'incarico di rappresentanza e difesa in giudizio del Comune di Scafati innanzi all'Autorità Giudiziaria Amministrativa in favore dell'Avv. prof. Erik Furno;

c) della Determina Dirigenziale n. 58 del 21.09.2017, a firma del Responsabile del Settore Avvocatura, Dott.ssa Anna Sorrentino, mai comunicata, con cui, mediante affidamento diretto, veniva deciso in favore dell'Avv. Raffaele Marciano "di estendere in via provvisoria l'incarico di cui alla convenzione stipulata in data 5.7.2017, relativa all'affidamento dell'incarico di assistenza legale,

rappresentanza e difesa in giudizio del Comune di Scafati innanzi all'autorità giudiziaria civile" anche alla rappresentanza e difesa in giudizio dinanzi alla Magistratura Amministrativa;

d) della Determina Dirigenziale di chiarimenti n. 32 del 29.09.2017, a firma del Responsabile del Settore Avvocatura, Dott.ssa Anna Sorrentino, mai comunicata, con cui all'Avv. Raffaele Marciano viene "affidato provvisoriamente un ulteriore incarico diretto e con la sottoscrizione di una ulteriore convenzione" per la rappresentanza e difesa in giudizio del Comune di Scafati innanzi all'Autorità Giudiziaria Amministrativa per il compenso mensile di € 1.500,00 oltre alle spese, IVA, CPA ed accessori;

e) della Determina Dirigenziale n. 34 del 4.10.2017, a firma del Responsabile del Settore Avvocatura, mai comunicata, con cui la stessa P.A., assumendo che l'Avv. Lucia Fiorillo avrebbe manifestato la sua disponibilità ad essere stabilizzata quale avvocato dell'Ente a decorrere dal 16.09.2009 in virtù della sentenza del Tribunale di Nocera Inferiore n. 3824/11, "in considerazione della sopravvenuta circostanza relativa all'avvio della procedura di stabilizzazione del summenzionato professionista attualmente giacente presso il Ministero a Roma", per cui sarebbe venuta meno l'esigenza di procedere alla selezione di un ulteriore avvocato, revocava il (solo) bando di gara prot. n. 21060 del 5.5.2017, rettificato in data 8.5.2017 al prot. n. 21286, per il contenzioso amministrativo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2019 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Deduceva il ricorrente di aver partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Scafati con bando pubblicato sull'Albo Pretorio in data 5.05.2017 prot. n. 21060 e successivamente rettificato in data 8.05.2017, avente ad oggetto la selezione volta all'affidamento dell'incarico di rappresentanza e difesa in giudizio del Comune di Scafati innanzi all'Autorità Giudiziaria Amministrativa (Tribunale Amministrativo Regionale, Consiglio di Stato) e Corte dei Conti", per la durata di 18 mesi a decorrere dalla stipula della convenzione con la previsione di un corrispettivo di € 2.365,00 oltre IVA e C.P.A..

Benchè nei primi giorni del mese di luglio 2017 gli fosse stata comunicata l'aggiudicazione della gara in suo favore e nonostante avesse predisposto la documentazione necessaria onde sottoscrivere la relativa convenzione, con due successive note del novembre 2017, la Commissione giudicatrice gli aveva comunicato la revoca non solo dell'aggiudicazione disposta in suo favore, ma anche dell'intera procedura selettiva.

Evidenziava che la motivazione della disposta revoca si fondava, da un lato, sulla necessità dell'ente comunale di stabilizzare l'avv.to Fiorillo stante l'esito vittorioso, in primo ed in secondo grado, del giudizio da quest'ultimo intentato nei confronti dell'amministrazione comunale; dall'altro, sull'esigenza manifestata dal predetto ente di contenere la spesa destinata alla sua difesa in giudizio.

Tuttavia, nonostante la predetta motivazione osservava sia che l'avv.to Fiorillo prestava servizio presso l'Asl Salerno, sia che l'amministrazione aveva stipulato una convenzione provvisoria con l'avv.to Marciano ai fini della sua assistenza in giudizio con riguardo alle controversie afferenti il contezioso amministrativo.

Tutto ciò premesso in fatto, i provvedimenti impugnati dovevano ritenersi del tutto illegittimi.

In primo luogo, deduceva l'evidente difetto di motivazione del provvedimento di revoca della disposta aggiudicazione che, dovendo essere qualificata come aggiudicazione definitiva e non provvisoria, richiedeva un corredo motivazionale sicuramente più pregnante non deducibile dalle due note dell'avvocatura comunale richiamate a supporto dell'adottata determinazione.

In secondo luogo, la disposta revoca non solo era stata adottata in assenza del preventivo avviso di comunicazione di inizio del procedimento ex art. 7 della legge 241/1990, ma era stata anche assunta in assenza dei presupposti richiesti dall'art. 21 quiquies legge cit.

L'illegittimità delle impuginate determinazioni emergeva anche sotto il profilo della loro omessa pubblicazione, atteso che tale condotta omissiva appariva posta in essere in violazione sia dell'art. 124 del D.Lgs. n. 267/2000, sia dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016 che impone alla Stazione Appaltante di rendere pubblici, nel rispetto del principio di trasparenza, tutti gli atti e/o provvedimenti relativi alle procedure di gara.

Il Comune di Scafati non solo aveva omesso di dare pubblicazione alla determina dirigenziale con cui aveva affidato l'incarico di rappresentanza e difesa in giudizio al ricorrente Avv. Erik Furno, ma aveva anche successivamente annullato la predetta determina, senza mai renderne noto il contenuto.

L'intero operato del Comune di Scafati, avendo quest'ultimo proceduto all'affidamento diretto del servizio legale oggetto della revocata gara, si poneva in netto contrasto con il combinato disposto degli artt. 4 e 17 del D.Lgs. n. 50/2016 la cui applicazione avrebbe imposto il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Alcun dubbio, poi, sussisteva in ordine alla violazione da parte dell'amministrazione comunale dei principi di buona fede e correttezza che devono sempre ispirare i rapporti tra P.A. e privati, nonché al pregiudizio arrecato al legittimo affidamento ingenerato circa la stipula della convenzione cui il ricorrente aspirava dopo aver ottenuto l'aggiudicazione della gara.

Stante l'illegittimità degli impugnati provvedimenti, il ricorrente domandava, infine, il risarcimento dei danni provocati dalla mancata stipulazione del contratto e/o convenzione, oltre al mancato utile e/o guadagno, alla perdita delle cd. chances ed alla perdita di ulteriori occasioni per stipulare convenzioni vantaggiose con altre amministrazioni, unitamente al mancato arricchimento del proprio curriculum professionale ed alle spese

sopportate per la partecipazione alla gara.

Si costituiva l'amministrazione comunale sostenendo l'infondatezza delle censure sollevate avverso il suo operato, atteso che del tutto legittimamente, sia in relazione al citato disposto dell'art. 21 quinquies L. n. 241/90, sia in ragione dell'art. 7 della lex specialis, aveva ritenuto insussistente l'interesse pubblico sotteso all'indizione della procedura, di conseguenza revocandola del tutto.

Previo scambio delle memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata riservata in decisione.

2.- Il ricorso è infondato e, di conseguenza, deve essere respinto unitamente alle proposte domande risarcitoria ed indennitaria.

2.1.- In via preliminare, ai fini dell'individuazione del quadro normativo in forza del quale vagliare la fondatezza delle sollevate censure, il Collegio reputa necessario qualificare l'oggetto della procedura selettiva, poi revocata, di cui il ricorrente è risultato aggiudicatario.

In altri termini, preliminare alla delibazione delle domande proposte dal ricorrente è la qualificazione dell'affidamento avente ad oggetto lo svolgimento della dedotta attività legale per conto del Comune resistente alla stregua di prestazione d'opera intellettuale ovvero di espletamento di servizi legali, come tale riconducibile al contratto di appalto di servizi con conseguente applicazione del D.Lgs. n. 50/2016.

Con la sentenza n. 2730 dell'11 maggio 2015, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha stigmatizzato la differenza ontologica che, "ai fini della qualificazione giuridica delle fattispecie e delle ricadute ad essa conseguenti in materia di soggezione alla disciplina recata dal codice dei contratti pubblici, connota l'espletamento del singolo incarico di patrocinio legale, occasionato da puntuali esigenze di difesa dell'ente locale, rispetto all'attività di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. Tali elementi di differenziazione consentono, infatti, di concludere che, diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisca appalto di servizi legali ma integri un contatto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica.

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

Detto dato storico consente di lumeggiare la riproposizione della nozione di servizi legali nella legislazione, comunitaria e nazionale, successiva, nel senso di limitare l'ambito di operatività della categoria isoli affidamenti di servizi legali conferiti mediante un appalto - ovvero un contratto caratterizzato da un *quid pluris*, sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità - rispetto al contratto di conferimento dell'incarico difensivo specifico, integrante mero contratto d'opera intellettuale, *species* del *genus* contratto di lavoro autonomo, come tale esulante dalla nozione di contratto di appalto *ratione materiae* abbracciata dal legislatore comunitario. In altre parole, il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorché l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma

si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce (cfr. determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture).

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

Le norme in tema di appalti di servizi vengono, in definitiva, 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.

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

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

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

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

Resta inteso che l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare".

2.2.- In applicazione di tali principi, ritiene il Collegio che la fattispecie all'esame debba qualificarsi alla stregua di

appalto di servizi, in quanto di quest'ultimo presenta non solo i requisiti della predeterminazione sia del corrispettivo che dell'arco temporale di durata, ma anche l'indicazione di un servizio di consulenza legale avulso dal mero contenzioso in atto e riguardante anche vicende da cui l'ente ritenga possano scaturire future controversie, richiedendosi altresì la presenza del professionista presso la sede dell'ente.

Non v'è dubbio che tali elementi corroborino la qualificazione cui si è pervenuti, poiché:

- il Comune ha inteso affidare al prescelto avvocato non soltanto la rappresentanza ed il patrocinio legale dell'ente, ma anche espressamente l'attività di consulenza legale;

- nell'avviso pubblico testualmente si afferma che il legale individuato avrebbe dovuto assicurare la costituzione in giudizio dell'Amministrazione nelle controversie individuate, sulla cui opportuna instaurazione lo stesso difensore sarebbe stato tenuto a pronunciarsi.

Svolgere servizi legali (come tali da affidare ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016) a favore di un ente pubblico non può voler dire soltanto accettare mandati ad litem per il breve periodo di 18 mesi, nei casi ritenuti opportuni dall'Amministrazione da patrocinare.

Ritiene il Collegio che, nella specie, emerga, viceversa, la volontà dell'ente di affidare ad un esterno la cura complessiva dei propri interessi giuridici; cura che non si risolve nell'instaurazione di o nella resistenza in singoli giudizi, seppur ripetuti nel tempo, bensì nella valutazione globale e complessiva degli interessi dell'ente, in una visione unitaria che comprende non solo, come è indefettibile, il quomodo della difesa, ma anche l'an di qualsivoglia iniziativa, sia giudiziale che stragiudiziale; nonché l'organizzazione materiale del servizio, che deve essere tale da non risultare sporadica, bensì idonea, per così dire, a consentire all'Amministrazione di affidare all'esterno ogni incumbente materiale legato alla tutela giudiziale e stragiudiziale.

In definitiva, il Collegio ritiene che l'appalto in esame sia riconducibile ai settori speciali e alla disciplina di cui agli artt. 114-120 Codice Appalti, alla luce delle (ancora attuali) coordinate ermeneutiche di cui alla Adunanza Plenaria n. 14 del 2011.

Pertanto, nel caso di specie, l'assoggettamento della scelta del contraente alle disposizioni di evidenza pubblica non è conseguente all'assunzione di un mero auto-vincolo da parte del Comune, ma scaturisce dall'applicazione di principi pubblicistici cogenti.

2.3.- Chiarito il quadro normativo di riferimento, per valutare la legittimità dei provvedimenti con cui l'amministrazione comunale ha disposto la revoca dell'aggiudicazione in favore del ricorrente nonché dell'intera gara è necessario richiamare i principi elaborati dalla costante giurisprudenza amministrativa con riguardo alla più generale materia degli appalti pubblici.

I presupposti del corretto esercizio dello ius poenitendi sono fissati dall'art. 21-quinquies, l. n. 241 del 1990 con clausole di ampia latitudine semantica, atteso che, tenuto conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse che lo giustificano, il predetto esercizio non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante.

In ogni caso, i predetti presupposti consistono:

i) nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico,

ii) nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e

iii) in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici).

A differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca

esige, difatti, solo una valutazione di opportunità: sicché il valido esercizio dello stesso resta rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale della P.A..

Un'esegesi e un'applicazione della disposizione coerente con i principi della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e P.A. e del buon andamento dell'azione amministrativa (che ne implica, a sua volta, l'imparzialità e la proporzionalità) impongono la lettura e l'attuazione della norma secondo stringenti canoni, quali:

- a) la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario dev'essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto da revocare;
- b) non è sufficiente un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario;
- c) le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire;
- d) la motivazione dev'essere profonda e convincente, nell'esplicitare i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico e la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole.

La declinazione dei presupposti, contenuti e finalità dell'istituto testé riferiti nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti comporta che:

- i. l'aggiudicazione è pacificamente revocabile prima del perfezionamento del contratto (Cons. St., Sez. III, 13 aprile 2011, n.2291);
- ii. la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso (Cons. St.Ad.plen., 29 giugno 2014, n.14);
- iii. la regolare definizione della procedura mediante la selezione della migliore offerta consolida in capo all'aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata, il che impone l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa degli interessi coinvolti;
- iv. il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (cfr. Cons. St., Sez. V, 19 maggio 2016, n.2095).

Negli stessi termini deve essere interpretata la clausola del bando secondo cui la presentazione dell'offerta non vincola in alcun modo l'amministrazione, riservandosi quest'ultima la possibilità di non procedere all'esecuzione del progetto.

Siffatta clausola deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; infatti, qualsiasi interpretazione che tenda a sostenere la insindacabile natura di tale facoltà e, per questa via, l'irresponsabilità civile dell'amministrazione, comporterebbe la nullità della clausola ex art. 1355 c.c., in quanto si configurerebbe come condizione meramente potestativa (cfr. Cons. St. n. 5245 del 2009).

2.4.- In applicazione dei principi appena enunciati, la revoca dell'aggiudicazione e della indizione della stessa procedura di gara deve essere giudicata pienamente legittima, poiché l'amministrazione, con i provvedimenti impugnati, ha adeguatamente rivisitato la decisione di procedere alla sostanziale e totale esternalizzazione del servizio legale, in ragione della sopravvenuta necessità, a seguito della soccombenza nell'instaurato giudizio, di stabilizzare l'avv.to Fiorillo, con il conseguente più che probabile aggravamento dei costi riguardanti il servizio di

difesa e consulenza legale.

Invero, la necessità di procedere alla predetta stabilizzazione aveva indubbiamente inciso sul quadro economico e organizzativo tenuto presente dall'amministrazione comunale al momento dell'indizione della gara, imponendone necessariamente una complessiva rivalutazione alla luce delle generali esigenze di contenimento della spesa pubblica da anni di interesse del legislatore, secondo cui l'attività delle amministrazioni deve essere svolta dai propri organi e uffici, con la possibilità di far ricorso a professionalità esterne solo nei casi previsti dalla legge o in relazione ad eventi e situazioni straordinarie non fronteggiabili con le disponibilità tecnico - burocratiche esistenti.

Dall'affermazione della regola anzidetta discendeva che l'amministrazione, nella vicenda in esame, a seguito del probabile inserimento nel suo organico di una figura professionale chiamata a svolgere un servizio analogo a quello esternalizzato con la gara revocata, era chiamata a valutare nuovamente l'impossibilità da parte del personale interno o delle proprie strutture organizzative di assolvere adeguatamente all'incarico ovvero al servizio, corredando il conferimento dell'incarico a professionisti esterni ovvero l'esternalizzazione del servizio di una congrua e diversa motivazione con cui fornire una valida giustificazione alla deroga posta alla regola generale sopra richiamata. Il conferimento dell'incarico ad un professionista esterno, invero, deve tener conto sia dell'esistenza o meno di un ufficio legale interno, sia soprattutto della qualificata prestazione da rendere in giudizio in relazione alla particolare complessità della questione controversa; l'accertamento della sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi dinanzi ricordati, da compiersi in via preventiva da parte del soggetto pubblico conferente, devono evidenziarsi nella motivazione della corrispondente chiamata e riportare puntualmente le ragioni della scelta compiuta (Corte Conti, sez. giuristi. Lazio, 6 ottobre 2011, n. 1566) .

La necessità di compiere nuovamente tali valutazioni, anche sotto il profilo dell'aggravio dei costi di gestione del servizio e dell'impossibilità in prospettiva di sopperire all'esigenza con una nuova risorsa interna, ha costituito la ragione della disposta revoca, corredata pertanto da una motivazione ragionevole, logica e razionale, fondata su non implausibili elementi di fatto, cosicché la scelta di revocare la gara, che rientra nella discrezionalità propria di cui è titolare esclusiva la pubblica amministrazione, non può considerarsi illegittima.

In tal senso è sufficiente rammentare che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, con riguardo ad una procedura di evidenza pubblica, deve ritenersi legittimo il provvedimento di revoca di una gara di appalto, disposta prima del consolidarsi delle posizioni delle parti e quando il contratto non sia stato ancora concluso, motivato anche con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa, ciò in quanto la ricordata disposizione ammette un ripensamento da parte della amministrazione a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2418 del 6 maggio 2013).

Si è, infatti, affermato che, ai sensi dell'art. 21 quinquies, della legge n. 241 del 1990, è legittimo il provvedimento con cui la stazione appaltante procede, in autotutela, alla revoca dell'intera procedura di gara dopo averne individuato i presupposti nei sopravvenuti motivi di pubblico interesse di natura economica, derivanti da una forte riduzione dei trasferimenti finanziari, nonché da una nuova valutazione delle esigenze nell'ambito dei bisogni da soddisfare, a seguito di una ponderata valutazione che ha evidenziato la non convenienza di procedere all'aggiudicazione sulla base del capitolato predisposto precedentemente ed al fine di ottenere un risparmio economico (Consiglio di Stato, sez. III, n. 2838 del 24 maggio 2013).

Si deve pertanto ritenere che, nella fattispecie, sussistevano le ragioni di pubblico interesse all'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione e che tali ragioni erano state chiaramente indicate dall'amministrazione negli atti impugnati.

2.5.- Ugualmente, non assumono una portata decisiva le censure sollevate dal ricorrente con riguardo alle omissioni procedurali ascritte all'amministrazione resistente.

Invero, quanto all'omesso avviso ex art. 7 della legge 241/1990, appare evidente che l'amministrazione, a fronte della esigenza di procedere alla stabilizzazione di altro avvocato onde dare compiuta esecuzione alla sentenza pronunciata dal giudice del lavoro, non poteva che revocare la procedura in oggetto, al fine di procedere ad una nuova valutazione in merito alla rispondenza ai criteri di economicità ed efficienza della precedente decisione assunta di esternalizzare il servizio di assistenza legale.

È noto che il procedimento di revoca in autotutela dell'aggiudicazione di una gara pubblica, quand'anche attivato per ragioni finanziarie, richiede la comunicazione di avvio del procedimento a tutti coloro che hanno partecipato alla gara pubblica ed in primis a chi se l'è aggiudicata; nondimeno, ai sensi dell'art. 21 *octies* l. 7 agosto 1990 n. 241, il vizio comunicativo e partecipativo non inficia la validità dell'atto se per la natura vincolata del provvedimento sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato e, comunque, in caso di provvedimenti discrezionali, se l'Amministrazione dimostra in giudizio che il contenuto del provvedimento, quand'anche la partecipazione vi fosse stata, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (cfr.: Consiglio di Stato sez. IV, 12/03/2015, n.1279).

Parimenti, alcuna illegittimità può discendere dalle omesse comunicazioni ex art. 29 dlgs 50/2016 ascritte all'amministrazione resistente, poiché queste ultime non possono rappresentare un vizio dell'adottato provvedimento, essendo la comunicazione atto successivo, inidoneo ad inficiare con efficacia retroattiva un provvedimento anteriore, potendo al più incidere sul decorso del termine di impugnativa.

3.- Alla legittimità della revoca consegue l'infondatezza della domanda di risarcimento del danno.

Deve essere a questo punto esaminata la fondatezza della domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, astrattamente ammissibile anche in presenza della legittimità della revoca (Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633).

A tal fine deve venire in considerazione un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza dell'amministrazione che, accertasi delle ragioni che consigliavano di procedere alla revoca della gara, non ha invece provveduto a tanto, ingenerando nella parte un ragionevole affidamento nella conclusione della gara e nella possibilità di aggiudicarsi l'appalto stesso.

Senonché nel caso di specie tale situazione non è ravvisabile, giacché la revoca della gara è intervenuta non appena l'amministrazione ha avuto notizia della circostanza sopravvenuta che le imponeva di rivalutare le sue scelte gestionali, anche in ordine all'utilità dell'oggetto del servizio, prima ancora della stipulazione della convenzione, cosicché nessun stabile e fondato affidamento si è potuto ragionevolmente radicare

E' appena il caso di aggiungere che, non essendosi prodotto alcun effetto durevole vantaggioso in favore del ricorrente in ragione dell'atto legittimamente revocato, non sussistono neppure i presupposti per il riconoscimento dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990.

4.- La complessità della vicenda fattuale e procedimentale da cui è stata generata la presente controversia induce a ritenere sussistenti le ragioni necessarie per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Angela Fontana, Primo Referendario

Fabio Maffei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Fabio Maffei

Francesco Riccio