



DFP 55945 del 28-08-2020

Presidenza del Consiglio dei Ministri
DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA
UOLP
Servizio per la gestione del personale pubblico

A Comune di _____

e p.c. Anac

OGGETTO: Richiesta di parere in merito alla compatibilità della nomina degli Avvocati dirigenti *omissis* quali componenti delle commissioni giudicatrici degli appalti banditi da *omissis*

Con nota n. 2370 dell'8 febbraio 2019 codesto Dipartimento ha chiesto un parere in merito alla possibilità di designare anche gli avvocati dirigenti quali componenti delle commissioni di gara bandite da *omissis* in qualità di stazione appaltante.

Nel porre il quesito si rappresenta che, nelle more della costituzione dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, previsto dall'articolo 78 del d.l.gs. n. 50 del 2016, *omissis* ha istituito nel 2018 l'Albo dei componenti delle commissioni di aggiudicazione, dal quale vengono estratti, nel rispetto del principio di rotazione, i nominativi dei componenti delle commissioni delle procedure di gara bandite dalle stazioni appaltanti dell'Ente. All'Albo, articolato sulla base delle figure professionali esistenti nella dotazione dell'amministrazione, sono iscritti dirigenti e funzionari di *omissis* i cui nominativi sono "individuati, forniti e aggiornati trimestralmente dal Dipartimento Organizzazione e Risorse Umane". Tra questi, secondo quanto riferito, sono ricompresi anche gli avvocati dirigenti dalla cui opera, ai fini che quivi interessano, codesto Ente afferma di non poter prescindere, trattandosi di figure professionali con profilo giuridico non altrimenti rinvenibile tra il restante personale con differente qualifica.

Gli avvocati interessati dall'inclusione nell'Albo comunale, con le note allegate alla richiesta di parere, hanno nel tempo reiterato l'asserita incompatibilità della designazione operata nei loro confronti adducendo a sostegno di questa tesi il principio di esclusività della loro attività professionale, svolta in favore dell'Ente di appartenenza con iscrizione nell'elenco speciale annesso all'Albo degli Avvocati dell'Ordine di *omissis*, come desumibile dalla legge professionale e dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, secondo cui non potrebbero essere loro affidati incarichi di amministrazione attiva.

RS/AM/CCR

Palazzo Vidoni – Corso Vittorio Emanuele II, 116 – 00186 Roma
Tel. 066899-7563/7465



DFP 55945 del 28-08-2020

Presidenza del Consiglio dei Ministri
DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA
UOLP

Servizio per la gestione del personale pubblico

Codesto Ente fa, tuttavia, presente nella richiesta di parere che tale circostanza non sussisterebbe nel caso di specie, atteso che nelle Linee guida n. 5, emanate dall'ANAC in attuazione del d.lgs. n. 50 del 2016 ed afferenti i "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici", si afferma espressamente che "Alla commissione non possono essere attribuiti compiti di amministrazione attiva che competono alla stazione appaltante". Tale orientamento è, peraltro, coerente con quanto disposto dall'articolo 77, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e con la costante giurisprudenza che si è formata sul punto (si veda da ultimo la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 12 febbraio 2020, n. 1104).

Ciò posto, ai fini della disamina della questione, occorre ricostruire il quadro normativo di riferimento, partendo dalla regolamentazione di carattere generale contenuta nell'articolo 23 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense», per chiarire gli elementi che contraddistinguono la prestazione lavorativa degli avvocati dipendenti di enti pubblici. Nello specifico, dalla citata disposizione si desumono i seguenti principi:

1. gli avvocati degli uffici legali specificamente istituiti presso gli enti pubblici, ai quali venga assicurata la piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente ed un trattamento economico adeguato alla funzione professionale svolta, sono iscritti in un elenco speciale annesso all'Albo;
2. l'iscrizione nell'elenco speciale è obbligatoria per compiere le prestazioni indicate nell'articolo 2 della medesima legge e nel contratto di lavoro è garantita l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato;
3. per essere iscritti all'elenco speciale annesso all'Albo è indispensabile la stabile costituzione di un ufficio legale con specifica attribuzione della trattazione degli affari legali dell'ente stesso e l'appartenenza a tale ufficio del professionista incaricato in forma esclusiva di tali funzioni.

In particolare, secondo quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, della legge n. 247 del 2012 - che, come visto al punto 2), individua le prestazioni per le quali si rende obbligatoria l'iscrizione nell'elenco speciale -, «...l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato è di competenza degli avvocati. È comunque consentita l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato ovvero la stipulazione di contratti di prestazione di opera continuativa e coordinata, aventi ad oggetto la consulenza e l'assistenza legale stragiudiziale, nell'esclusivo interesse del datore di lavoro o del soggetto in favore del quale l'opera viene prestata.».

Se tali principi contenuti nella norma citata e ripresi dalla giurisprudenza valgono in riferimento a tutte le amministrazioni pubbliche, il legislatore sembra, invece, avere operato diversamente per gli avvocati incardinati presso le regioni e gli enti locali.

Infatti, l'articolo 1, comma 221, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato» (Legge di stabilità 2016) ha stabilito



DFP 55945 del 28-08-2020

Presidenza del Consiglio dei Ministri
DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA
UOLP

Servizio per la gestione del personale pubblico

una deroga all'articolo 23 della legge n. 247/2012 prevedendo la possibilità di attribuire ai dirigenti dell'avvocatura civica e della polizia municipale anche altre funzioni di natura gestoria.

In particolare, tale norma dispone, che «Le regioni e gli enti locali provvedono alla ricognizione delle proprie dotazioni organiche dirigenziali secondo i rispettivi ordinamenti, nonché al riordino delle competenze degli uffici dirigenziali, eliminando eventuali duplicazioni. Allo scopo di garantire la maggior flessibilità della figura dirigenziale nonché il corretto funzionamento degli uffici il conferimento degli incarichi dirigenziali può essere attribuito senza alcun vincolo di esclusività anche ai dirigenti dell'avvocatura civica e della polizia municipale...».

Anche l'ANAC, in occasione dell'adozione della delibera n. 841/2018, analizzando il rapporto tra il comma 221 della legge 208/2015 e l'articolo 23 della legge 247/2012, sebbene a proposito di un diverso quesito sottoposto al suo esame, ha evidenziato questo aspetto derogatorio in relazione all'assetto delle regioni e degli enti locali.

Emerge, quindi, una nuova esigenza per gli enti territoriali che il legislatore mostra di condividere: quella di avere a disposizione un ufficio con elevata professionalità e conoscenza del diritto che possa rappresentare uno strumento efficace per garantire maggiore legalità e legittimità all'azione amministrativa dell'ente locale.

Ed in linea con la nuova previsione di rango legislativo, l'articolo 26 del Regolamento sull'Ordinamento degli Uffici e dei Servizi di *omissis*, emanato in attuazione dell'articolo 89 del decreto legislativo n. 267 del 18 agosto 2000, che – come noto – riconosce agli enti locali la piena e speciale autonomia organizzativa in materia di personale, prevede che *“L'Avvocatura è struttura di supporto agli organi e all'Amministrazione. All'Avvocatura omissis spetta, nel rispetto dei principi stabiliti dalla normativa sulla professione forense, la tutela di omissis in tutte le sedi di giustizia e in sede stragiudiziale. All'Avvocatura spetta, altresì, l'attività di consulenza giuridico-legale in favore dell'Amministrazione”*.

Pertanto, in relazione al contenuto tipico dell'oggetto della prestazione lavorativa dell'avvocato dipendente del comune, per come disciplinato dal combinato disposto delle previsioni della legge professionale e delle sopra richiamate e sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari, non sembrano sussistere, a parere dello Scrivente, elementi che consentano di ritenere gli avvocati dipendenti dell'Ente esenti dallo svolgimento di incarichi in seno a commissioni di gara.

Tale evenienza non pare porre, infatti, in discussione la permanenza in capo agli stessi dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'Albo degli Avvocati, nonché l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato. Agli avvocati dirigenti è richiesta, ove nominati, una prestazione di carattere occasionale in seno alle commissioni di gara al pari degli altri dipendenti dell'Ente, in qualità di esperti ossia in ragione delle conoscenze in materia di legislazione amministrativa e contrattualistica proprie del profilo professionale dell'avvocato, che, nell'ottica del datore di lavoro, concorrono senza dubbio ad assicurare la legalità dell'azione amministrativa, soprattutto in una materia così complessa come quella degli appalti, da cui spesso scaturiscono gravosi contenziosi innanzi agli organi di giustizia

RS/AM/CCR



DFP 55945 del 28-08-2020

Presidenza del Consiglio dei Ministri
DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA
UOLP

Servizio per la gestione del personale pubblico

amministrativa. L'iscrizione degli avvocati comunali nell'elenco dei commissari di gara di si giustificerebbe, quindi, come affermato nella richiesta di parere, proprio in ragione del possesso di tale specifica professionalità non altrimenti rinvenibile nell'Ente.

Circa poi l'impossibilità per gli avvocati dirigenti di compiere atti di amministrazione attiva si rappresentano perplessità circa l'effettiva ricorrenza di tale circostanza per le commissioni nominate da *omissis* nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica bandite dalla stessa. A tale proposito, ci si limita a rappresentare che, ragionando anche in prospettiva della disciplina a regime dell'Albo dei commissari di gara per come prevista dagli articoli 77 e 78 del d.lgs. n. 50 del 2016, lo stesso art. 77 contempla la possibilità di nominare quali commissari di gara, alle condizioni ivi previste, alcuni componenti interni alla stazione appaltante senza prevedere particolari esclusioni. Infatti, anche le richiamate Linee guida n. 5–prevedono, conformemente alla legge, sia l'iscrizione di professionisti esercenti le professioni regolamentate, stabilendo i relativi requisiti nel paragrafo 2.5, e sia l'iscrizione dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, non contemplando, invece, esclusioni per gli avvocati dipendenti iscritti all'elenco speciale. Inoltre, l'ANAC – come evidenziato nella richiesta di parere di codesto Ente - ha avuto modo di affermare nelle dette Linee guida che *“Alla commissione non possono essere attribuiti compiti di amministrazione attiva che competono alla stazione appaltante”*.

Ciò in piena coerenza con la natura peculiare della commissione di gara che rappresenta un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione aggiudicatrice e non già una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa, la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita ed approvata dagli organi gestionali competenti della predetta amministrazione appaltante.

Infatti, secondo il consolidato e prevalente orientamento giurisprudenziale (*Cfr.* Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 dicembre 1991, n. 1081; TAR Lombardia, Brescia, 3 febbraio 1984, n. 25; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 2016, n. 223), essa svolge compiti di natura essenzialmente tecnica, con funzione preparatoria e servente rispetto all'amministrazione appaltante, essendo investita della specifica funzione di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti, finalizzata alla individuazione del miglior contraente possibile, benché la funzione di detta commissione si esaurisca soltanto con l'approvazione del proprio operato da parte degli organi competenti dell'amministrazione appaltante e, cioè, con il provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva.

La ricostruzione sopra emarginata trova conferma anche con la portata delle previsioni regolamentari dell'Ente che, come si è visto, consentono lo svolgimento di compiti di supporto e consulenza più ampi rispetto a quelli strettamente connessi alla difesa in sede giudiziale e stragiudiziale.

Ad ogni modo, resta ferma per codesto Ente la necessità di valutare attentamente la ricorrenza di situazioni, anche solo potenziali, di conflitto d'interesse in sede sia preventiva che successiva alla definizione delle procedure di aggiudicazione, in occasione dell'affidamento al



DFP 55945 del 28-08-2020

Presidenza del Consiglio dei Ministri

**DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA
UOLP**

Servizio per la gestione del personale pubblico

personale iscritto nell'elenco tenuto da codesto Ente della trattazione di affari di natura contenziosa o stragiudiziale.

Nelle esposte considerazioni è il parere dello scrivente Dipartimento, sentita preliminarmente l'ANAC che si è riportata al suo precedente orientamento esposto con la richiamata delibera n. 841/2018, relativamente alle modalità di costituzione delle avvocature degli enti pubblici.

IL CAPO DIPARTIMENTO
F.to Cons. Ermenegilda Siniscalchi