

## DIFESA IN APPALTO - Ipotesi di rimedi

lunedì 19 settembre 2016

di IVONE CACCIAVILLANI, La situazione di partenza "Nell'attuale congiuntura culturale" è assai difficile sottrarre l'incarico professionale a un Ente Pubblico al regime dell'appalto pubblico di servizi: al di là delle scelte degli Amministratori, sono autonomamente condizionanti le remore dei Burocrati che, sotto la minaccia dell'azione erariale della Corte dei conti (non di rado resa verisimile -se non formalmente minacciata- dalla stizzita reazione di qualche collega aspirante concorrente deluso), non transigono proprio dalla procedura concorsuale. Sotto altro profilo ripugna profondamente ad un vecchio arnese del Foro passare da professionista ad appaltatore, anche se, sotto profilo ulteriormente altro, non si può continuare nella mistificazione della fiducia dell'Ente, che oggettivamente non esiste proprio, perché è prassi ormai universale che all'avvicendamento elettorale degli Amministratori segue quasi meccanicamente l'avvicendamento del difensore dell'Ente: ad Amministratori nuovi incarichi nuovi. È ben vero che a stretto rigore le fonti europee e lo stesso codice insano escluderebbero il "servizio legale" dalle rigorose regole dell'appalto pubblico, ma è altrettanto vero che nella prima prassi applicativa l'aggiudicazione degli incarichi defensionali segue pedissequamente le regole dell'appalto di opere pubbliche, ivi compreso il criterio del massimo ribasso, anche perché, a voler seguire il criterio poizore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al Burocrate che accudisce alla selezione manca ogni parametro valutativo della qualità e una prestazione professionale futura. consegue che sotto il profilo sostanziale, il normale appalto aggiudicato col criterio del massimo ribasso espone l'Ente aggiudicante al rischio di avventurismo di difensori tecnicamente inadeguati ad un'efficace difesa, specie in materie "nuove", talora assai ardua sistemazione organica, esponendo quindi l'Ente mandante al rischio di soluzioni erronee, soggette a andirivieni altalenante e a una giurisprudenza sempre più oscillante ed incerta. Pericolo tanto più grave di questi tempi di rapidi mutamenti legislativi, la cui interpretazione/applicazione richiederebbe attenta collocazione sistematica, che ad Avvocati effetti da massimite acuta (quel ragionar solo per massime) riesce difficile dare, ma che, per una legge nuova, dovrebbe essere tassativamente esclusa. Se anche questo stia alla base del pendolarismo giurisprudenziale tra TAR e CdS resta ovviamente tutto da verificare.

I rimedi Nel nuovo codice degli appalti pubblici -D.L.vo 50/2016, che taluno definisce insano- per l'appalto di lavori/opere viene prevista una serie di istituti di controllo preventivo dell'affidabilità sia tecnica che imprenditoriale dei singoli concorrenti, che va dalla verifica privatistica della SOA sotto il controllo eventuale dell'onnipresente ANAC (art. 84), alla richiesta del "documento unico Europeo" (art. 85), con specifica disciplina dei relativi mezzi di prova (artt. 86 e 87), annotati in speciali Registro on-line (artt. 88 e 90), con la possibilità di avvalimento inter-imprenditoriale (art. 89). Tutti ammennicoli certamente ed in assoluto inapplicabili alla scelta del professionista cui affidare un "appalto del servizio difensivo", per assoluta carenza "fisica" dei presupposti applicabili; sicché impone la ricerca di mezzi di selezione -il più possibile oggettiva- compatibili con l'assetto legale della professione forense.

Ovvio che l'iscrizione all'Ordine professionale forense e assolutamente inidonea a certiorare alcunché della prestantza culturale e professionale dell'iscritto.

Molto diffuso è l'associazionismo professionale forense; molto attiva l'Associazione -di solito regionale- degli Amministrativisti, che riunisce gli Avvocati che si dedicano con maggior assiduità al diritto amministrativo, che è il ramo dell'ordinamento che maggiormente impegna gli Enti Pubblici, più facilmente coinvolti in selezioni concorsuali per affidamento di incarichi professionali. Non pare peraltro che l'Associazione degli Amministrativisti sia idonea all'esercizio di funzione analoga a quella affidata dalla legge alla SOA, per quella possibilità di vischiosità che difficilmente potrebbe non aleggiare in ogni valutazione specie se negativa. Esclusi ovviamente tutti gli altri ammennicoli previsti per l'accreditamento dei candidati negli appalti di opere, assolutamente inidonei a costituire criteri valutativi affidabili per l'affidamento di un incarico difensivo. Ferma comunque l'assoluta impossibilità/inopportunità -sostanzialmente per gli stessi motivi- di chiamare comunque in causa l'ANAC. Resta il "tutto da inventare". Assolutamente da escludere il criterio del curriculum basato sull'esito delle ultime cause vinte, ben consci dell'habent sua sidera lites: la sorte delle cause è scritta sulle stelle. Notevole rilevanza come criterio referenziale privilegiato potrebbe avere l'elenco delle cause patrocinata e/o degli incarichi professionali avuti e/o svolti negli ultimi tempi (ad esempio un tri- o biennio), come mezzo di prova principe della prestantza professionale, in qualche modo analogo all'elenco degli operatori economici riconosciuti di cui all'art. 90 del Codice insano. Del tutto sterile il curriculum biografico, dove il candidato elenca la laurea, l'iscrizione all'Ordine e i vari eroismi compiuti nel servizio militare. Importante, se c'è, il curriculum scientifico; eventuali pubblicazioni edite; documentazione di eventuali presenze sia scientifiche che sociali e/o volontarie. Criterio o elemento assolutamente da evitare -da rifuggire come peste!- è quello economico, non solo sotto tariffa, ma talvolta addirittura vile. La tariffa professionale è come la divisa per il militare; che credito si può dare ad un soggetto che, offrendo la prestazione in un negozio della massima delicatezza, dove la fedeltà al mandato è il primissimo requisito della fiducia richiesta, si presenta con la divisa sporca e lacera? Non si deve presumere che, come fu disinvolto nel fare scempio della tariffa, così ben possa l'occorrenza scendere a patti con la lealtà difensiva? I rimedi strutturali Molto ambizioso sarebbe avventurarsi in rimedi strutturali, che dovrebbero partire da taluni rilievi di non universale condivisione. Primo fra tutti l'obsolescenza dell'intero sistema ordinistico italiano, fondato sulla pletora di professioni protette, articolate ancora sullo schema delle Scuole di Arti e Mestieri di medievale memoria. Ruolo nuovo potrebbe assumere l'Associazione Amministrativisti solo nella certificazione delle veridicità delle referenze curriculari offerte dai concorrenti. Posto che per ovvie ragioni obiettive l'affidamento di incarichi specie giudiziali da parte di Enti Pubblici avviene per la grande maggioranza in giudizi amministrativi, le referenze curriculari offerte dal singolo Avvocato -

sia chiamato a partecipare alla selezione, sia spontaneamente offerentesi di parteciparvi- potrebbero essere accompagnate dal visto di conferma dell'Associazione come requisito della loro valorizzabilità nella selezione stessa. Un tanto potrebbe/dovrebbe formare oggetto di Regolamento dell'Associazione stessa (che con l'occasione potrebbe anche disciplinare a livello regolamentare il c. d. "Lodo Benvenuti" sulle incompatibilità funzionali), opportunamente pubblicizzato presso gli Enti Pubblici della Regione. Solo spunti con cordiali saluti. Ivone Cacciavillani