

**REPUBBLICA ITALIANA****In nome del Popolo Italiano****LA CORTE DEI CONTI****SEZIONE II GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO**

composta dai seguenti magistrati:

Rita	Loreto	Presidente
Domenico	Guzzi	Consigliere
Rossella	Bocci	Consigliere
Maria Cristina	Razzano	Consigliere-Relatrice
Ilaria Annamaria	Chesta	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio d'appello iscritto al n. 57141 del Registro di Segreteria

promosso da PROCURA REGIONALE PRESSO LA SEZIONE

GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE LAZIONE

contro

1) MONTINO Esterino, nato a Roma il 6.4.1948, ed ivi residente alla via di Grotta Pinta, 41 (C.F. MNTSRN48D06H501N), elettivamente domiciliato in Roma alla via della Torre Clementina, 48, presso lo studio dell'Avv. Anna Maria Anselmi (p.e.c. annamariaanselmi@ordineavvocatiroma.org) dalla quale è rappresentato difeso, giusto mandato in calce all'atto d'appello;

2) CORTESINI Paolo, nato a Roma il 28.8.1962 e residente in Marino (RM), via Costa Caselle snc (C.F. CRTPLA62M28H501B) rappresentato e difeso dagli Avv.ti Vincenzo Buttacchio (pec:



vincenzo.buttaacchio@oav.legalmail.it) e Margherita Triboli (pec: margherita.triboli@oav.legalmail.it), con i quali è elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Mecenate n. 20, giusta procura in calce alla memoria di costituzione;

3) LIVIO Catia, (C.F. LVICTA72H43H501X), nata a Roma il 3.6.1972 e residente in Fiumicino (RM), Via Castellammare n. 277, rappresentata e difesa, giusta procura in calce alla memoria difensiva, dall'Avv. Marcello Collevecchio con il quale è elettivamente domiciliata presso lo studio Caravita di Toritto e Associati in Roma, Via di Porta Pinciana n.6. (pec cdta@legalmail.it - fax 06.42001646),

avverso

la sentenza n. 584/ 2019 della Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, depositata in data 27.11.2019.

Uditi nella pubblica udienza del giorno 16 dicembre 2021, con l'assistenza del Segretario dott.ssa Eliana Giorgantoni, la relatrice dott.ssa Maria Cristina Razzano, il rappresentante della Procura generale nella persona del V.P.G. dott.ssa Giulia de Franciscis, gli avvocati Marcello Collevecchio, Vincenzo Buttacchio e Anna Maria Anselmi per gli appellati.

Esaminati l'atto d'appello, gli atti e i documenti tutti del fascicolo di causa.

Ritenuto in

FATTO

Con l'impugnata sentenza, la Sezione territoriale indicata in epigrafe



ha rigettato la domanda di condanna degli odierni appellati al risarcimento del danno occorso al Comune di Fiumicino quantificato in euro 365.200,00. La vicenda trae origine dall'illegittimo affidamento, negli anni 2010-2017, a due professionisti legali, esterni alla compagnia amministrativa, di incarichi di rappresentanza in giudizio.

Con atto depositato in data 10 settembre 2019, il Procuratore regionale ha interposto appello, lamentando plurimi motivi di doglianza.

1. *“violazione di legge per contrasto all'art. 1, comma 1-bis della legge n. 20/1994. Motivazione illegittima, errata, carente ed illogica”.*

La sentenza avrebbe erroneamente rigettato la domanda, pur dopo aver accertato la sussistenza di tutti i profili di illegittimità dedotti nell'atto di citazione, ai quali il Procuratore regionale appellante rinvia, insistendo per l'accoglimento delle conclusioni in esso rassegnate. I vertici del Comune avrebbero conferito, in modo continuativo e senza rispettare le disposizioni di legge, incarichi per l'assistenza legale dell'ente a due avvocati esterni, pur in presenza di un Ufficio legale. Negli atti di assegnazione, il Responsabile dell'avvocatura avrebbe omesso di effettuare ogni verifica circa la possibilità per gli uffici di svolgere l'attività oggetto del mandato, contravvenendo con ciò al principio di autosufficienza amministrativa.

Gli avvocati incaricati, inoltre, non sarebbero risultati iscritti all'albo comunale e sarebbero stati, perciò, individuati sulla base di una



scelta totalmente discrezionale.

Infine, nessuna verifica sarebbe stata effettuata circa le tariffe applicate dagli stessi, né indagini sul costo o confronti con altri professionisti, in quanto gli atti di affidamento sarebbero avvenuti “in via continuativa per blocchi di attività”, in palese violazione degli artt. 20 e 27 d.lgs. n. 163/2006 nonché dei principi di imparzialità, trasparenza, buon andamento e parità di trattamento dell’azione amministrativa.

Alla luce di tali principi, del tutto ingiustificato sarebbe stato il rigetto della domanda risarcitoria promossa nei confronti di Cortesini Paolo e Livio Catia, pur avendo pienamente riconosciuto l’illegittimità delle rispettive decisioni. Contraddittoriamente, infatti, i primi giudici avrebbero affermato che la rilevata negligenza “*avrebbe potuto comportare un grave danno al Comune*” per poi concludere “*che, però, non risulta provato agli atti e che, comunque, non avrebbe potuto corrispondere all’intero compenso riconosciuto, come proposto dalla Procura*”, in quanto l’ente si sarebbe giovato, comunque, di un trattamento favorevole per le tariffe contenute applicate dai due legali esterni in ragione dei servizi offerti.

Tale ricostruzione sarebbe del tutto contraria all’art. 1 comma 1-bis della legge n. 20/1994, come introdotto dall’art. 3, d.l. 23 ottobre 1996, n. 543: laddove la Sezione, concordando con le difese, avesse rinvenuto vantaggi nella scelta - seppur violativa di canoni di legalità e buona amministrazione - di affidare interi blocchi di contenzioso per ben 5 anni sempre agli stessi due legali esterni, senza soluzione



di continuità, avrebbe dovuto essa stessa ridurre il danno, addebitato ai convenuti, per un importo pari all'*utiliter coeptum*, anziché assolverli per assenza di danno.

Parimenti illogica sarebbe la decisione di assoluzione del Sindaco Montino Esterino, per assenza di colpa grave, in quanto, anche in tal caso, palesemente contraddittoria. Nell'affermare che sarebbe stata “senza dubbio mostrata una certa superficialità”, incomprensibilmente sarebbe stata, poi, esclusa la “gravità” della colpa, sul presupposto che il vertice dell'amministrazione non avrebbe avuto contezza né sarebbe stato avvertito dell'anomalia gestionale in atto. Al contrario, il Procuratore regionale avrebbe, nell'atto introduttivo del giudizio, spiegato la differenza dei ruoli rivestiti nella vicenda dal Sindaco Montino e dai componenti l'Organo di controllo, posto che proprio il Sindaco avrebbe firmato mensilmente, senza soluzione di continuità da luglio 2013 sino a tutto il 2017, tutti i mandati alle liti, avallando l'affidamento di fatto del servizio legale del comune ai due legali esterni per tutto il periodo preso in considerazione.

2. “*violazione di legge per manifesta contraddittorietà e contrasto di giudicati*”.

La sentenza sarebbe stata, altresì, contestualmente ad altra del medesimo Collegio, con la quale sarebbe in palese contrasto. Con sentenza n. 536/2019, infatti, sarebbe stata definita la posizione di un'altra dipendente del Comune di Fiumicino (OMISSIS), coinvolta nella vicenda processuale e convenuta in giudizio. In sede di rito



abbreviato, infatti, i giudici territoriali hanno inflitto alla convenuta la condanna a risarcire il danno patito dall'amministrazione comunale pari a euro 5.000,00 per i medesimi fatti oggetto dell'unica citazione della Procura regionale, rigettata nei confronti degli odierni appellati. Orbene, secondo la parte pubblica appellante, la definizione del giudizio con il "rito abbreviato" (art. 130 codice della giustizia contabile) darebbe luogo a una pronuncia di merito che presuppone come accertati gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa (rapporto di servizio, antigiuridicità della condotta, colpa grave, nesso di causalità, danno) con la conseguenza che, nel caso di specie, si sarebbe formato un insanabile contrasto di giudicati.

Conclude, pertanto, per l'accoglimento dei motivi di gravame, con vittoria di spese di giustizia del doppio grado.

Con atto pervenuto in data 25 novembre 2021 si è costituito in giudizio l'appellato Cortesini Paolo, il quale ha ribadito, alla stregua delle argomentazioni dedotte in primo grado, la piena legittimità degli affidamenti, sul presupposto che la nozione di servizi legali di cui all'all. B. del d.lgs. n. 163/2006 non sarebbe sovrapponibile a quella di mandato ad *litem*, essendo quest'ultimo caratterizzata da prevalente fiduciarietà e infungibilità delle prestazioni. La recente evoluzione normativa e giurisprudenziale deporrebbe esattamente in tal senso. Peraltro, correttamente i primi giudici avrebbero escluso la prova del danno, sulla base della corretta interpretazione della regola di giudizio di cui all'art. 2967 c.c.. Per quanto riguarda, poi, la



condanna dell'altra dirigente, la scelta del rito abbreviato da parte di uno dei soggetti convenuti non produrrebbe alcuna presunzione di sussistenza del danno erariale avuto riguardo agli accertamenti oggetto del giudizio ordinario di merito che proseguì, invece, nei confronti degli altri convenuti. Conclude per il rigetto del gravame e la refusione delle spese di lite.

Con atto depositato in data 26 novembre 2021, si è costituita in giudizio l'appellata Livio Catia la quale, il successivo 6 dicembre, ha depositato memoria di costituzione e risposta, illustrando le ragioni dell'infondatezza dell'avversa impugnazione. Ha eccepito, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del gravame per violazione dell'art. 190 c.g.c.; ha, poi, evidenziato che, sin dal primo grado, sarebbe stata provata l'impossibilità per l'ufficio legale da lei diretto di ottemperare al disbrigo dell'enorme contenzioso pendente, sicché la scelta di esternalizzare la difesa legale sarebbe stata necessaria e dovuta, anche in ragione della molteplicità degli incarichi dalla stessa rivestiti all'interno della compagine amministrativa. Ribadisce la legittimità degli atti di affidamento – stante l'inapplicabilità delle norme invocate dalla controparte – nonché l'insussistenza del danno, considerato, anzi, il notevole risparmio di spesa prodotto per effetto della contestata decisione. Nel 2015 avrebbe, peraltro, provveduto a svolgere una procedura negoziata al fine di verificare se l'offerta economica di uno degli avvocati prescelti rimanesse quella più vantaggiosa, con esito pienamente confermativo. Il danno, in ogni caso, non sussisterebbe e non sarebbe stato mai provato,



contrariamente a quanto assunto dalla Procura regionale appellante: di contro, l'attivazione dell'Albo comunale avrebbe determinato un notevole incremento della spesa. Difetterebbe, poi, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, in considerazione dell'assenza di volontà di produrre il danno e comunque di macroscopica negligenza. In via del tutto subordinata, invoca la riduzione dell'addebito: nei doc. 6 e 7 della Procura vi sarebbe l'elenco degli incarichi effettivamente pagati dal Comune, da cui risulterebbe che la spesa riferibile alle determine siglate dalla convenuta sarebbe rispettivamente pari ad € 160.000 ed € 93.200, per un totale di € 253.200 (anziché di € 279.200), cui sottrarre € 26.000 per gli incarichi affidati prima del marzo 2014 per un importo di € 227.200.

La richiesta della Procura non potrebbe andare oltre l'importo di € 151.466 (vale a dire i 2/3 di 227.200), in ragione del concorso pari ad un terzo del Sindaco Montino. Conclude per il rigetto dell'appello e liquidazione delle spese.

Con atto pervenuto in data 16 dicembre 2021, si è costituito in giudizio l'appellato Montino Esterino, il quale, con argomentazioni analoghe a quelle illustrate dal Cortesini, ha contestato i motivi d'appello, in conformità a quanto sostenuto dai primi giudici nella pronuncia impugnata. Mancherebbe, infatti, la prova dell'*an e del quantum debeatur*, e, anzi, sarebbe stato provato che il sistema di affidamento degli incarichi legali ai due avvocati esterni avrebbe garantito un notevole risparmio all'ente. In un simile contesto al giudice di prime cure sarebbe stata preclusa la possibilità di



attingere alle logiche equitative richiamate da parte appellante.

Neppure la comparazione con quanto deciso per l'altra dirigente in sede di rito abbreviato risulterebbe utile, considerati i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato, la libertà di scelta del rito alternativo da parte di ciascuno dei soggetti evocati in giudizio e la scindibilità delle posizioni. Conclude, pertanto, per il rigetto dell'appello e la liquidazione delle spese di lite.

All'udienza odierna, sentite le parti presenti che hanno confermato le conclusioni rassegnate in atti, la causa è passata in decisione.

Rilevato in

DIRITTO

1. Alla stregua del sistema delineato dagli artt. 101 e 102 c.g.c., il Collegio decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio, e quindi il merito della causa.

2. Merita, dunque, di essere scrutinata preliminarmente l'eccezione di inammissibilità per genericità dell'appello, proposta dall'appellata Livio. Non v'è dubbio che l'art. 190 c.g.c., in analogia con quanto disposto dall'art. 342 c.p.c., onera l'appellante di indicare, da una parte, il contenuto della nuova valutazione chiesta al giudice di secondo grado, e, dall'altra, di argomentare circa la rilevanza delle criticità contenute nella decisione, al fine definire il perimetro del *thema decidendum*. La norma può, tuttavia, essere interpretata alla luce degli stessi principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità sull'analogia disposizione del codice di rito (Cass. civ., sez. VI 19 marzo 2018, n. 6705), già condivisi da questa Sezione (*ex pluribus*,



sentenza n. 755 del 27.12.2018). Alla luce di tali arresti giurisprudenziali, deve escludersi che l'atto di impugnazione venga a caratterizzarsi per la necessità “di particolari formule sacramentali” o dalla “redazione di un progetto alternativo di decisione”. Si impone, in particolare all'appellante, di individuare in modo chiaro ed esauriente il *quantum appellatum*, circoscrivendo il giudizio agli specifici capi della sentenza impugnata nonché ai passaggi argomentativi che la sorreggono e formulando, sotto il profilo qualitativo, le ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice, sì da esplicitare la idoneità di tali ragioni a determinare le modifiche della decisione censurata. Dalla lettura dell'atto, emergono con chiarezza i capi della sentenza investiti dal gravame e, con riguardo alle ragioni di fatto e di diritto, risultano contestati partitamente gli snodi motivazionali, con pedissequa ricostruzione della vicenda, alla luce della sequenza degli atti, riconducibile ai presunti responsabili e delle norme applicabili.

L'eccezione non merita, pertanto, accoglimento.

3. Venendo al primo dei motivi d'appello veicolati dalla Procura regionale nel proprio gravame, non v'è dubbio che la parte motiva della sentenza presenta qualche profilo di contraddittorietà ed equivocità, la cui rimozione, sul piano argomentativo, risulta idonea a modificare l'esito decisionale.

3.1. In merito alla dedotta applicabilità degli artt. 20 e 27 del d.lgs. 163/2006 (previgente codice dei contratti pubblici), non v'è dubbio che l'affidamento dei servizi legali era escluso dall'alveo delle



procedure ad evidenza pubblica, per espressa previsione dell'art. 20, primo comma, il quale stabiliva che i suddetti affidamenti, annoverati nell'Allegato II B, fosse regolati dagli artt. 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati), sostanzialmente preposti a dare attuazione al più generale principio di trasparenza, mediante la pubblicità dell'aggiudicazione dell'affidamento e l'indicazione delle specifiche tecniche nel bando di gara. Oltre a questo, l'art. 27, rubricato *"Principi relativi ai contratti esclusi"*, prevedeva che l'affidamento dei servizi esclusi avvenisse comunque nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento e proporzionalità, previo invito, da parte della stazione appaltante, di almeno cinque concorrenti *"se compatibile con l'oggetto del contratto"*.

L'impianto normativo recepito nel previgente codice dei contratti pubblici è da considerarsi espressione di un certo orientamento volto a una progressiva assimilazione delle prestazioni d'opera intellettuale alle attività di natura economica di tipo imprenditoriale, da ricomprendere nella nozione di impresa delineata dall'art. 2082 c.c..

La tesi ha ricevuto, per un certo periodo, l'avallo dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza che, in sede di indagine conoscitiva, nel richiamare le nozioni di impresa e di servizio professionale elaborate dalla Corte di Giustizia europea e contenute nei testi comunitari, aveva rilevato come il professionista, al pari dell'imprenditore, svolgesse un'attività che si traduceva nell'offerta di



prestazioni acquisibili dietro il pagamento di un corrispettivo, dunque suscettibili di valutazione economica, tale da potersi definire “impresa”. Di qui il corollario secondo il quale, al fine di garantire la qualità delle prestazioni e le attese dei cittadini, lo strumento più efficiente da adottare sarebbe stata proprio l'applicazione dei principi concorrenziali, con conseguente abolizione dei minimi tariffari, abrogazione del divieto di fornire informazioni pubblicitarie, incentivazione della libertà di accesso alle professioni ed alla formazione dei professionisti ed eliminazione degli ostacoli normativi alla costituzione di società multidisciplinari. Non a caso, l'entrata in vigore del d.l. 4.07.2006 n. 223 ha segnato l'ingresso delle “liberalizzazioni tariffarie”, con abrogazione dei minimi tariffari per le “libere professioni”. In tale solco esegetico, si dovrebbe concludere che la lesione patrimoniale subita dall'ente locale, per effetto del mancato confronto tra plurime offerte, configuri un “danno alla concorrenza” (*rectius un danno da mancata concorrenza*), per il quale il Procuratore regionale avrebbe dovuto fornire una specifica prova, qui mancante, come posto in risalto dai primi giudici.

3.2. L'impostazione adombbrata nella sentenza, tuttavia, si scontra con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale successiva.

3.2.1. Segni prodromici erano stati registrati da questa Corte che, in sede di controllo, con la delibera n. 6/2005, nell'adottare le “*Linee di indirizzo e criteri interpretativi sulle disposizioni della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) in materia di affidamento d'incarichi di studio o di ricerca ovvero di consulenza (art. 1, commi 11*



e 42)" aveva escluso dal raggio di applicazione di tali disposizioni gli incarichi di rappresentanza in giudizio e patrocinio dell'amministrazione, e, con la successiva delibera della Sezione delle Autonomie n. 6/AUT/2008, li aveva collocati fuori dalla portata dell'art. 53 del d.lgs. n.165/2001.

In relazione al codice dei contratti del 2006, in particolare, a fronte di un orientamento minoritario (espresso anche da questa Corte in sede consultiva: cfr. Sez. contr. Veneto 7/2009), improntato alla massima estensione del principio di concorrenza anche nel settore dei servizi legali, talune Sezioni regionali di controllo (Sez. reg. per la Basilicata, deliberazione n. 19/2009/Par) avevano, altresì, precisato che il patrocinio legale, per essere oggetto di appalto, richiede qualcosa in più, "*un quid pluris per prestazione o modalità organizzativa*". La giurisprudenza amministrativa ha, infine, recepito (cfr. Cons. St., sez. V, n. 2730 dell'11 maggio 2012) tali *input*, stabilendo che il conferimento del singolo incarico episodico, basato su necessità contingenti, non può considerarsi appalto di servizi legali, ma deve qualificarsi come contatto d'opera intellettuale - stipulato ai sensi dell'art. 2229 c.c. - che, per la sua ontologica connotazione a carattere fiduciario, mal si concilia con le modalità di selezione delle procedure ad evidenza pubblica. Soltanto l'incarico di consulenza e di assistenza inserito in un complesso organizzato di attività professionale, e da un "*quid pluris*", cioè una complessità, mancante nel caso di incarichi episodici, deve essere oggetto di confronto competitivo in sede di appalto.



Tale indirizzo sottende un'impotazione ideologica che trova piena rispondenza nel codice civile, che tende a differenziare nettamente l'attività d'impresa da quella svolta dai professionisti, proprio per gli intrinseci caratteri, ideativi e creativi, che contraddistinguono le prestazioni intellettuali. Le attività professionali verrebbero appiattite a livello di qualsiasi altro lavoro, dimenticando che esse presuppongono conoscenze e saperi complessi e specialistici che contribuiscono a spiegare la peculiare disciplina normativa ad esse riservata dagli artt. 2229 ss. c.c.

Le peculiarità in esame sono accentuate per le attività intellettuali "protette o riservate", per le quali lo stesso codice civile detta, da un lato, una disciplina speciale in ordine all'accesso e all'esercizio per alcune di esse - interdicendo lo svolgimento della stessa a coloro che sono privi di una specifica abilitazione e non sono iscritti ad un Albo (o ne sono stati espulsi) - e, dall'altro, sancisce il carattere rigorosamente personale della prestazione con tutte le restrizioni che da ciò derivano anche in tema di esercizio associato della professioni.

La "riserva", infatti, è diretta a salvaguardare non già gli interessi corporativi degli Ordini, dei Collegi professionali, o degli esponenti degli stessi, bensì quelli di natura pubblicistica e dei privati cittadini tesi ad ottenere prestazioni professionali corrispondenti a determinati standards qualitativi.

La stessa Corte costituzionale, con la sentenza 21 luglio 1996 n.418, aveva chiaramente tracciato il confine entro il quale l'attribuzione di sfere di competenza professionale deve ritenersi compatibile con il



principio della libera iniziativa economica (sancito dall'art. 41 Cost. e valorizzato dalla normativa comunitaria), di cui è corollario la libera concorrenza, interpretando i limiti derivanti dall'art. 33, comma 3, Cost. (“È prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale”), in chiave non di “generale esclusività monopolistica”, ma di eccezionalità rispetto ai principi del libero esercizio della professione. L'esercizio in via riservata di una determinata prestazione deve essere, pertanto, circoscritto alle sole ipotesi nelle quali si richiede un livello di preparazione e di conoscenza particolarmente elevato” poiché l'attività “incide direttamente su principi e valori costituzionalmente protetti”. Tra le attività protette rientra sicuramente quella dei professionisti legali, la cui attività rimane subordinata non solo al conseguimento di un elevato titolo di studio (laurea magistrale), ma anche all'effettivo esercizio di un periodo di tirocinio e “praticantato”, al superamento dell'apposito esame di abilitazione e, infine, all'iscrizione all'albo professionale. Su tali linee direttive si è innestata la riforma cristallizzata nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), il cui art. 17, comma 1, lett. d) ha confermato la totale esclusione dei *servizi legali* (tra i quali la “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”) dall'applicazione della disciplina codicistica, eliminando anche il confronto tra i cinque professionisti.



3.2.2. La maggiore discrezionalità e “personalità” che permea la scelta del professionista legale non può, tuttavia, implicare libertà assoluta, ma deve essere improntata a selezionare la “migliore offerta” possibile, garantendo, al tempo stesso, la massima trasparenza – ossia l’adozione di *iter* procedurali accessibili alla più vasta platea possibile di interessati, nel rispetto di parametri oggettivi e predeterminati – ed evitando ogni discriminazione o arbitrio nell’attuazione dell’interesse pubblico. Tale ricostruzione impone alle stazioni appaltanti la corretta individuazione del fabbisogno, anche allo scopo di evitare il frazionamento artificioso della commessa, vietato ai sensi dell’articolo 51 del nuovo codice dei contratti pubblici. Non a caso, l’ANAC ha ribadito, nelle linee-guida emanate in materia (delibera n. 1158 del 9 novembre 2016 e, poi, delibera n. 907 del 24 ottobre 2018), l’impostazione palesata dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017 del 3 agosto 2018, concludendo che l’affidamento dei servizi legali costituisce appalto, con conseguente applicabilità dell’allegato IX e degli articoli 140 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, qualora la stazione appaltante affidi la gestione del contenzioso in modo continuativo o periodico al fornitore nell’unità di tempo considerata (di regola il triennio), mentre l’incarico conferito *ad hoc* deve qualificarsi come contratto d’opera professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è sottoposto al regime di cui all’articolo 17 (contratti esclusi).

Non residuano, in definitiva, dubbi sulla constatazione che il sistema



di garanzie predisposto nel codice dei contratti pubblici (pur nella successione di leggi nel tempo) si impernia sulla necessità di ricorrere a un vero e proprio appalto di servizi soltanto in presenza di prestazioni complesse, tali da implicare un'organizzazione di risorse umane e strumentali, assimilabile a quella di una vera e propria impresa. Al di fuori di queste ipotesi, la stipulazione di un contratto di mandato con rappresentanza processuale da parte delle pubbliche amministrazioni o enti pubblici doveva (e deve tuttora) piegarsi ai principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento, in forza non solo delle citate disposizioni codicistiche, ma soprattutto in virtù della portata immediatamente precettiva dell'art. 97 Cost.

3.3. Alla luce dei delineati criteri ermeneutici, possono essere dipanate le questioni riproposte dal Procuratore regionale con il gravame in esame.

3.3.1. La scelta di stipulare i contratti di rappresentanza e assistenza giudiziaria in via diretta a due legali esterni alla compagine amministrativa, su base esclusivamente fiduciaria in modo massivo e reiterato, con una sorta di “clausola di esclusiva”, deve ritenersi illegittima, in quanto contraria al principio di trasparenza e imparzialità. Anche a non voler accedere all'idea che singoli blocchi di controversie dovessero essere affidati all'esterno con vere e proprie procedure d'appalto, risulta pressoché sistematicamente disatteso l'obbligo di invitare almeno cinque professionisti, vigente fino all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti. Contrariamente a quanto affermato dagli odierni appellati, la disposizione, pur



successivamente abrogata, non era da intendersi finalizzata a conseguire il risparmio di spesa (sicuramente auspicabile dopo l'entrata in vigore del d.l. 223/2006, ed effettivamente conseguito dall'amministrazione comunale), quanto piuttosto a selezionare il “miglior” professionista sul mercato in relazione alle esigenze del caso concreto, garantendo la massima “equidistanza” dell'ente affidante dalle posizioni dei singoli professionisti beneficiari delle commesse. Al pari di tutte le altre ipotesi di incarichi caratterizzati dalla elevata specializzazione e dall'*intuitu personae*, anche nel caso di affidamento di mandato *ad litem*, l'autonomia negoziale della p.a. affidante doveva intendersi limitata e conculcata dalla nozione di “fiduciarietà professionale” e dalla massima trasparenza (II Sez. giur. centr. app. n. 137/2002 e n. 523/2017; Sez. app. Sicilia n. 27/2016/A; III giur. centr. app. n. 563/2015), mentre, nel caso di specie, gli incarichi non hanno rappresentato affatto casi singoli e sono stati formalizzati senza alcuna procedura comparativa,

3.3.2. In secondo luogo, l'affidamento è avvenuto in favore di professionisti non iscritti all'Albo comunale, istituito con determina dirigenziale n.62 del 27 luglio 2010 del Direttore Generale dott. Paolo Cortesini. Con la stessa determina è stato approvato anche il disciplinare per la gestione dell'albo fornitori servizi legali, il cui art. 6, comma 3 già prevedeva che, a parità di requisiti posseduti (e, quindi, previa comparazione curriculare), doveva darsi preferenza al legale che avesse presentato un'offerta economica più vantaggiosa per l'ente. La decisione di far ricorso a professionisti non iscritti



all'Albo ha di fatto svuotato di contenuto la sua stessa istituzione, eludendo un preciso autovincolo che l'amministrazione aveva imposto a se stessa, così come la mancata preventiva acquisizione di curricula e preventivi ha mortificato ogni possibilità di confronto, pervenendo a sistematici esborsi di denaro in assenza di una preventiva e adeguata istruttoria anche sulle reali capacità dell'ufficio legale di far fronte al consistente contenzioso. In tale accezione deve leggersi l'affermazione della Procura regionale appellante che identifica il danno nel *“maggiore esborso che il Comune ha dovuto sostenere per i compensi professionali conferiti e pagati indebitamente ai due avvocati esterni”*, dovendosi intendere per *“maggiore”* onere economico quello che sarebbe stato evitabile ricorrendo alla rappresentanza giudiziale *in house*.

3.4. Sotto altro aspetto, infatti, la scelta di affidare incarichi di difesa in giudizio dell'ente pubblico a soggetti esterni si rivela lesiva del principio di *“buon andamento”* ed efficienza amministrativa. L'istituzione di un ufficio legale preposto alla difesa tecnica di un ente pubblico, oltre a rappresentare un adeguato presidio di attuazione del diritto e delle facoltà di cui all'art. 24 Cost. cit., rende del tutto eccezionale e residuale il ricorso ad affidamenti esterni, in quanto l'amministrazione è chiamata a valutare, con maggiore attenzione, gli oneri economici aggiuntivi che da tale decisione derivano.

3.4.1. Va ricordato che la norma dell'art. 3 della legge professionale (r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578) consente, senz'altro, agli enti



pubblici l'istituzione di uffici legali in cui l'avvocato preposto tratti esclusivamente le cause proprie dell'Ente. In via giurisprudenziale si sono enucleati i requisiti richiesti per la creazione di una avvocatura presso una Pubblica amministrazione e sono stati indicati come di seguito: 1) costituzione di un apposito ufficio dotato di adeguata "stabilità"; 2) autonomia organizzativa e distinzione dell'avvocatura dagli altri uffici di "gestione" amministrativa; 3) adibizione a tale ufficio di dipendenti abilitati all'esercizio della professione forense; 4) assegnazione di detti dipendenti in via esclusiva alle "cause ed affari legali" dell'Ente con inibizione allo svolgimento di attività di "gestione" amministrativa (in particolare Cass. S.U. n. 18359 del 19 agosto 2009). Il quadro normativo non è mutato con la legge di riforma della professione di avvocato, la n. 247 del 3 dicembre 2012, che, accogliendo e codificando i principi elaborati negli anni dalla giurisprudenza, ha dettato, all'art. 23 (rubricato "Avvocati degli enti pubblici"), una disciplina aggiornata e più puntuale riguardo alla specifica figura dell'avvocato dell'ente pubblico. L'ufficio legale, in particolare, non può essere collocato alle dipendenze di altra struttura amministrativa, in quanto la subordinazione gerarchica e l'ingerenza nella trattazione degli affari giuridico-legali sono incompatibili con la salvaguardia della libertà ed indipendenza dell'attività professionale.

Il personale addetto all'ufficio in esame ha l'obbligo del disbrigo delle "pratiche legali", non potendosi sottrarre ad esso mediante rinvio sistematico agli avvocati del libero foro: da un lato, infatti, occorre



evitare ogni “inutile” duplicazione di spesa; dall’altro l’Amministrazione appare, comunque, vincolata a un obbligo di motivazione “rafforzata”. Le peculiarità dell’incarico difensivo, in definitiva, non neutralizzano quei presidi legali posti, principalmente, a garanzia del principio della “autosufficienza organizzativa”, declinazione del principio costituzionale del buon andamento e strumento indispensabile ad assicurare l’economicità dell’azione pubblica (in termini, Sez. II giur. centr. app. n. 392/2019).

3.4.2. La Procura regionale e i giudici di prime cure hanno dato atto del sottodimensionamento in cui versava l’avvocatura comunale, che, per tutto l’arco temporale preso in considerazione, è rimasto composto da un solo avvocato dipendente e abilitato alle Magistrature Superiori dal 2013, un funzionario amministrativo, due istruttori e un collaboratore, laddove la pianta organica approvata dall’Ente, con deliberazione giuntale n. 120 del 10 aprile 2003, prevedeva una più consistente strutturazione (due avvocati, di cui uno abilitato alle magistrature superiori, due funzionari direttivi amministrativi, quattro istruttori di amministrazione e due collaboratori).

La circostanza non è, tuttavia, idonea a scriminare la consumazione degli illeciti oggetto di causa, considerato che i deficit strutturali in cui versano gli uffici pubblici non consentono, per ciò solo, di esternalizzare compiti istituzionali né di derogare ai canoni dell’imparzialità ed efficienza dell’azione amministrativa; soprattutto, tale situazione non giustifica il *commodus discessus* rappresentato



dall'affidamento all'esterno degli incarichi da fronteggiare con le risorse interne, dal momento che tale alternativa finisce col radicare il denunciato sottodimensionamento, in una spirale che, nel tempo, tende ad autoalimentarsi.

3.5. Costituisce, pertanto, grave lesione dei principi di imparzialità e buon andamento, la violazione delle norme regolatrici in materia di affidamenti di incarichi legali, tale da integrare non solo l'illegittimità dell'atto amministrativo di affidamento, ma anche, per quel che qui rileva, la responsabilità amministrativa del decisore politico e/o dell'organo tecnico in relazione non alla perdita economica patita in dipendenza della "chance" di conseguire un risparmio di spesa (danno da mancata concorrenza), bensì all'intero esborso sostenuto per effetto di condotte gravemente violative di norme imperative. Il danno che deriva da scelte decisionali contrarie a principi di ordine costituzionale corrisponde, infatti, all'intero costo economico dell'attività resa, al pari di quanto più volte la consolidata giurisprudenza contabile ha affermato in materia di consulenze *contra legem* (tra le più recenti, I Sez. giur. centr. app. 18 maggio 2021 n. 180; II Sez. giur. centr. app. 24 giugno 2020 n. 156; id. 17 settembre 2019 n. 320; III Sez. giur. centr. app. 28 agosto 2019 n. 155), pur dovendosi considerare che il diritto di azione e di difesa ha copertura costituzionale (art. 24 Cost.) e che le attività processuali in giudizio sono talora necessarie ad evitare il rischio di soccombenza.

4. Passando, quindi, ai singoli addebiti, dagli atti risulta che il Comune di Fiumicino è dotato di Avvocatura comunale affidata, dal



2010 a maggio 2013 al Direttore Generale, dott. Paolo Cortesini, dal giugno 2013 ad ottobre 2013 al Segretario Generale, dott.ssa OMISSIS, e, dal novembre 2013 fino al 2107 (data terminale considerata dal requirente) al Dirigente avente qualifica di avvocato, dott.ssa Catia Livio. Del danno quantificato in citazione (€ 365.200,00) sono stati ritenuti responsabili, in primo luogo, i dirigenti dell'ufficio Avvocatura del Comune di Fiumicino nel seguente ordine temporale: 1) Paolo Cortesini, per i compensi corrisposti ai legali con riferimento al periodo gennaio/ottobre 2013, pari a complessivi € 56.000,00 come da mandati di pagamento e determinate in atti; 2) OMISSIS, per i compensi corrisposti ai legali con riferimento al periodo novembre 2013/febbraio 2014, pari a complessivi € 30.000,00 come da mandati di pagamento e determinate in atti; 3) Catia Livio, per compensi corrisposti ai legali con riferimento al periodo marzo 2014/fino a tutto il 2017, pari a complessivi € 279.200,00 come da mandati di pagamento e determinate in atti. Ad essi è stata attribuita la macroscopica negligenza di aver continuato ad affidare ai due professionisti esterni il carico derivante dal contenzioso in atto presso la magistratura ordinaria e amministrativa, in totale spregio dei principi e delle norme sopra descritte. Su tali partite di danno è stato chiamato in concorso, in ragione di un terzo, in considerazione dell'apporto causale alla determinazione del danno complessivo, il Sindaco Esterino Montino, quindi per un terzo sul complesso dei compensi corrisposti ai due legali a decorrere da luglio 2013 fino a tutto il



2017, pari ad € 109.567,00.

Esclusa la posizione della convenuta OMISSIS, definita con separato giudizio in sede di rito abbreviato, le obiezioni mosse dagli odierni appellati all'impianto accusatorio non hanno fondamento.

In merito alla posizione del Cortesini, egli si è limitato a ricostruire la situazione fattuale nella quale versava l'ufficio legale, lo "stato di necessità" che avrebbe giustificato il ricorso ai professionisti esterni, l'assenza di danno da mancata comparazione delle offerte. Le argomentazioni possono considerarsi ampiamente superate dai riscontri normativi ed esegetici sopra delineati.

Analogamente, la posizione dell'appellata Livio, pur nell'apprezzamento delle circostanze attenuanti che saranno vagliate in sede di quantificazione del danno, ha perpetuato quella che la stessa dirigente ha definito una "prassi consolidata" presso l'ente locale, al contempo beneficiando di una congrua riduzione del proprio carico d'ufficio e dell'estensione dei propri compiti, nei più disparati settori (Affari generali, dello Sviluppo economico e delle Politiche sociali), fino all'incarico di vice-Segretario generale.

Si rinvia a quanto sopra argomentato in punto di illegittimità delle determinate di incarico e di sussistenza del danno da violazione dei principi di imparzialità e buon andamento. A nulla vale obiettare in contrario che le competenze e i curricula degli avvocati affidatari erano ormai acquisite presso l'ente e che il ricorso all'albo, per effetto delle modifiche apportate del Regolamento di cui alla Delibera n.90/2016 – promosso proprio dall'odierna appellata e basato, ex



art. 5 del testo, sul principio di rotazione degli incarichi) avrebbe comportato un notevole incremento di spesa.

Come già precisato, la *ratio legis* delle limitazioni normative stratificate nel corso degli anni, non può rinvenirsi, per le prestazioni d'opera intellettuale rientranti nelle attività "riservate", nella minimizzazione del costo, non potendo trovare tale criterio spazio applicativo in ambiti professionali caratterizzati dal rispetto di elevati *standards qualitativi*. La stessa adozione del regolamento nel 2016 conferma la volontà dell'ente di conformarsi a criteri oggettivi e predeterminati ai fini dell'individuazione del legale di fiducia (peraltro in un clima di "liberalizzazione" dopo l'approvazione del nuovo codice dei contratti) e può fungere da parametro per l'attenuazione del carico di responsabilità della Livio, non elidendola del tutto, tanto più che gli affidamenti ai due professionisti sono continuati fino al maggio 2017.

Analogamente non colgono nel segno le contestazioni mosse dall'appellata nell'ottica dei risultati pregevoli conseguiti in termini di *performance*, dal momento che si può presumere che anche l'alleggerimento del carico di lavoro (dovuto all'esternalizzazione) abbia reso più semplice il raggiungimento degli obiettivi.

Nello stesso solco difensivo e alle medesime criticità deve essere ricondotta la memoria di costituzione del Sindaco Montino che ribadisce la mancata prova del danno da "concorrenza" e, anzi, la prova in atti del consistente risparmio di spesa. Contrariamente a quanto assunto dai primi giudici - che lo hanno assolto per



mancanza di colpa grave, senza intervenire affatto sugli elementi oggettivi della dedotta responsabilità – rimane provato che l'appellato abbia firmato i mandati *ad litem* mensilmente, senza soluzione di continuità dal luglio 2013 al 2017, sicché, ai fini della consapevole assunzione di responsabilità della vicenda egli non avrebbe avuto affatto bisogno di essere “*messo sull'avviso*” dai “*sistemi di controllo presenti nell'ente locale (revisori dei conti, controllo interno, ufficio di bilancio e ragioneria)*”, come affermato in sentenza.

5. L'appello del Procuratore regionale merita, in conclusione, accoglimento, essendo provati tutti gli elementi soggettivi e oggettivi della dedotta responsabilità amministrativa. Ai fini della quantificazione del danno, la prospettazione attorea si basa sul conteggio degli emolumenti versati ai due professionisti esterni a titolo di corrispettivo, dal 2013 al 2017, per un importo complessivo di € 365.200,00.

Il calcolo non ha, tuttavia, considerato i vantaggi conseguiti dall'ente di appartenenza, che non sono da indentificare nelle prestazioni d'opera professionale rese dai legali in esecuzione del mandato, quanto piuttosto dal ridotto carico del quale ha beneficiato l'ufficio legale che ha potuto – come evidenziato dalla dott.ssa Livio – meglio organizzare la propria attività, raggiungendo risultati positivi.

Nella stessa ottica, deve rimarcarsi che all'ente locale non era inibito il ricorso al *contracting-out* nello specifico settore di riferimento, quanto piuttosto il rigoroso rispetto di modalità di affidamento atte a garantire, come sopra detto, l'imparzialità e il buon andamento; di



conseguenza, appare altamente probabile che, proprio in considerazione dell'accertato e pacifico sottodimensionamento dell'ufficio legale, una parte del contenzioso avrebbe dovuto affidarsi all'esterno.

In considerazione delle descritte circostanze, la valutazione delle utilità "comunque" conseguite dall'amministrazione affidante deve essere basata su un criterio equitativo, ex art. 1226 c.c., non essendo possibile quantificare con esattezza il vantaggio calcolato sulla base di un mero giudizio prognostico (ossia cercando di prevedere quanti e quali incarichi sarebbero stati legittimamente attribuiti a professionisti esterni, e definire il miglioramento che ha tratto l'ufficio legale dalla scelta oggetto di contestazioni). Per tale via, posto che il danno sussiste ed è provato nella misura corrispondente ai corrispettivi pagati, il Collegio ritiene di poterlo ridimensionare applicando una percentuale di riduzione pari al 30% per ciascuno degli addebiti formulati nei confronti dei convenuti/odierni appellati, con la conseguenza che: 1) per Esterino Montino, in relazione ai mandati firmati a decorrere da luglio 2013 fino a tutto il 2017, la quota di un terzo del danno dedotto in citazione (pari ad € 109.567,00) deve essere ridotta del 30% (= € 32.870,10), risultando così pari a **€ 76.696,90**; 2) per Paolo Cortesini, la quota corrispondente ai compensi corrisposti ai legali con riferimento al periodo gennaio/ottobre 2013, pari a complessivi € 56.000,00, deve tener conto dell'apporto causale del Montino, con la consequenziale riduzione di 1/3, e consequenziale riduzione a € 37.334,00 sui quali



deve essere applicata l'ulteriore decurtazione del 30% (= € 11.200,20), per un totale di **€ 26.133,80**; 3) per Catia Livio, in accoglimento dei rilievi mossi in punto di quantificazione, la quota per compensi corrisposti ai legali dal marzo 2014/fino al maggio 2017 - rispettivamente pari ad € 160.000 ed € 93.200 – deve essere ricalcolata in € 253.200,00 (anziché di € 279.200,00, dedotto in citazione), cui deve sottrarsi € 26.000, per gli incarichi affidati dal novembre 2013 al marzo 2014 (per i quali v'è incertezza sulla contestazione, nel libello introduttivo), per una somma finale pari a € 227.200,00. Al detto importo deve essere sottratto 1/3, corrispondente alla quota imputata al Sindaco Montino, con un residuo di € 151.542,40, al quale deve essere applicata la compensazione di cui sopra, nella misura del 30% (= € 45.462,72), si da consentire un importo addebitabile pari a € 106.079,68.

La parte di responsabilità dell'appellata Livio deve essere, altresì, oggetto di un ulteriore ridimensionamento, in considerazione della gara dalla stessa espletata nel 2015, sintomo di una volontà di introdurre una legalità smarrita nel corso degli anni, confermata anche dalla determinazione dimostrata ai fini dell'approvazione del nuovo regolamento. In ragione di tali elementi circostanziali di natura soggettiva, il Collegio ritiene di poter applicare a Catia Livio, in sede di potere riduttivo ex art. 52 r.d. n. 1214/1934, un'ulteriore riduzione pari al 25% (= euro 26.519,92) dell'importo sopra definito, con un addebito finale di **€ 79.559,76**.

6. Il secondo motivo d'appello è assorbito, considerato l'accoglimento



del gravame nel merito.

7. Conclusivamente, in accoglimento parziale dell'appello, il Collegio condanna MONTINO Esterino al risarcimento del danno in favore del Comune di Fiumicino pari a **€ 76.696,90**; CORTESINI Paolo, al danno pari a **€ 26.133,80**; LIVIO Catia, al danno pari a **€ 79.559,76**. Si tali importi deve liquidarsi la rivalutazione monetaria a decorrere dal maggio 2017 (data di consumazione di tutti gli illeciti in esame) fino alla data di deposito della sentenza, e interessi legali, dalla data di pubblicazione della sentenza fino al soddisfatto.

8. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza, e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

la Corte dei conti Sezione seconda centrale d'appello, così definitivamente pronunciando, accoglie parzialmente l'appello e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, condanna al risarcimento del danno in favore del Comune di Fiumicino i signori MONTINO Esterino per € 76.696,90, CORTESINI Paolo per € 26.133,80 e LIVIO Catia per € 79.559,76. Su tali importi deve liquidarsi la rivalutazione monetaria a decorrere dal maggio 2017 (data di consumazione di tutti gli illeciti in esame) fino alla data di deposito della sentenza, e interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza fino al soddisfatto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in euro 400,00 (QUATTROCENTO/00).

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre



SENT. 462/2021

2021.

L'Estensore

Il Presidente

(dott.ssa Maria Cristina Razzano)

(dott. Rita Loreto)

f.to digitalmente

f.to digitalmente

Depositata in Segreteria il 30 DICEMBRE 2021

p. La Dirigente (Dott.ssa Sabina Rago)

f.to digitalmente

Il Funzionario Amministrativo

Dott.ssa Alessandra Carcani

f.to digitalmente