

PROFESSIONI: Amministrazione pubblica - Avviso pubblico - Equo compenso - Art. 36 Cost. - Definizione unilaterale - Inferiorità soglia minima - Illegittimità.

Tar Campania - Napoli, Sez. I, 18 febbraio 2022, n. 1114

- in *Giurisprudenza Italiana*, 10, 2022, pag. 2181 e ss., con commento di Filippo Olivelli, *La derogabilità contrattata dell'equo compenso del professionista*

“[...] deve invece ritenersi che resti precluso alle Amministrazioni aggiudicatrici l'introduzione di una regola che, come nella specie, impedisca sistematicamente ex ante il riconoscimento di un corrispettivo professionale da corrispondere ai professionisti incaricati che sia di importo pari o superiore all'equo compenso.

Diversamente argomentando si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza per cui l'Amministrazione erogherebbe esclusivamente compensi che si collocano al di sotto di tale soglia che dunque diverrebbe inapplicabile in via assoluta all'Amministrazione convenuta, ciò che invece anche la pronuncia del TAR Lombardia non ha inteso affermare e che, comunque, si porrebbe in contrasto con la disciplina al riguardo dettata anche per le pp.aa. nella l. n. 247/2012 [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Regionale per la Sanità Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 2 luglio 2021 e depositato il successivo 6 luglio, l'Ordine degli Avvocati di Roma (di seguito l'OAR), ha premesso che in data 3 maggio 2021, la Società Regionale per la Sanità s.p.a. (di seguito Soresa) ha pubblicato sul proprio sito istituzionale (e contestualmente trasmesso a mezzo PEC all'Ordine degli Avvocati di Roma), l'Avviso pubblico per la costituzione di un elenco di avvocati per l'affidamento di incarichi di patrocinio legale e di domiciliazione con relativo regolamento ai sensi delle Linee Guida ANAC n. 12 (affidamento dei servizi legali).

L'OAR soggiunge che l'art. 9 di tale Avviso prevede testualmente quanto segue: *“Il compenso spettante al professionista sarà determinato nel disciplinare di incarico in considerazione del valore e della complessità del giudizio e non potrà in ogni caso superare il valore minimo calcolato in relazione ai parametri forensi minimi di cui al D.M. n. 55/2014, così come modificato dal D.M.*

n.37 del 08.03.2018, oltre spese generali, iva e cpa ...Per gli incarichi di domiciliazione il compenso per singola controversia è predeterminato in € 250,00, presso le magistrature superiori ed € 150,00 per le altre”.

Dopo aver inutilmente richiesto alla Soresa di modificare le citate disposizioni dell’Avviso in questione, in quanto ritenute contrastanti con l’art. 13bis della l. n. 247/2012, l’OAR ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, chiedendone l’annullamento previa sospensione degli effetti, sulla base della seguente articolata censura.

Violazione della normativa sul c.d. equo compenso: gli onorari professionali degli avvocati sono quantificati negli Avvisi impugnati in violazione dei parametri stabiliti dal D.M. n. 55/2014.

Le sopra riferite previsioni contenute nell’Avviso impugnato sulla remunerazione delle prestazioni di difesa giudiziale sarebbero nulle o comunque illegittime per violazione del c.d. equo compenso di cui alla legge n. 247/2012 e al DM n. 55/2014, applicabili anche alle pp.aa. in forza del richiamo di cui all’art. 19quaterdecies, co. 1, del d.l. 148/2017 che ha introdotto l’art. 13 bis nella legge sulla professione forense n. 247/2012.

L’OAR rileva sul punto che il comma 4 dell’art. 13 bis della Legge Professionale, dispone altresì che *“si considerano vessatorie le clausole contenute nelle convenzioni di cui al comma 1 che determinano, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico dell’avvocato”*, ciò che si verificherebbe nel caso di specie, poiché l’Avviso impugnato avrebbe determinato in via unilaterale che il compenso massimo previsto sarebbe stato al massimo pari al c.d. minimo di parametro, mentre, per quanto riguarda l’attività di domiciliazione, avrebbe determinato in materia arbitraria dei compensi in misura fissa, forfettaria ed onnicomprensiva.

La contestata previsione dell’Avviso gravato sarebbe anche contraria ai principi di buon andamento, in quanto creerebbe il concreto pericolo che l’interesse alla tutela giudiziale dell’Amministrazione pubblica potrebbero non essere tutelati al meglio a causa dello svilimento della prestazione professionale imposta dalle previsioni citate.

Anche la previsione sul compenso forfettario in caso di sola domiciliazione sarebbe illegittima, in quanto prescinderebbe del tutto dal tipo di controversia obliterando così i parametri fissati dall’art. 13bis della legge professionale e dal DM n. 55/2014.

Si è costituita la Soresa eccependo in limine l’inammissibilità della censura articolata dall’OAR, non ricorrendo una lesione concreta ed attuale, in quanto il compenso in questione non sarebbe stato ancora previsto per la trattazione di un incarico specifico, sicché non sarebbe possibile verificare la

violazione dell'art. 13 bis della l. n. 147/2012 che collega la valutazione di equità del compenso al contenuto dell'affare trattato.

Nel merito il ricorso sarebbe comunque infondato, atteso che l'Amministrazione deve ispirare la propria azione a criteri di economicità e la contrattazione con i professionisti sarebbe libera anche per l'Amministrazione.

Peraltro, la disciplina sull'equo compenso non si applicherebbe ove essa fosse oggetto di trattativa tra le parti, come avverrebbe nella specie in cui il concreto compenso viene pattuito al momento del conferimento dell'incarico.

Con ordinanza 8 settembre 2021, n. 1516 questa sezione ha respinto l'istanza di sospensione cautelare sul presupposto che le esigenze di parte ricorrente potessero trovare adeguata tutela mediante la sollecita fissazione della trattazione del merito del ricorso.

Le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 73 c.p.a. e alla pubblica udienza del 12 gennaio 2022 la causa è stata introitata in decisione.

1. Il Collegio reputa di dover spendere alcune considerazioni in merito alla legittimazione ad agire degli ordini professionali, anche a ripudio dell'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse articolata dalla resistente Soresa.

La giurisprudenza ha più volte affermato che gli ordini professionali sono legittimati ad agire per la tutela di posizioni soggettive proprie o di interessi unitari della collettività da loro istituzionalmente espressa, nel secondo caso potendo sia reagire alla violazione delle norme poste a tutela della professione, sia perseguire vantaggi, anche strumentali, riferibili alla sfera della categoria nel suo insieme (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, sulla loro legittimazione ad agire contro atti lesivi dell'interesse istituzionale della categoria; VI, 18 aprile 2012, n. 2208; V, 23 febbraio 2015, n. 883; V, 12 agosto 2011, n. 4776; V, 18 dicembre 2009, n. 8404), con il solo limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o potestà degli ordini medesimi. Nel caso di ordini professionali individuati su base territoriale (come nel caso in esame) la legittimazione al ricorso va ricondotta all'ambito territoriale nel quale il provvedimento impugnato è destinato a produrre effetti" (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 28 marzo 2017, n. 1418; nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, sez. I, 26 novembre 2018, n. 11447; TAR Molise, Campobasso, sez. I, 27 settembre 2018, n. 568).

È stato altresì affermato che "*sussiste la legittimazione dell'Ordine professionale ad agire contro procedure di evidenza pubblica ritenute lesive dell'interesse istituzionalizzato della categoria da esso rappresentata anche nell'ipotesi in cui possa configurarsi un conflitto d'interessi fra esso Ordine e singoli professionisti in qualche modo beneficiari dell'atto impugnato*" (cfr., TAR Puglia,

Lecce, sez. II, 25 agosto 2015, n. 2647, che richiama i principi espressi da Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10; nello stesso senso TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 13 dicembre 2016, n. 2435 e giurisprudenza ivi richiamata).

Applicando i suesposti principi al caso in esame, non può che affermarsi la legittimazione al ricorso dell'OAR dal momento che esso agisce per la tutela di un interesse istituzionalizzato della categoria, nonostante in concreto i provvedimenti ritenuti lesivi potrebbero anche risultare "vantaggiosi" per singoli professionisti. Né la legittimazione dell'Ordine ricorrente viene meno in ragione dell'ambito territoriale nel quale gli atti gravati sono destinati a produrre effetti (che, secondo la giurisprudenza innanzi richiamata, opera quale ulteriore limite per l'individuazione della legittimazione ad agire degli ordini professionali individuati su base territoriale); nel caso di specie, invero, occorre tener conto del fatto che l'avviso pubblico in questione è stato comunicato anche all'OAR, al fine di acquisire candidature dal maggior numero di professionisti interessati, al fine di favorire la massima partecipazione (cfr. PEC Soresa del 3 maggio 2021 agli atti).

Pertanto, avuto riguardo all'interesse azionato, che è appunto quello di garantire il diritto all'equo compenso all'intera categoria rappresentata, non può negarsi che sussista la legittimazione ad agire anche in capo ai ricorrenti, che di tale interesse sono portatori.

Tale interesse, poi deve anche considerarsi concreto ed attuale, atteso che oggetto di contestazione è la clausola del bando con cui viene fissato *ex ante* il limite ai compensi concretamente erogabili ai professionisti incaricati, con la conseguenza che la vigenza della previsione contestata precluderebbe la pattuizione di compensi in misura maggiore rispetto alla soglia fissata nella gravata legge di gara, radicando così un interesse effettivo all'impugnazione della previsione in questione.

2. Ciò premesso, può ora passarsi allo scrutinio del merito del ricorso con il quale l'Ordine ricorrente si duole della violazione della disciplina dettata dalla legge professionale sul c.d. equo compenso.

Il ricorso è fondato alla stregua e nei limiti delle seguenti considerazioni.

La legge 4 dicembre 2017, n. 172, nel convertire il decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, vi ha inserito l'art. 19 quaterdecies, con cui si è provveduto ad introdurre l'art. 13 bis nella legge n. 247 del 2012. Detta ultima norma disciplina il compenso spettante agli avvocati iscritti all'albo, nei rapporti professionali in favore di *"imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361CE della Commissione, del 6 maggio 2003 ... con riferimento ai casi in cui le convenzioni sono unilateralmente predisposte dalle predette imprese"*.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 13 bis citato - reso applicabile a tutti i professionisti proprio dal menzionato art. 19 quaterdecies - il compenso si intende equo se è proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione.

Le citate disposizioni fanno emergere come nell'ordinamento - pur successivamente all'entrata in vigore del decreto legge n. 223 del 2006 (c.d. "decreto Bersani"), convertito con la legge n. 248 del 2006, il cui art. 2, comma 1, ha abrogato le disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o minime per le attività professionali e intellettuali - viga comunque un principio volto ad assicurare non solo al lavoratore dipendente, ma anche al lavoratore autonomo una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro. Non a caso, l'art. 35 della Costituzione tutela il lavoro "in tutte le sue forme e applicazioni", mentre il successivo art. 36, nell'occuparsi del diritto alla retribuzione, non discrimina tra le varie forme di lavoro (TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 2 agosto 2018, n. 1507).

L'ordinamento, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Marche, sez. I, 9 dicembre 2019, n. 761), si preoccupa soprattutto di tutelare il diritto a una retribuzione adeguata dei professionisti lavoratori autonomi nei rapporti con i contraenti cosiddetti "forti" e nell'ambito di convenzioni unilateralmente predisposte da questi ultimi - tra i quali è stata annoverata anche la pubblica amministrazione - prevedendo la vessatorietà delle clausole contenute nelle convenzioni di cui al comma 1 dell'art. 13 bis della legge n. 247 del 2012, le quali determinino, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico del professionista e stabilendone la nullità, fermo restando il contratto per il resto (cfr., art. 13 bis, citato, commi da 4 a 8).

In particolare, l'art. 13 bis della legge n. 247 del 2012, al comma 10, prevede che *"Il giudice, accertate la non equità del compenso e la vessatorietà di una clausola a norma dei commi 4, 5 e 6 del presente articolo, dichiara la nullità della clausola e determina il compenso dell'avvocato tenendo conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6"*.

3. In tale contesto va inquadrata anche la norma di cui al comma 3 dell'art. 13-bis (della legge 31 dicembre 2012, n. 247) laddove si prevede che *"La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto"*, ossia successivamente al 6 dicembre 2017.

La norma in parola, nell'estendere anche alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di applicare (ovvero di tenere comunque conto della) la disciplina dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi da esse conferiti, è finalizzata ad assicurare una speciale protezione al professionista, quale parte debole del rapporto contrattuale, in tutti i casi in cui la pubblica amministrazione, a causa della propria preponderante forza contrattuale, definisca unilateralmente la misura del compenso spettante al professionista e lo imponga a quest'ultimo senza alcun margine di contrattazione; e ciò sia in occasione di affidamenti diretti dell'incarico professionale, sia nella determinazione della base d'asta nel contesto di procedure finalizzate all'affidamento dell'incarico professionale secondo le regole dell'evidenza pubblica (cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 20 dicembre 2021, n. 1088).

La disposizione non trova invece applicazione ove la clausola contrattuale relativa al compenso per la prestazione professionale sia oggetto di trattativa tra le parti o, nelle fattispecie di formazione della volontà dell'amministrazione secondo i principi dell'evidenza pubblica, ove l'amministrazione non imponga al professionista il compenso per la prestazione dei servizi legali da affidare (in tal senso cfr. di recente, TAR Milano, Sez. I, 29 aprile 2021 n. 1071). E ciò per l'evidente motivo che nel caso in cui il professionista non sia costretto ad accettare supinamente il compenso predeterminato unilateralmente dall'amministrazione, ma contratti liberamente il proprio compenso su un piano paritetico con la committente, viene meno quella speciale esigenza di protezione del professionista, quale parte debole del rapporto contrattuale, su cui si fonda la ratio dell'istituto dell'equo compenso.

È stato, invero, anche osservato a questo riguardo (cfr. TAR Lazio-Roma, sez. III, 27 agosto 2021, n. 9404) che *“per la pubblica amministrazione trova sì applicazione il concetto di "equo compenso" ma non entro i rigidi e ristretti parametri di cui al DM contemplato dall'art. 13, comma 6, della legge n. 247 del 2012 (ora, il DM 55 del 2014). Il concetto di "equo compenso", per quanto riguarda la Pubblica Amministrazione, deve dunque ancorarsi a parametri di maggiore flessibilità legati: da un lato, ad esigenze di contenimento della spesa pubblica (si veda in proposito la consueta clausola di invarianza finanziaria di cui al comma 4 dell'art. 19-quaterdecies d.l. n. 148 del 2017); dall'altro lato, alla natura ed alla complessità delle attività defensionali da svolgere in concreto”*.

Nel caso di specie, invero, il bando prevede *“Il compenso spettante al professionista sarà determinato nel disciplinare di incarico in considerazione del valore e della complessità del giudizio e non potrà in ogni caso superare il valore minimo calcolato in relazione ai parametri forensi minimi di cui al D.M. n. 55/2014, così come modificato dal D.M. n.37 del 08.03.2018, oltre*

spese generali, iva e cpa ...Per gli incarichi di domiciliazione il compenso per singola controversia è predeterminato in € 250,00, presso le magistrature superiori ed € 150,00 per le altre”.

Ritiene il Collegio che le clausole riportate non siano in linea con il quadro normativo appena riferito in quanto, nel primo caso, relegano la trattativa individuale tra la Soresa e il professionista incaricato alla fissazione di un compenso che si attesta sistematicamente e necessariamente al di sotto della soglia minima fissata dal DM n. 55/2014 e, nel secondo caso, perché il bando esclude in via di principio qualunque negoziazione individuale predeterminando unilateralmente la misura del compenso per le domiciliazioni, integrando così gli estremi della vessatorietà individuati nella l. n. 247/2012.

La fattispecie è diversa da quella scrutinata dalla sentenza del TAR Lombardia (Milano, sez. I, 29 aprile 2021 n. 1071), invocata da Soresa a preteso supporto delle proprie ragioni; ed infatti con tale pronuncia il TAR Lombardia ha stabilito che *“imporre alle pubbliche amministrazioni l'applicazione di parametri minimi rigidi e inderogabili, anche in assenza della predisposizione unilaterale dei compensi e di un significativo squilibrio contrattuale a carico del professionista, comporterebbe un'irragionevole compressione della discrezionalità delle stesse nell'affidamento dei servizi legali, in assenza delle condizioni di non discriminazione, di necessità e di proporzionalità che giustificano l'introduzione di requisiti restrittivi della libera concorrenza (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 23 novembre 2017, nelle cause C-427/2016 e C-428/2016)”*.

Nel caso di specie, invece, l'Ordine ricorrente non agisce per l'imposizione di una soglia minima ma per l'eliminazione di una clausola che impone una soglia massima assoluta coincidente con la tariffa minima per aversi un “equo compenso”. Così facendo la Soresa restringe i margini per le trattative individuali che verrebbero relegate sempre ad una fascia tariffaria sempre inferiore a quella ritenuta equa.

Ciò non vuol dire che tale soglia (equo compenso), peraltro variabile, costituisca una soglia che non possa essere derogata al ribasso, ma deve invece ritenersi che resti precluso alle Amministrazioni aggiudicatrici l'introduzione di una regola che, come nella specie, impedisca sistematicamente ex ante il riconoscimento di un corrispettivo professionale da corrispondere ai professionisti incaricati che sia di importo pari o superiore all'equo compenso.

Diversamente argomentando si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza per cui l'Amministrazione erogherebbe esclusivamente compensi che si collocano al di sotto di tale soglia che dunque diverrebbe inapplicabile in via assoluta all'Amministrazione convenuta, ciò che invece

anche la pronuncia del TAR Lombardia non ha inteso affermare e che, comunque, si porrebbe in contrasto con la disciplina al riguardo dettata anche per le pp.aa. nella l. n. 247/2012.

Né può condividersi il rilievo di Soresa secondo cui la fissazione della regola contestata sarebbe coerente con il principio di economicità, atteso che è la stessa l. n. 247/2012 a stabilire che la corresponsione di tariffe corrispondenti all'equo compenso costituisca "*attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia*" dell'azione amministrativa, tenuto conto anche del rilievo per cui se è vero che le prestazioni professionali degli avvocati devono essere espletate con professionalità anche indipendentemente dalla misura dell'onorario, non può tuttavia negarsi che l'interesse ad assumere incarichi per l'Amministrazione da parte dei professionisti più qualificati dipenda largamente anche dall'adeguatezza del corrispettivo offerto e dal rispetto della dignità professionale della classe forense.

Stesse considerazioni devono essere formulate con riguardo all'ulteriore previsione concernente la domiciliazione con la precisazione che in questo caso viene esclusa ogni trattativa individuale, atteso che la Soresa ha fissato direttamente nel bando il corrispettivo per tale attività, giungendo in questo caso ad escludere del tutto la negoziazione individuale, laddove avrebbe potuto anche in questo caso prevedere limiti massimi in relazione alla tipologia di cause, tenendo conto dei parametri di cui al DM 55/2014.

Ne consegue che il bando di gara deve essere annullato in quanto adottato in violazione dei principi di cui alla l. n. 247/2012. In sede di riedizione del potere, pertanto, l'Amministrazione dovrà attenersi ai principi sopra illustrati, ferma restando la possibilità di elaborare soluzioni che ai fini del contenimento della spesa fissino tetti massimi ai compensi erogabili, tenendo tuttavia conto dell'esigenza di derogare sistematicamente ai minimi fissati dalla disciplina in materia di compenso. La complessità e novità di alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente procedimento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei sensi e limiti di cui in motivazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente procedimento.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Domenico De Falco, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Domenico De Falco

IL PRESIDENTE

Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO