

Osservazioni sul parere dell'11 giugno 2024 reso dal C.N.F. avente ad oggetto
"Applicabilità agli Ordini Professionali del nuovo Codice Appalti".

Le presenti osservazioni sono l'espressione della riflessione elaborata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Modena nella seduta del 18.6 u.s. ed esprimono la posizione consiliare sul parere reso (su impulso di U.R.C.O.F.E.R.) dal CNF indicato in epigrafe e, più, in generale, sulla applicabilità della normativa di stampo pubblicistico (prevista per le Pubbliche Amministrazioni tout court) agli Ordini Professionali, in quanto enti pubblici non economici a base associativa, non gravanti sulla finanza pubblica.

Merita, sul punto, ricordare la sentenza del TAR Lazio, Sezione Seconda, del 12 ottobre 2022 n. 14283, che testualmente recita: *"L'art. 2, comma 2 bis del D.L. n. 101/2013 stabilisce che gli Ordini, i collegi professionali, i relativi organismi nazionali con propri regolamenti, si adeguano, tenendo conto delle relative peculiarità, ai principi del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 ... e ai soli principi generali di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica ad essi relativi, in quanto non gravanti sulla finanza pubblica. E' dunque il legislatore ad affermare che Ordini Professionali debbano adeguarsi ai principi del Testo Unico Pubblico Impiego. E' sempre il legislatore ad affermare che gli Ordini Professionali debbano adeguarsi ai soli principi generali di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica che siano ad essi relativi, dal momento che tali soggetti non gravano sulla finanza pubblica".*

Da tale disposizione normativa discendono, secondo il TAR Lazio, due principi:

- 1) agli Ordini Professionali, benché enti pubblici non economici, non può applicarsi in via automatica l'intera disciplina sul pubblico impiego;
- 2) agli Ordini Professionali non può applicarsi in via automatica neppure la generale disciplina sulla razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica.

Il parere reso dal C.N.F. è del tutto condivisibile e si basa su fonte normativa *ad hoc* (art. 2, comma 2 *bis*, D.L. 101/2013) appositamente emanata per rendere "certezza" sulla inapplicabilità della normativa pubblicistica agli Ordini Professionali (Avvocati, Medici, ecc.) delle diverse disposizioni applicabili alle *"amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – Testo Unico Pubblico Impiego"*.

Per questa ragione, si ritiene che il percorso motivazionale seguito dal CNF sia ineccepibile e di tutto pregio; così come non si può confutare l'assunto che, nonostante la normativa *ad hoc* recentemente approvata, i Giudici Amministrativi restino fermi su una interpretazione non costituzionalmente orientata ed eurounitaria delle norme in esame (cfr. TAR Lazio, Sez. Prima Stralcio, 19.01.2024 n. 7455).

Seppure sia corretto porre in rilievo che la normativa sugli appalti pubblici (sia quella previgente sia quella ora in vigore) sia "difforme" in merito all'ambito soggettivo di applicazione, non riportando testualmente il richiamo al citato art. 1, comma 2, del T.U.P.I., ciò non significa che lo specifico dato normativo, cioè l'art. 2, comma 2 *bis*, D.L. 101/23, non debba essere opportunamente considerato.

In altre parole, si ritiene che l'art. 2, comma 2 *bis* D.L. 101/2023, abbia (o debba avere) una funzione "ispiratrice" e/o "interpretativa" del sistema nel suo complesso: sicché, ogni qual volta l'ANAC o altra Autorità e/o Amministrazione Pubblica ad essa equiparata, ritenga che gli Ordini

Professionali devono adempiere ad una nuova attività di natura amministrativa prevista in via esclusiva per il settore pubblico, questa non possa avvenire se non previa espressa previsione normativa di rango primario e non (come spesso verificatosi) tramite provvedimenti di **soft law** di secondo grado (Linee Guida, Circolari, Delibere, ecc.).

Quindi, il riferimento normativo interno non può essere obliterato, così pure quello c.d. esterno, brillantemente esposto nel parere del C.N.F.: ci si riferisce alla palese violazione del principio del "Gold Plating" (principio che poggia su una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea), in osservanza del quale vige il divieto, all'atto del recepimento delle direttive europee all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, di introduzione di "regolazioni superiori".

In questa categoria è ricompresa "estensione dell'ambito soggettivo di applicazione" della specifica normativa in fase di recepimento.

Quindi, va affermato con forza il principio che ogni tipologia di atto, sia di primo livello che di secondo livello, che vada contro ai precetti normativi e giurisprudenziali sopra citati, è inficiato da evidenti vizi di legittimità.

Ciò detto, il Consiglio dell'Ordine di Modena nutre alcune perplessità sulla conclusione del parere del CNF; infatti, proprio in forza delle norme citate ed anche dell'orientamento della Corte di Giustizia sullo specifico tema, si ritiene che "assecondare" condotte amministrative non dovute (anche solo prudenzialmente) possa creare "acquiescenza".

Assumere un atteggiamento accondiscendente, ad avviso di questo Consiglio, non favorisce la corretta rappresentazione della autonomia degli Ordini degli Avvocati e, più in generale, degli Ordini professionali, che discende dalla legge professionale e dalla tradizione dell'Avvocatura, sempre impegnata nella difesa dei diritti delle persone in piena autonomia etica e professionale.

Alla luce di quanto sopra, questo Consiglio insiste affinché il C.N.F. prenda una posizione chiara e ferma nei confronti dei Ministeri competenti e dell'ANAC affinché sia data risposta ai "dubbi interpretativi" che la norma continua a suscitare, eventualmente anche con l'approvazione di una ulteriore modifica normativa che chiarisca l'inapplicabilità del Codice degli Appalti Pubblici agli Ordini Professionali.

Di questa azione, che auspichiamo rapida e concertata, riteniamo opportuno che debba essere messa al corrente anche la Magistratura amministrativa (TAR Lazio e Consiglio di Stato) affinché la giurisprudenza non prescindendo dalla valutazione complessiva della normativa esistente e valuti l'interpretazione su questa, in osservanza della particolare natura degli Ordini professionali.

Nell'ipotesi in cui, nel breve periodo, non si riesca ad approvare una norma che ricomprensca, sempre all'interno dell'art. 2, comma 2 *bis* D.L. 101/2013 anche altre normative pubblicistiche oltre al T.U.P.I., si richiede un intervento presso l'ANAC per l'emissione di norme di rango secondario chiarificatrici del principio che qui si sostiene.

D'altronde, anche in fase di applicazione della normativa in materia di anticorruzione e trasparenza (in particolare sugli obblighi di pubblicazione dati e adozione del PTPCT degli Ordini e Collegi Professionali; cfr. Delibera n. 777 del 24.11.2021), sono state previste in capo agli Ordini e ai Collegi Professionali misure semplificate per l'applicazione della normativa, riconoscendo

pertanto la peculiare natura degli Ordini professionali.

Per queste ragioni, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Modena auspica che il CNF si faccia portatore della posizione espressa con il presente deliberato che ritiene l'inapplicabilità della normativa regolante gli appalti pubblici agli Ordini professionali.

Così deciso in Modena il 18.6.24.

Si dispone la comunicazione della presente delibera al CNF, OCF, ad URCOFER, agli Ordini del Distretto e a tutti gli Ordini d'Italia.