

## **Gli incarichi legali conferiti dalle pubbliche amministrazioni**

**Convegno organizzato da C.N.F. e Fondazione C.N.F.**

**Roma 25 ottobre 2017**

**ENRICO FOLLIERI**

### **Servizi legali tra codice dei contratti pubblici e direttive ANAC**

**SOMMARIO: 1. Dal D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 alle direttive comunitarie del 2014 sui servizi legali. – 2. I contratti esclusi ed i principi applicabili nel D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50. – 3. I servizi legali esclusi dall'art. 17 D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50. – 4. Le adottande linee guida dell'ANAC sull'affidamento dei servizi legali. – 5. La scelta dell'avvocato secondo il documento dell'ANAC. – 6. Le (possibili) regole applicabili per la scelta dell'avvocato.**

#### **1. DAL D. LGS. 12 APRILE 2006 N. 163 ALLE DIRETTIVE COMUNITARIE DEL 2014 SUI SERVIZI LEGALI.**

Gli incarichi legali sono oggetto di un contratto che il codice civile disciplina agli artt. 2229 e ss. e che è definito contratto di prestazione d'opera intellettuale.

Tale contratto interviene tra l'avvocato e il cliente ed ha la stessa disciplina, anche se il cliente sia un Ente pubblico.

La natura pubblica del cliente pone, però, delle questioni per quanto riguarda il conferimento dell'incarico perché, da un lato, il rapporto fiduciario che lega l'avvocato al cliente per la salvaguardia e tutela delle situazioni giuridiche soggettive di cui si lamenta la lesione, presuppone una scelta libera e *intuitu personae* e, dall'altro lato, l'ente pubblico, per la funzionalizzazione della sua attività e per il vincolo derivante dalla normativa sulla contabilità pubblica, deve rispettare le regole dell'evidenza pubblica che, in certo modo, vincola la scelta. Si deve aggiungere, altresì, che la prestazione dell'avvocato, fornita normalmente dietro retribuzione, è annoverata come servizio legale

dalla normativa comunitaria che tutela la concorrenza e intende evitare discriminazioni nell'ambito dell'Unione Europea in linea con la previsione dell'art. 50 del Trattato UE che include le “attività delle libere professioni” tra i servizi, anche se non si è in presenza di imprenditori<sup>1</sup>, e qualifica il rapporto come appalto per ricondurlo nell'ambito della disciplina dettata dalle direttive in materia.

La normativa, sia comunitaria che interna, ha cercato di comporre le esigenze contrastanti e, prima delle direttive comunitarie del 2014 e del D. Lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza dominante e l'A.V.P.C. (ora ANAC) erano giunti a questa conclusione: prevaleva la scelta fiduciaria e, quindi, l'individuazione del singolo professionista, da incaricare *intuitu personae*, per una specifica e singola consulenza o patrocinio in una questione determinata e ben definita, pur nel rispetto dei principi propri dell'azione amministrativa; viceversa, per l'affidamento di rapporti più complessi, come attività di assistenza e consulenza che si protraggono per un certo periodo di tempo e richiedono specifica organizzazione di mezzi e personale, si applicava il criterio selettivo previsto per i contratti nei settori c.d. esclusi e quindi: “rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A. SENATORE, *Incarichi legali ad evidenza pubblica in Urb. e App.* 2014, 1140. In giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. VI, 13.7.2009 n. 4419: è appaltatore anche il professionista che partecipa alla gara per l'affidamento di un servizio.

<sup>2</sup> Art. 27 D. Lgs. 12.4.2006 n. 163. Per la giurisprudenza, la sentenza che ha fatto da guida è Cons. Stato, Sez. V, 11.5.2012 n. 2730 in *Urb. e App.* 2012, 1181, con nota di C. MUCIO, *Legittimità dell'affidamento del patrocinio legale*, che riformava la sentenza del TAR Lazio, Latina, I, 20.7.2011 n. 606 che non distingueva, ma riteneva che andasse applicata sempre la disciplina dettata per i contratti c.d. esclusi, dettata dall'art. 27 D. Lgs. n. 163/2006. Hanno seguito l'orientamento del Consiglio di Stato: TAR Campania, Salerno, Sez. II, 16.7.2014 n. 1383 e, con più articolata motivazione, TAR Campania, Salerno, Sez. II, 28.5.2015, n. 1197, in *Urb. e App.* 2015, 1331, con nota di P. CERBO, *L'affidamento dei “servizi legali” fra giurisprudenza nazionale e nuova direttiva appalti*. Cfr. pure C. Conti, Sez. reg. contr. Basilicata 3.4.2009 n. 19/2009/par.. L'A.V.P.C., con la determinazione n. 4 del 7.7.2011 riguardante la tracciabilità dei flussi finanziari, per i servizi legali, rilevava incidentalmente che “il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, sia inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, in

Tutte e tre le direttive comunitarie del 2014 escludono la loro applicazione ai servizi di arbitrato e di conciliazione ed ai servizi legali<sup>3</sup>. In particolare, nei considerando identici della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e della direttiva 2014/25/UE per gli appalti pubblici degli Enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è esposta la *ratio* dell'esclusione: “Taluni servizi legali sono forniti da prestatori di servizi designati da un organo giurisdizionale di uno Stato membro, comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari da parte di avvocato, devono essere prestati da notai o sono connessi all'esercizio di pubblici poteri. Tali servizi legali sono di solito prestati da organi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti... Tali servizi legali dovrebbero pertanto essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva”<sup>4</sup>.

I servizi legali esclusi vengono individuati dalle direttive in quelli di: arbitrato e conciliazione; rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un arbitrato o in una conciliazione, nazionale o internazionale; consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti giudiziari, amministrativi, internazionali, innanzi ad arbitri o organi di conciliazione.

Inoltre: servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o “altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale nello Stato membro interessato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali”<sup>5</sup>. Infine, altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri.

---

base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richieda qualcosa in più, un *quid pluris* per prestazione o modalità organizzativa” (par. 4.3, pag. 32).

<sup>3</sup> Art. 10 direttiva 2014/23/UE, art. 10 direttiva 2014/24/UE e art. 21 direttiva 2014/25/UE.

<sup>4</sup> Considerando 25 direttiva 2014/24/UE e 33 direttiva 2014/25/UE.

<sup>5</sup> Art. 10, lett. d), IV, direttiva 2014/24/UE; identiche disposizioni sono riportate nell'art. 21 direttiva 2014/25/UE.

Vanno, invece, applicate le direttive, pur con un regime giuridico semplificato, per i servizi legali, diversi da quelli esclusi, riportati negli allegati XIV della direttiva 2014/24/UE, IV della direttiva 2014/23/UE e XVII della direttiva 2014/25/UE.

Negli allegati si specifica che si tratta sì di servizi legali, ma “nella misura in cui non siano esclusi a norma” degli articoli delle direttive innanzi esposti. Sono, quindi, residuali.

Nelle direttive si opera un distinguo ben chiaro: da una parte assistenza, consulenza e patrocinio legale in procedimenti contenziosi che costituiscono attività proprie degli avvocati e che sono escluse dall’applicazione delle regole di affidamento stabilite nelle direttive; dall’altra parte, gli altri servizi legali per i quali vale un regime semplificato, ma concorsuale, e che il considerando 116 della direttiva 2014/24/UE individua come servizi riguardanti “esclusivamente questioni di puro diritto nazionale e sono pertanto offerti generalmente solo da operatori ubicati nello Stato membro”, per cui dovrebbero “rientrare solo nel regime alleggerito, con una soglia di 750.000,00” euro.

Il dato da considerare è che, per i servizi in genere, vi sono tre regimi: applicazione piena delle regole di gara per l’affidamento; disciplina alleggerita; *free* dalle disposizioni concorrenziali. Per i servizi legali, invece, sono solo gli ultimi due: selezione alleggerita, se si supera la soglia di 750.000,00 euro, ed esclusione dall’applicazione delle direttive.

Per gli avvocati rileva soprattutto l’area dei servizi legali esclusi.

È mia intenzione esporre come sia avvenuto il recepimento delle direttive nel D. Lgs. n. 50/2016; la disciplina applicabile per i contratti sui servizi legali esclusi; il documento diffuso dall’ANAC per elaborare linee guida per l’affidamento dei servizi legali e alcune considerazioni conclusive.

## **2. I CONTRATTI ESCLUSI ED I PRINCIPI APPLICABILI NEL D. LGS. 18 APRILE 2016 N. 50**

La legge delega 28.1.2016 n. 11 stabilisce che il decreto delegato procede all'individuazione dei contratti "esclusi dall'ambito di applicazione del decreto di recepimento delle direttive e del decreto di riordino in coerenza con quanto previsto dalle direttive"<sup>6</sup>.

Il decreto legislativo 18.4.2016 n. 50 indica all'art. 17 tra "i contratti di appalto e concessioni di servizi", esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizioni del codice, i servizi legali specificati alla lettera d) e che riproducono quelli che le direttive hanno previsto tra i contratti esclusi e all'allegato IX gli altri servizi legali "nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)", soggetti alle previsioni dettate dagli artt. 140, 142, 143 e 144 del codice per l'aggiudicazione degli appalti nei servizi sociali.

Vi è stato un pedissequo recepimento delle direttive nel rispetto di quanto stabilito dalla legge delega per quanto concerne le esclusioni e la disciplina differenziata tra le due tipologie di servizi legali.

Altro discorso è da fare per quanto riguarda i principi e le regole applicabili per i contratti esclusi per i quali le direttive nulla dispongono, lasciando agli Stati membri la disciplina ritenuta opportuna. Tale disciplina, però, sebbene non abbia a parametro di legittimità le direttive, deve pur sempre rispettare i principi derivanti dai trattati e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nonché dalla Costituzione e, nello specifico, anche dalla legge delega n. 11/2016.

Per i limiti derivanti dal diritto europeo, i contratti esclusi devono rispettare: a) la parità di trattamento e, in particolare, la non discriminazione

---

<sup>6</sup> Art. 1, comma 1, lett. n) L. 28.1.2016 n. 11.

in base alla nazionalità; b) la trasparenza; c) la proporzionalità; d) il mutuo riconoscimento; e) le libertà fondamentali<sup>7</sup>.

Per quelli derivanti dalla Costituzione, rilevano l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione ed i principi generali relativi all'azione amministrativa<sup>8</sup>.

Quanto alla legge delega, vi è, per così dire, un controlimito: il divieto di introdurre o di mantenere livelli superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive<sup>9</sup>, secondo le definizioni dell'art. 14, commi 24 *ter* e 24 *quater*, della L. 28.11.2005 n. 246<sup>10</sup>.

Il D. Lgs. n. 50/2016 fissa i principi relativi all'affidamento dei contratti esclusi nei seguenti: economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Il confronto con i principi relativi ai contratti esclusi contenuti nel previgente art. 24 del D. Lgs. n. 163/2006 evidenzia che sono gli stessi con l'aggiunta, nella nuova previsione della "pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica"<sup>11</sup> e con l'eliminazione della regola (non del principio) secondo cui "L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto". La regola non riprodotta stabiliva, pur sempre, una gara, anche se su invito e in forma

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte Giustizia 7.12.2000, causa C-324/98, Teleustria e Telefonadress; Corte Giustizia 6.4.2006, causa C-410/04, ANAV c/ Comune di Bari; Corte Giustizia 18.11.2010, causa C-226/09, Commissione c/ Irlanda; Cons. Stato, A.P., 4.11.2011 n. 16. Cfr. M. MONTEDURO, *Art. 27 in L.R. Perfetti* (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, IPSOA 2013, 345.

<sup>8</sup> In particolare, quelli dettati dalla L. n. 241/90.

<sup>9</sup> Art. 1, comma 1, lett. a), L. n. 11/2016.

<sup>10</sup> L'art. 14, commi 24 *ter* e 24 *quater*, L. n. 246/2005 così recita: "art. 24-*ter*. Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive. 24-*quater*. L'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le amministrazioni utilizzano comunque i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al comma 6 del presente articolo".

<sup>11</sup> Art. 4 D. Lgs. n. 50/2016.

semplificata, per cui si deve affermare che una selezione competitiva tra più offerte non è normalmente richiesta per i contratti esclusi, in base alla normativa vigente.

Il D. Lgs. n. 50/2016 non detta regole, ma solo principi per l'affidamento che trovano applicazione secondo lo specifico contratto escluso, per cui possono variare, nel concreto, le modalità di affidamento in relazione al bilanciamento degli interessi e dei soggetti coinvolti. Così, non avrebbe senso procedere a gara per i contratti (esclusi) da concludere *in house providing* o per gli accordi fra amministrazioni aggiudicatrici dove il soggetto è già individuato e si procede all'affidamento in via diretta.

### **3. I SERVIZI LEGALI ESCLUSI DALL'ART. 17 D. LGS. 18 APRILE 2016 N. 50.**

Per il contratto di prestazione d'opera professionale tra l'avvocato ed il cliente ente pubblico relativo alla specifica controversia o alla singola consulenza non trovano applicazione le disposizioni del D. Lgs. n. 50 del 2016, come dispone l'art. 17.

Invero, l'art. 17 del D. Lgs. n. 50/2016 reca: "Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: ... d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali...".

Questa previsione, a mio avviso, non modifica il rapporto che intercorre tra il cliente ente pubblico e l'avvocato, facendolo divenire un appalto o una concessione di servizio legale.

Certamente, la normativa comunitaria, specie quella delle direttive, abbraccia una nozione molto ampia di appalto e vi fa rientrare ogni committenza pubblica rivolta sia ad imprenditori che a professionisti e, quando si va a recepire una direttiva, si è pronti a ricalcare gli schemi concettuali utilizzati dal diritto comunitario.

Ciò non toglie che debba essere considerata la ragione per la quale ogni rapporto con il soggetto pubblico venga incasellato tra gli appalti o le concessioni che è quello di applicare regole di selezione (gara) per consentire la concorrenza a qualunque operatore economico.

Quando, come in questo caso, per la particolarità del contratto, si esclude l'applicazione delle regole sugli affidamenti proprie degli appalti, occorre prendere atto che è fuor d'opera qualificare il rapporto come appalto.

In ogni caso, l'art. 17 *de quo*, nell'includere questi contratti tra quelli ai quali non si applicano le direttive sugli appalti e le concessioni e, quindi, il decreto legislativo che le ha recepite, ha usato l'espressione appalti e concessioni di servizi, per significare che le regole di derivazione comunitaria che riguardano, appunto, gli appalti e le concessioni non disciplinano questi specifici contratti.

Non si è voluto, in altri termini, superare la disciplina dettata dal codice civile agli artt. 2229 e ss., per applicare gli artt. 1655 e ss. che riguardano il contratto di appalto.

La terminologia usata nell'art. 17 D. Lgs. n. 50/2016 non vale a mutare il contratto di prestazione d'opera intellettuale in contratto di appalto, ma si riferisce alla scelta del contraente (avvocato) con il quale l'Amministrazione concluderà il contratto di prestazione d'opera intellettuale, scelta che non deve rispettare le regole per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di servizi previste dal codice dei contratti.

Se, passando ad un altro ordine di considerazioni, si prendono in esame i “servizi legali” esclusi, essi, a parte il conferimento di incarichi da parte di un “organo giurisdizionale dello Stato” o “altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri”, riguardano la rappresentanza legale dell'Ente pubblico in un arbitrato o in una conciliazione, in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o in



procedimenti amministrativi innanzi ad autorità pubbliche nazionali, estere o internazionali; nella sostanza, in procedimenti contenziosi intesi in senso ampio, comprendenti, quindi, quelli amministrativi e giurisdizionali.

Tra le prestazioni professionali sono comprese anche quelle di consulenza legale, ma se “fornita in preparazione” di un procedimento contenzioso o “qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento” contenzioso.

Credo si debba ritenere che sia confermato l’impianto dato dal Consiglio di Stato nella sentenza della Sez. V 11.5.2012 n. 2730<sup>12</sup>, dall’A.V.P.C.<sup>13</sup>, dalla Sezione regionale di controllo della Corte dei Conti della Basilicata<sup>14</sup> e dal TAR Campania, Sezione di Salerno<sup>15</sup>, sulla base della normativa previgente<sup>16</sup>.

Prevale l’*intuitus personae* nell’affidamento di un singolo specifico incarico professionale per la difesa in giudizio (qualunque tipo di giudizio) o in un procedimento amministrativo o per l’assistenza e la consulenza per un affare determinato collegato ad un contenzioso esistente o probabile, per cui non si procede ad alcun confronto comparativo tra offerte, né ad una gara, ancorchè su invito e in forma semplificata.

Viceversa, si applicano gli artt. 140, 142, 143 e 144 del codice per l’affidamento di attività di assistenza e consulenza complessa, che si

---

<sup>12</sup> Presidente Marzio Branca, Estensore Francesco Caringella.

<sup>13</sup> Determinazione n. 4 del 7.7.2011.

<sup>14</sup> 3.4.2009 n. 19/2009 par.

<sup>15</sup> Sez. II, 16.7.2014 n. 1383 e 28.5.2015 n. 1197.

<sup>16</sup> Di diverso avviso A. CANCRINI, *Commento all’art. 17 in Commentari aggiunti di dottrina e giurisprudenza al Codice dei Contratti pubblici* a cura di Gianluca Maria Esposito, Milano 2017, 148. L’ANAC nelle linee guida del 10.4.2017 che non sono ancora state varate in via definitiva poiché devono esprimere il loro parere il C.N.F., il Ministero della Giustizia, il Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture ed il Dipartimento per le politiche comunitarie presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, giusta invito della Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere del 6.10.2017, ritiene che “la disciplina contenuta nel codice supera la distinzione, che si era affermata nel previgente quadro normativo, tra il conferimento del singolo incarico legale e l’attività di assistenza e consulenza giuridica” (pag. 4). Per l’ANAC, si tratta di un precipitato delle direttive del 2014 e, invece, secondo parte della dottrina (A. SENATORE, *op. cit.*, 1145) le direttive del 2014 “per quanto riguarda particolarmente le attività professionali rese da avvocati nei confronti delle amministrazioni, in linea con quanto affermato dalla maggioritaria giurisprudenza amministrativa, rimangono attratte nella categoria dei servizi legali tutte le attività che non si limitano al mero patrocinio o alla consulenza episodica dell’amministrazione, ma si configurino come forme organizzative di un servizio più complesse e articolate che denotano l’inserimento del professionista, per quanto transitoriamente, nella struttura organizzativa dell’ente”.

protraggano nel tempo e richiedono specifica organizzazione di mezzi e personale, dal momento che rientra negli altri servizi legali non esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d) del codice dei contratti. Va, però, evidenziato che gli altri servizi legali, in base al considerando 166 della direttiva, rientrano nel regime alleggerito previsto per gli appalti dei servizi sociali, solo se il contratto supera la soglia di Euro 750.000,00.

Questa soglia è prevista anche nel Codice dei contratti pubblici dall'art. 35, commi 1 e 2, per il quale, nei settori ordinari, è previsto l'importo di Euro 750.000,00 e, nei settori speciali, Euro 1.000.000,00.

Per gli affidamenti sotto la soglia comunitaria vanno applicate le disposizioni del D. Lgs. n. 50/2016 e le linee guida dell'ANAC n. 4, approvate con delibera n. 1097 del 26.10.2016.

#### **4. LE ADOTTANDE LINEE GUIDA DELL'ANAC SULL'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI LEGALI.**

La rilevanza dell'elemento fiduciario per i contratti di patrocinio legale e di assistenza e consulenza episodica non può portare alla scelta libera e incondizionata dell'avvocato da parte dell'Ente pubblico perché la natura giuridica di quest'ultimo e l'impiego di risorse pubbliche impongono il rispetto di parametri di legittimità e di principi propri dell'agire amministrativo.

In proposito, l'ANAC ha ritenuto di avviare una consultazione su un documento che dovrebbe poi confluire in linee guida sull'affidamento dei servizi legali. Il documento, molto articolato, è stato posto in consultazione *on line* dal 10.4.2017, con possibilità di invio di contributi entro il 10.5.2017 e ne sono intervenuti ventotto.

L'ANAC ha chiesto il parere del Consiglio di Stato che lo ha reso il 6.10.2017<sup>17</sup>, sospendendo l'espressione del parere perché, all'atto di intervenire per la prima volta nella materia "appare necessario acquisire... il parere del Consiglio nazionale forense, quale ente pubblico di rappresentanza istituzionale dell'avvocatura italiana, nonché del Ministero della Giustizia, quale Amministrazione vigilante sugli ordini professionali, e del Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture, quale soggetto chiamato a dare attuazione alle disposizioni del codice". Inoltre, si è disposto che sia sentito anche il Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Pertanto, ha invitato l'ANAC a sollecitare l'intervento di questi soggetti pubblici.

Il Consiglio di Stato, però, dà già delle indicazioni che richiamerò nell'esame del contenuto del documento dell'ANAC ma, preliminarmente, vorrei chiarire di quale tipo di linea guida si tratti.

La dottrina ha distinto le linee guida dell'ANAC in tipiche e atipiche. Le prime sono quelle che il codice richiama in precise disposizioni che l'ANAC deve, a volte adottare obbligatoriamente, altre volte facoltativamente, e che spesso hanno funzione integrativa della disciplina primaria più che di atti di indirizzo, secondo la previsione dell'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega<sup>18</sup>; esse possono essere, a seconda di quanto stabilisce la norma del codice che ad esse rinvia, vincolanti o non vincolanti<sup>19</sup>.

Le linee guida atipiche sono quelle previste dall'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, che si limita ad individuarne le finalità in termini generali: promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, omogeneità dei procedimenti amministrativi e sviluppo delle migliori pratiche. Queste linee guida non hanno funzione integrativa della

---

<sup>17</sup> Parere Commissione speciale del Consiglio di Stato 6 ottobre 2017 n. 2109.

<sup>18</sup> L. n. 11/2016.

<sup>19</sup> La distinzione in M. TRIMARCHI, *Fonti (art. 2) e affidamento in house (artt. 192-193)* in *Corso sul codice dei contratti pubblici* a cura di Enrico Follieri, Napoli, 2017, 122.

disciplina primaria e rappresentano “atti di indirizzo”, ‘strumenti di regolazione’ di carattere ‘flessibile’ ed eventualmente ‘non vincolante’, comunque impugnabili”<sup>20</sup>.

Secondo il parere del Consiglio di Stato<sup>21</sup>, reso sul codice dei contratti pubblici, le linee guida che perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti non hanno carattere vincolante, a differenza di quelle che integrano una disciplina primaria lacunosa e a cui lo stesso Codice affida la disciplina di dettaglio degli istituti<sup>22</sup>.

Il documento predisposto dall’ANAC sull’affidamento di servizi legali richiama, come fonte del suo intervento, l’art. 213, comma 2, del codice, e lo definisce atto di regolazione “finalizzato a fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per l’esatta individuazione delle tipologie di servizi legali rientranti nell’elenco di cui all’art. 17 e di quelle rientranti nella categoria di cui all’Allegato IX, e per le modalità di affidamento di tali servizi”<sup>23</sup>.

Il Consiglio di Stato, nel parere soprassessorio del 6.10.2017 n. 2109, evidenzia che l’ANAC si è sforzata, apprezzabilmente, di “tracciare un *modus operandi* uniforme che garantisca la verificabilità delle scelte operate” e che l’esigenza dell’intervento in materia è stato determinato dalle innovazioni apportate dal nuovo codice e dalla “riscontrata disomogeneità dei procedimenti amministrativi seguiti per l’affidamento” dei servizi legali.

È, dunque, una linea guida che si ascrive alla tipologia c.d. atipica, non prevista in via specifica da nessuna disposizione del codice, legittimata dal potere di indirizzo generale di cui all’art. 213, comma 2, del codice e, come tale, non è vincolante per le stazioni appaltanti.

---

<sup>20</sup> M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 124.

<sup>21</sup> Parere 2.8.2016 n. 1767.

<sup>22</sup> In dottrina, cfr. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?* in *Dir. Amm.* 2016, 273 e ss.

<sup>23</sup> Pag. 4, in fine alla “Premessa”.

Del resto, lo stesso documento ha la forma delle esplicazioni interpretative e fornisce indicazioni non univoche, ma alternative, tipiche di un atto non vincolante.

Ciò nonostante è un atto rilevante e, una volta adottato, va a costituire un punto fermo o, comunque, un parametro di riferimento in una situazione che vede le amministrazioni seguire strade diverse, e contribuisce alla stabilità ed alla certezza delle regole<sup>24</sup>. Di poi, la materia, per l'esposizione mediatica e la (giusta) attenzione da parte del giudice penale e contabile, difficilmente troverà amministrazioni disposte a non seguire, pur motivatamente, le indicazioni non vincolanti dell'ANAC.

È, quindi, necessario valutare con attenzione il documento diffuso dall'ANAC, anche se le linee guida che saranno adottate non sono vincolanti.

## **5. LA SCELTA DELL'AVVOCATO SECONDO IL DOCUMENTO DELL'ANAC**

Il parere del Consiglio di Stato del 6.10.2017, pur sospendendo ogni giudizio, ha posto degli elementi di riflessione centrali sul contenuto delle linee guida. Il Consiglio di Stato ha apprezzato le indicazioni dell'ANAC perché volte ad indurre ad un più efficiente impiego del danaro pubblico, ad una maggiore concorrenza tra i professionisti e all'individuazione del contraente più adatto allo svolgimento della prestazione richiesta. Nel contempo, ha evidenziato che l'art. 17 del D. Lgs. n. 50/2016 ha espressamente escluso i servizi legali dall'applicazione delle disposizioni del codice “anche in ragione di una rilevante – anche se non esclusiva – componente fiduciaria delle scelte, che pure deve essere tenuta in

---

<sup>24</sup> G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, op. cit., 315 e ss. il quale sottolinea anche l'*auctoritas* dell'ANAC che ha una conferma indiretta nell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici, per cui le linee guida sortiscono “gli stessi effetti, da un lato di autorevolissima guida sia per le stazioni appaltanti che per le imprese e dall'altro di ‘garanzia amministrativa’ dei ‘tempi nostri’”. L'A. avverte che “tutto questo presuppone però che le linee guida siano redatte in coerenza con la legge e con i principi. L'*auctoritas* infatti la si conquista sul campo, attraverso la produzione di documenti illuminati e illuminanti” (315).

considerazione” e che “andrebbe verificata la compatibilità di una regolazione particolarmente stringente e dettagliata con il divieto di *gold plating*”.

Sono, quindi, stati colti i punti problematici che vanno affrontati per la regolazione degli affidamenti dei contratti esclusi dall’art. 17, comma 1, lett. d) del D. Lgs. n. 50/2016: da un lato, assicurare l’economicità e l’efficacia della scelta dell’avvocato e, dall’altro lato, considerare il diritto positivo che esclude l’applicazione delle regole fissate dal D. Lgs. n. 50/2016, anche per l’*intuitus personae* collegato al rapporto di fiducia nei contratti *de quibus* e che pone il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive.

Il documento dell’ANAC ritiene che gli incarichi *de quibus* non possano essere affidati *intuitu personae* e non è sufficiente rispettare i principi generali dell’azione amministrativa, ma occorre “seguire alcune regole minime, espresse dai principi generali” individuati dall’art. 4 D. Lgs. n. 50/2016<sup>25</sup>. L’ANAC, però, rileva che non possono applicarsi i principi di tutela ambientale e di efficienza energetica, mentre prende in esame partitamente tutti gli altri principi dell’art. 4 detto e ne espone possibili regole applicative. Così per la economicità, pur evidenziando che il risparmio di spesa non dovrebbe essere il criterio guida nella scelta, di esso va, comunque, tenuto conto e, “a titolo meramente semplificativo”, indica che il compenso pattuito può essere giustificato: a) “sulla base di un confronto con la spesa per precedenti affidamenti” o con gli oneri riconosciuti da altre amministrazioni per incarichi analoghi; ovvero b) utilizzando i parametri fissati nel D.M. 10.3.2014 n. 55; ovvero c) valutando comparativamente “due o più preventivi”. Seguono, quindi, per ogni principio dell’art. 4 D. Lgs. n. 50/2016, dei suggerimenti che vanno a comporre un reticolo composito di regole che forniscono una disciplina molto dettagliata.

---

<sup>25</sup> Par. 3, pag. 9 del documento.

L'ANAC indirizza poi verso la predisposizione di elenchi di professionisti, a cui attingere per richiedere preventivi, mediante “una procedura trasparente e aperta oggetto di adeguata pubblicità”<sup>26</sup> e detta i criteri ed i requisiti che possono essere richiesti per l'iscrizione agli elenchi, prevedendo anche la possibilità di “un'estrazione a sorte dall'elenco”<sup>27</sup> e la necessità che sia formato un elenco di soggetti qualificati in numero ampio per garantire una sufficiente concorrenza.

L'emananda direttiva dedica, poi, particolare attenzione al conflitto di interessi<sup>28</sup> e, infine, che è possibile “ricorrere alle procedure ordinarie previste per gli appalti sopra soglia o a quelle semplificate per gli appalti sotto soglia”, “qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare un maggiore confronto concorrenziale”<sup>29</sup>.

L'ANAC, nella sostanza, non dà peso alla peculiarità degli incarichi di patrocinio legale e non si preoccupa di introdurre più impegnativi livelli di regolazione.

Credo che le indicazioni dell'ANAC presentino alcuni profili di criticità.

A) Dall'insieme delle regole previste, si ha un'assimilazione, quanto alla disciplina dell'affidamento, dei contratti esclusi dall'art. 17, comma 1, lett. d) del codice a quelli di cui all'allegato IX al codice e, invece, il diritto positivo li distingue, attribuendo regimi diversi e decisamente più snelli e non concorsuali per i contratti esclusi.

B) I principi stabiliti dall'art. 4 del D. Lgs. n. 50/2016 vanno applicati adottando regole compatibili con il contratto escluso. Infatti, l'ANAC, correttamente, ritiene che non possano valere i principi di tutela ambientale e

---

<sup>26</sup> Par. 3, pag. 11 del documento.

<sup>27</sup> Par. 3, pag. 11 del documento.

<sup>28</sup> Cfr. sul punto: TAR Valle d'Aosta 15.5.2015 n. 40 in *Urb. e App.* 2015, 1059, con nota di M. DIDONNA, *Conflitti di interessi e affidamento di consulenze legali*.

<sup>29</sup> Par. 3, pag. 12, del documento.

di efficienza energetica, sebbene siano previsti dall'art. 4 del codice, dato il tipo di contratto.

Ciò significa che va espresso per ogni contratto escluso un giudizio di compatibilità con i principi, tenendo presente, *in primis*, la *ratio* alla base dell'esclusione che qui trova la sua esternazione nei considerando delle direttive, innanzi riportati, stante la pedissequa trascrizione nel codice, delle previsioni delle direttive sui contratti esclusi. Ebbene, la normativa europea ha escluso questi servizi legali perché “sono di solito prestati da organi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti”<sup>30</sup>.

La peculiarità di questi contratti è, dunque, una incompatibilità per la messa a gara, stante il rapporto fiduciario tra il cliente, ancorché pubblico, e l'avvocato. In conseguenza, non si può pensare, in ragione del principio di economicità, di porre una regola, quella della comparazione tra più preventivi, che contraddice la ragione ispiratrice e determinante dell'esclusione e non tiene conto della specificità del contratto escluso.

C) La previgente normativa interna stabiliva, all'art. 27 D. Lgs. n. 163/2006, per i contratti esclusi che l'affidamento dovesse essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti. Questa disposizione non è stata riprodotta e l'adottanda direttiva ANAC la reintroduce indicando, come possibile regola in applicazione del principio di economicità, il confronto tra più preventivi e la predisposizione di elenchi di professionisti con ampio numero di iscrizioni, per poter chiedere preventivi da comparare.

D) In aperta violazione, poi, del rapporto fiduciario, si prevede, anche se come uno dei criteri di selezione, l'estrazione a sorte del professionista per il conferimento dell'incarico.

---

<sup>30</sup> Considerando 25 direttiva 2014/24/UE e 33 direttiva 2014/25/UE.



E) Contrastante con il diritto positivo è la indicazione che possono seguirsi anche le ordinarie regole di gara quando lo richiedano le esigenze del mercato. Si tratta di contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizioni del D. Lgs. n. 50/2016 volte all'individuazione del contraente.

F) Infine, come già rilevato, questa fitta regolazione contravviene al divieto di *gold plating*.

#### **6. LE (POSSIBILI) REGOLE APPLICABILI PER LA SCELTA DELL'AVVOCATO.**

Il rapporto fiduciario tra l'avvocato ed il cliente non può indurre, però, a ritenere che l'amministrazione pubblica possa incaricare l'avvocato senza il rispetto delle regole che disciplinano l'agire pubblico anche di quelle applicative dei principi espressi nell'art. 4 del codice dei contratti, ma rispettose della particolarità di questi servizi legali.

Si possono indicare regole in armonia con detti principi, anche se si tratta di "possibili" applicazioni dell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, ma ve ne sono sicuramente altre.

Il conferimento dell'incarico deve essere preceduto dal necessario e preventivo impegno contabile da parte dell'ente e, nel rispetto del principio di economicità, occorre verificare che il preventivo che l'avvocato deve obbligatoriamente inviare rispetti i parametri stabiliti dal D.M. 10.3.2014 n. 55, confrontando eventualmente l'importo con precedenti contenziosi simili, come indicato nel documento ANAC.

Quando l'ente procede alla scelta deve motivare adeguatamente (principio di trasparenza) sulla competenza del professionista (principio di efficacia), in modo che risulti chiaro che la decisione non sia il frutto di favoritismi (principio di parità di trattamento) e che l'avvocato incaricato, in relazione alla sua professionalità ed esperienza, abbia le capacità tecniche proporzionate allo svolgimento dell'incarico (principio di proporzionalità). Devono essere,

inoltre, evidenziate le ragioni che inducono a far ricorso a professionalità esterne, quando sia presente un apposito ufficio legale all'interno dell'Ente (principio di economicità) e occorre dare adeguata pubblicità all'atto di conferimento dell'incarico (principio di pubblicità).

Si tratta di regole che mi sembrano rispettose dei principi dell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, della particolarità dei contratti esclusi nei servizi legali e un possibile punto di equilibrio tra le diverse esigenze di questa tipologia di contratto: quelle dell'azione amministrativa e quelle della difesa che ha, alla base, la fiducia. Soprattutto, si evita il confronto concorrenziale che porta a scegliere l'avvocato che presenta il preventivo con il prezzo più basso, con evidente mortificazione del decoro e della dignità del professionista nonché della qualità della prestazione, nell'interesse dello stesso ente pubblico che conferisce l'incarico.