

# L'affidamento dei servizi legali nel Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. L'assetto previgente; 3. D.lgs 50/2016: un nuovo regime per i servizi legali?; 4. Il nuovo quadro normativo prospettato da ANAC; 5. Le questione sostanziale: gli incarichi legali fiduciari possono essere conferiti mediante gare pubbliche?

## 1. Introduzione

Nell'ambito della propria attività di supporto alle stazioni appaltanti, prevista all'[art. 213 del D.lgs. 50/16](#), in data 10 aprile 2017 ANAC ha emanato un [documento di consultazione](#) avente ad oggetto le corrette modalità di affidamento dei servizi legali ai sensi del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

L'emanazione del documento prevedeva una successiva fase consultiva, recentemente chiusa, durante la quale tutti i soggetti coinvolti avrebbero potuto fornire il proprio contributo sulla questione, per la redazione di quelle che probabilmente saranno tra le prossime Linee guida emanate dall'Autorità.

Il quadro normativo delineato in sede di consultazione da ANAC - significativamente mutato rispetto all'assetto previgente - ha acceso un vivace dibattito tra i diversi soggetti operanti nel campo dei servizi legali forniti agli Enti pubblici, e le reazioni di alcune associazioni professionali alle proposte dell'Autorità sono state decisamente negative.

## 2. L'assetto previgente.

Il D.lgs. 163/06 qualificava espressamente "servizi legali" tra i contratti esclusi dall'ambito applicativo del Codice. Ad essi si applicavano soltanto alcune previsioni dello stesso, relative alla necessità di pubblicizzare alcuni elementi della fase di scelta del contraente, volte a dare trasparenza alle procedure di affidamento<sup>1</sup>.

Con la [sentenza nr. 2730/2012](#) (cd. sentenza "Caringella") il Consiglio di Stato aveva sancito che:

- il conferimento di un singolo incarico episodico, basato su necessità contingenti, inquadrato quale prestazione d'opera intellettuale, veniva escluso *in toto* dall'applicazione delle norme contenute nel Codice;
- l'incarico di consulenza ed assistenza a contenuto complesso inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, seppur inquadrato come servizio escluso, era soggetto ai principi di pubblicità e trasparenza anzidetti.

In sostanza, gli incarichi qualificabili come prestazione d'opera intellettuale, che non fossero però singoli aspetti di un'articolata attività a contenuto complesso prestata a favore dell'ente, venivano esclusi *tour court* dall'applicazione del dettato codicistico in base alla considerazione che si trattasse di prestazioni d'opera intellettuale connotate da un'irrinunciabile carattere fiduciario che mal si concilia con le modalità di svolgimento delle procedure di affidamento ad evidenza pubblica. In particolare, per potersi parlare di veri e propri servizi legali, che consistono in incarichi a

---

1 Art. 20. Appalti di servizi elencati nell'allegato II B: "1. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).  
2. Gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente codice".

contenuto *complesso*, la sentenza citata utilizzava l'espressione "*quid pluris*"; ritenendo che viceversa tale *quid pluris* manchi nel caso di incarichi episodici che si sostanzino – ad esempio – in una difesa giudiziale o una singola consulenza. Al di fuori, quindi, dei veri e propri servizi legali – e come tali, lo si ribadisce, potevano essere considerati solo quelli a contenuto complesso – non era necessario nemmeno rispettare i principi relativi ai contratti esclusi previsti dall'art. 27 [del Codice De Lise](#) – il previgente “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” emanato con D.lgs. n. 163/06 - ovvero: a parte l'economicità, l'efficacia, l'imparzialità, la parità di trattamento, la trasparenza e la proporzionalità - che possono ritenersi inderogabili perlomeno in virtù di quanto sancito dalla l. 241/90 - il dovere di invitare almeno cinque concorrenti a presentare la propria offerta per l'ottenimento del contratto.

### **3. D.lgs 50/2016: un nuovo regime per i servizi legali?**

Mentre il Codice De Lise faceva solo un riferimento generico, senza alcuna specificazione, ai servizi legali (di cui al [n. 21 dell'All. II B](#)), nel nuovo Codice si rinviene, all'art. 17 comma 1° lett. D), un'elencazione più dettagliata di quelli che sono i “*servizi legali esclusi dall'applicazione del Codice*”. Si tratta essenzialmente della “*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*”:

*1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione Europea, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale;*

*1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione Europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali”*

ovvero della “*2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni*”.

La norma – rubricata “*esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi*” – deve essere letta in combinato disposto con il nuovo art. 4 D.lgs. 50/2016 in base a cui: “*L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente Codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente e efficienza energetica*”.

### **4. Il nuovo quadro normativo prospettato da ANAC.**

Nel documento di consultazione<sup>2</sup> di ANAC l'impostazione previgente, in gran parte plasmata dall'interpretazione giurisprudenziale delle norme data dalla sentenza n. 2730/2012 del Consiglio di Stato, viene radicalmente rivista anche alla luce della “nuova disciplina” introdotta con il D.lgs. 50/2016, e vengono introdotti obblighi molto più stringenti in capo alle stazioni appaltanti che intendano procedere all'affidamento dei servizi legali.

**L'Autorità ritiene in particolare che ad oggi il quadro normativo** dettato dalle nuove norme in merito all'affidamento degli incarichi inquadrati quali “servizi legali”, quale risultante dal combinato disposto degli artt.17, comma 1, lett. d), 140, 142, 143 e 144, **sia il seguente:**

- A. per quanto riguarda **un novero di servizi legali**, elencati dall'art. 17 comma 1 lett. d, inquadrati come servizi esclusi, **va ad ogni modo fatta applicazione dei principi** espressi dall'art. 4 del Codice stesso, ovvero **economicità, efficacia, imparzialità, parità di**

---

<sup>2</sup> Cfr. anche la delibera ANAC del 9 novembre 2016, n. 1158.

**trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, declinati all'atto pratico come indicato da ANAC nel proprio atto del 10 aprile 2017;**

- B. per quanto riguarda **ulteriori e diversi servizi legali**, al di sotto delle soglie di cui all'art. 35 comma 1 lett. d e comma 2 lett. c, **vanno seguite le procedure previste dal Codice per gli appalti sottosoglia, integrate dalle linee guida emanate dalla stessa ANAC** in data 26 ottobre 2016 (approvate con delibera n. 1097/16).

In sostanza i singoli "incarichi episodici", espunti dal perimetro applicativo del Codice per via giurisprudenziale, vi vengono ricondotti da ANAC che – a titolo meramente esemplificativo – così declina i principi da seguire nell'affidamento dei servizi legali:

- per quanto riguarda l'economicità, è opportuno che le S.A. verifichino i parametri per la liquidazione dei compensi delle professioni forensi di cui al D.M. 10 marzo 2014, n. 55, ed inoltre confrontino due o più preventivi, senza però basarsi sul criterio del miglior prezzo (come recentemente ribadito dal [TAR Lecce con sentenza n. 875/17](#) gli incarichi in questione vanno necessariamente affidati sulla base del criterio dell'OEPV);
- in relazione all'efficacia può assumere rilevanza la presenza di un pregresso contenzioso, gestito dal legale, che si è concluso con esito positivo per l'amministrazione;
- la pubblicità richiede che tutti i candidati abbiano agevole accesso a tutte le informazioni relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato. Una forma di pubblicità adeguata è considerata l'avviso pubblico sul sito istituzionale dell'ente.

ANAC precisa che per i suddetti servizi gli operatori economici possono essere selezionati da elenchi previamente costituiti dall'amministrazione mediante una procedura trasparente e aperta oggetto di adeguata pubblicità e pubblicati sul proprio sito istituzionale. Nell'ipotesi di costituzioni in giudizio impellenti è considerata ammissibile anche l'estrazione a sorte da tali elenchi.

Per quanto riguarda gli ulteriori servizi legali non rientranti in quelli elencati nel predetto art. 17, ad essi viene applicata una disciplina codicistica "alleggerita" (cfr. art. 140 e ss.).

In sostanza, ad ogni modo, l'Autorità impone che nell'affidare gli incarichi le stazioni appaltanti non possano prescindere dall'applicare, in maniera trasparente e con adeguate forme di pubblicità, principi concorrenziali.

## **5. Le questione sostanziale: gli incarichi legali fiduciari possono essere conferiti mediante gare pubbliche?**

A ben vedere il dibattito sorto a seguito della pubblicazione del documento consultivo di ANAC riflette un questione da sempre aperta in dottrina, ovvero l'assoggettabilità dei servizi legali, inclusi i singoli incarichi episodici - in quanto obbligazioni di mezzi caratterizzate dall'elemento fiduciario - ad una gara pubblica basata su criteri univoci ed oggettivi.

Ebbene, il dibattito apertosi ha visto contrapporsi da una parte, la tesi di coloro che sostengono l'assoggettabilità a gara pubblica degli incarichi legali; e dall'altra, la tesi di coloro che invece ritengono non vi sia nessun dato favorevole - nemmeno dal punto di vista normativo – che induca a ritenere che gli incarichi legali debbano essere sottoposti alla disciplina del Codice Appalti. E' opportuno riassumere brevemente gli argomenti spesi dai sostenitori dell'una come dell'altra tesi.

A detta dei sostenitori della seconda tesi, il documento di consultazione pubblicato da ANAC presenta delle innegabili criticità laddove tenta l'assimilazione degli incarichi legali (anche solo "episodici") ai "servizi legali" disciplinati dal Codice Appalti.

Con il proprio atto l'Autorità, attribuendosi peraltro un potere normativo di *soft law* che è sovrabbondante rispetto ai presupposti legittimanti il potere di regolazione di cui all'art. 213 D.lgs. 50/16, ha inteso operare una sorta di assimilazione degli avvocati alla figura dell'imprenditore, senza rispettare i principi costituzionali posti alla base della professione, che sono stati invero fagocitati dal peso abnorme attribuito al principio della concorrenza.

In particolar modo, secondo detta tesi, è alquanto criticabile il riduttivo ragionamento con il quale ANAC sostiene che gli incarichi legali vadano ricompresi nella nozione di appalto di servizi: ed

infatti, basandosi su una lettura in combinato disposto dell'art. 17 comma 1 lett. d) e dell'art. 4 del D.Lgs. 50/2016, unitamente ad una lettura tautologica della nozione Europea di "appalto pubblico" – che comprenderebbe al suo interno anche l'attività di tutti i prestatori di servizi d'opera intellettuale – dato che la nozione Europea di appalto pubblico è più ampia di quella del Codice, a detta di ANAC, è idonea a superare anche la più ristretta nozione civilistica di appalto dell'ordinamento interno.

Nel fare ciò, ANAC dimentica anzitutto che l'UE, con le proprie direttive, non si è mai occupata di nozioni (ovvero della natura giuridica dei rapporti), ma ha per contro solamente disciplinato le modalità di scelta del contraente: è affrontato a livello Europeo il *quomodo* per l'individuazione dei concorrenti ma non è precisato che cosa siano a livello sostanziale l'incarico per la difesa in giudizio e assimilati. L'errore di fondo sta nell'aver di fatto obliterato la chiara distinzione tra appalto (art. 1655 c.c. - obbligazione di risultato con organizzazione imprenditoriale di mezzi e assunzione del rischio di esecuzione) e prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 c.c. - obbligazione di mezzi; v. Cass., III, n. 3765/17) ed, in ultima analisi, l'aver attribuito erroneamente ad un rapporto fiduciario (quale quello che si instaura negli incarichi di natura giudiziale ed assimilata ex art. 17,1c. lett. d) D.Lgs. 50/16) la natura di appalto di servizi.

Il ragionamento di ANAC, così ricostruito dai sostenitori della seconda tesi, è errato anche laddove si consideri che l'art. 17 D.Lgs. 50/2016 costituisce sostanzialmente integrale recepimento dell'art. 10 della [dir. 2014/24/UE](#): disposizione che deve essere letta alla luce dei Considerando n. 24 e 25 (ed, a ben vedere, anche del Considerando n. 116) che ne costituiscono parte integrante e assurgono allo stesso tempo a fonti. Tenendo presenti tali principi, appare chiaro che la disciplina Europea promulgata nel 2014 non ha per nulla ampliato l'ambito della norma del 2004. Risulta quindi paradossale, in tal senso, che nel momento in cui la legislazione Europea non ha innovato le norme nella disciplina, ma si è limitata ad introdurre una specificazione, con un'elencazione delle attività che devono essere ricomprese nella nozione "servizi legali" e come tali essere escluse dall'applicazione del Codice Appalti, in Italia si tenti di ricavare da una legge nazionale di recepimento ciò che la fonte comunitaria esplicita in senso opposto.

Viceversa, e questo è l'unico punto che appare pacifico all'interno del dibattito, per gli altri servizi che non sono esclusi, si applicano le procedure in regime alleggerito di cui agli artt. 140 ss. del D.Lgs. 50/2016.

Ebbene, appare chiaro in quest'ottica come le fonti Europee non impongano affatto una nozione di servizi legali, ma solamente di differenziare le varie procedure di affidamento, peraltro in modo generico rispetto a quella che dovrebbe essere una lettura costituzionalmente orientata delle succitate norme, *in primis*, nel rispetto del principio dell'effettività della tutela dei diritti di cui all'art. 24 della Costituzione.

Ulteriormente, non deve essere tralasciato il fatto che ANAC, nel tentativo di assoggettare gli incarichi legali all'ambito applicativo del Codice Appalti, abbia del tutto ignorato l'impianto e i principi informativi della stessa legge professionale forense L. 247/12 e la sua natura di fonte speciale all'interno del nostro ordinamento, richiamandosi ad essa peraltro solamente nella parte in cui è più confondibile: ovvero laddove distingue ciò che è attività esclusiva degli avvocati e ciò che non lo è (come ad esempio la consulenza stragiudiziale).

Ne consegue che, per dare applicazione alle procedure di gara così come previste nel documento di consultazione di ANAC, i principi contenuti nella legge professionale nonché l'impianto del Codice Deontologico dovrebbero essere *in toto* violati. A titolo esemplificativo: per partecipare alle gare gli avvocati dovrebbero indicare tutti gli incarichi legali in concreto svolti in precedenza e quindi individuare i propri clienti, violando per converso il Codice Deontologico; dovrebbero essere fatte gare in cui le prestazioni sono offerte al ribasso a "prezzi stracciati", quando la prestazione non sia addirittura svolta gratis in quanto legata all'esito della lite; se si ammette che in casi di urgenza le stazioni appaltanti possano addirittura estrarre a sorte i professionisti da un elenco verrebbe del tutto a mancare anche il rapporto di fiducia su cui dovrebbe basarsi la prestazione.

Il punto essenziale secondo la tesi in questione è costituito dalla corretta interpretazione che deve essere data al novellato art. 4 D.lgs. 50/2016, sulla cui base il documento di consultazione ha voluto ritenere che anche gli incarichi legali (intendendo come tali, anche i singoli incarichi episodici) debbano essere assoggettati alle procedure di gara d'appalto.

Invero tale norma, che peraltro ha solamente carattere ideologico ed è rivolta *in primis* alle amministrazioni, non detta una vera e propria disciplina giuridica e, come tale, non è neppure idonea a destituire di valenza quanto statuito con la Sentenza Caringella nel quadro previgente. Così letto, l'art. 4 del D.lgs. 50/2016 poteva anche essere collocato dopo l'art. 17, di cui infatti non precede o preclude assolutamente il contenuto, perché l'art. 17 prevede semplicemente *litteris* che gli incarichi legali siano esclusi dalla disciplina del Codice.

Allora, secondo tale tesi, il principio alla base della nuova disciplina è che i servizi legali di cui all'art. 17 D.lgs. 50/2016 sono esclusi dall'applicazione del Codice, con l'avvertimento alla PA che i principi generali cui deve sempre informarsi sono quelli della correttezza e della imparzialità (di cui all'art. 4 D.lgs. 50/2016).

Gli incarichi legali devono considerarsi esclusi dall'applicazione della normativa degli appalti perché non sono una prestazione disciplinata dal Codice: si tratta invero di una prestazione d'opera intellettuale, che, come tale, fuoriesce dall'ambito applicativo del Codice Appalti ed è invece disciplinata dall'art. 2230 del Codice Civile.

Secondo la tesi opposta, al contrario, la circostanza che una particolare prestazione possa qualificarsi come prestazione d'opera intellettuale non giustifica la compressione dei principi concorrenziali imposti dal diritto dell'Unione europea.

In primo luogo i sostenitori di questa posizione contestano la validità dell'argomento sistematico speso da coloro che militano nel campo opposto, ovvero che l'ambito oggettivo d'applicazione del Codice siano i "contratti di appalto" (cfr. art. 1 del D.lgs. 50/16), tipici contratti aventi ad oggetto obbligazioni di risultato (*ex art. 1655 del Codice Civile*); mentre, al contrario, i contratti di prestazione d'opera intellettuale, cui sono assimilabili gli incarichi legali, tipicamente facciano sorgere delle obbligazioni di mezzi e siano perlopiù connotati da un innegabile elemento fiduciario. Come tali, di conseguenza, le prestazioni d'opera intellettuali (e, secondo quest'impostazione, tutti i contratti da cui sorgano obbligazioni di mezzi) sarebbero da escludere dall'ambito applicativo del Codice, poiché non si potrebbe parlare di appalto. L'argomento – a prescindere dalla sua natura semantica più che sostanziale – rischia di provare troppo.

Secondo questa tesi, infatti, si dovrebbe arrivare a sostenere che, laddove un contratto abbia ad oggetto delle obbligazioni di mezzi (o magari, come di solito accade, **anche** delle obbligazioni di mezzi, tra tante che ne scaturiscono), o sia connotato da un elemento fiduciario, debba essere considerato per ciò stesso escluso dalle norme Europee sulla promozione delle pratiche concorrenziali come metodo per raggiungere un'allocatione ottimale delle risorse. Tuttavia, i servizi tecnici di natura architettonica o ingegneristica, già nella vigenza del D.lgs. 163/06, sono stati fatti rientrare pacificamente nell'ambito oggettivo d'applicazione del Codice.

E non può altresì non essere ricordato che l'accesso all'impiego pubblico avviene attraverso procedure concorsuali volte all'accertamento della professionalità richiesta; nonostante dal rapporto di lavoro subordinato, tipicamente, sorgano obbligazioni di mezzi piuttosto che di risultato.

I sostenitori di una maggiore apertura alla concorrenza del mercato anche dei servizi legali sostengono inoltre la bontà dell'interpretazione fornita da ANAC in merito alla nozione Europea di appalto. E' corretto infatti ritenere che tale nozione, che il diritto dell'unione europea elabora attraverso un approccio sostanzialista, abbracci una latitudine molto più ampia rispetto alla nozione italiana contenuta nel Codice Civile. L'Autorità ricorda che "*il legislatore Europeo ha ricondotto ogni attività professionale legale in favore delle pubbliche amministrazioni nel concetto generale di appalto di servizio legale*", e facendo proprie le considerazioni espresse dalla Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Lombardia, nel parere 162/2016/PAR, del 30 maggio 2016, rileva che "*il Codice dei contratti pubblici è teso a disciplinare le procedure di affidamento di*

*un'ampia gamma di contratti, che, pur definiti come "appalto", comprendono una serie eterogena di negozi civilistici (per esempio, somministrazione, mandato, trasporto, assicurazione etc., cfr. art. 1, comma 1, lett. dd), ii) ed ss) del D.lgs. n. 50 del 2016)".* Lo stesso orientamento è stato recentemente espresso anche dalla sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna della Corte dei Conti, nella propria [deliberazione n. 75/2017/VSGO](#) del 26 aprile 2017.

Inoltre, non c'è dubbio che i principi elencati dall'art. 4 del Codice siano sostanzialmente gli stessi contenuti nell'art. 1 della l. 241/90. Di fatto, si tratta dei principi necessari ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione sanciti a livello costituzionale.

Può anche essere ricordato che la legge 22 maggio 2017 n. 81<sup>3</sup> (cd. "jobs act del lavoro autonomo") prevede che le amministrazioni pubbliche siano tenute a promuovere, in qualità di stazioni appaltanti, la partecipazione dei lavoratori autonomi agli appalti pubblici per la prestazione di servizi o ai bandi per l'assegnazione di incarichi personali di consulenza o ricerca, in particolare favorendo il loro accesso alle informazioni relative alle gare pubbliche, anche attraverso gli sportelli dedicati al lavoro autonomo, e la loro partecipazione alle procedure di aggiudicazione (cfr. art. 12 della predetta legge).

In conclusione, ai sostenitori della tesi secondo cui gli incarichi legali dovrebbero essere assoggettati a procedure selettive non sembra che le modalità di scelta indicate da ANAC nel proprio atto – chiedere alle S.A. di valutare più preventivi per il conferimento di un incarico, di valutare il *curriculum* dei legali che offrono i propri servizi e la congruità delle parcelle rispetto alle tabelle ministeriali – configurino pretese sproporzionate rispetto al fine da raggiungere. L'Autorità consente di tenere nella dovuta considerazione l'elemento fiduciario, ma richiede che la stazione appaltante non si limiti a valutare quest'aspetto nello scegliere il proprio legale, imponendo invece che l'obbligo motivazionale venga assolto in modo rigoroso; il fatto che una particolare prestazione possa qualificarsi come prestazione d'opera intellettuale non giustifica la compressione dei principi concorrenziali imposti dal diritto dell'Unione.

Il nodo sostanziale sotteso al dibattito non è destinato a sciogliersi in tempi brevi, poiché i sostenitori delle due tesi affrontano l'argomento da angolazioni ancora distanti. Pare quindi difficile che si possa giungere facilmente ad una sintesi pacifica delle due posizioni. Ad ogni modo, spetta ad ANAC compiere prossimamente un decisivo passo su questa strada con l'emanazione delle linee guida ad oggi in fase di elaborazione.

Chiara Surrenti, Laura Zanardo  
BM&A – Barel Malvestio & Associati Treviso  
per [www.italiaius.it](http://www.italiaius.it)

---

<sup>3</sup> "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato".