

Numero 02017/2018 e data 03/08/2018 Spedizione



REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 9 aprile 2018

NUMERO AFFARE 01502/2017

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione.

linee guida per l'affidamento dei servizi legali;

LA COMMISSIONE SPECIALE del 9 aprile 2018

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 0098019 in data 03/08/2017 con la quale il Autorità nazionale anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi i relatori Vincenzo Lopilato, Federico Di Matteo;

I. La natura delle linee guida adottate da Anac sull'affidamento dei servizi legali

Le linee guida in esame sono state adottate dall'Autorità nell'esercizio del potere di regolazione riconosciute dall'art. 213, comma 2, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

Si è avvertita l'esigenza di intervenire per l'esistenza di dubbi interpretativi insorti negli operatori del settore in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici che ha profondamente innovato la materia dell'affidamento dei servizi legali, oltre che per la riscontrata disomogeneità dei procedimenti amministrativi seguiti dalle diverse amministrazioni per l'affidamento dei servizi in questione.

Si tratta, dunque, di linee guida non vincolanti che, alla luce dei criteri generali già definiti dal Consiglio di Stato (comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855), hanno natura di provvedimenti amministrativi.

II. *Il procedimento seguito per l'elaborazione delle linee guida.*

L'Autorità ha puntualmente seguito la procedura descritta dall'art. 213, comma 2, ultimo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, avendo svolto una consultazione on line nel periodo dal 10 aprile 2017 al 10 maggio 2017 sul documento denominato «L'affidamento dei servizi legali» che ha portato ad acquisire i contributi di 28 operatori delle diverse categorie interessate (stazioni appaltanti, associazioni di categoria, ordini professionali ed operatori economici).

All'esito sono state, dunque, redatte le linee guida, trasmesse al Consiglio di Stato unitamente ad un documento di «*analisi di impatto della regolamentazione (AIR)*», nel quale sono descritti il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione delle linee guida stesse.

Questo Consiglio di Stato, con il parere interlocutorio della Commissione speciale, 6 ottobre 2017, n. 2109, ha richiesto all'Autorità di acquisire il parere anche 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. I pareri sono stati acquisiti e trasmessi.

L'analisi delle linee guida in esame presuppone l'individuazione: i) della tipologia di contratti che possono essere stipulati tra pubblica amministrazione e avvocati; ii) delle norme del Codice dei contratti a tali contratti applicabili; iii) la modalità di attuazione concreta delle suddette norme.

III. *Tipologie di contratti.*

In relazione alla prima questione, deve rilevarsi che le prestazioni di servizi legali – alla luce della causa, intesa come funzione economico-individuale dell'operazione negoziale – possono essere inquadrare in due differenti tipologie di contratti a seconda della esigenze da soddisfare e dunque della funzione svolta.

In primo luogo, viene in rilievo il contratto d'opera intellettuale che si caratterizza per il fatto che il professionista esegue la prestazione con lavoro prevalentemente proprio, non organizzato in forma imprenditoriale (artt. 2229 e ss.).

E' questa l'ordinaria modalità attraverso la quale i servizi legali vengono prestati. Il contratto tra avvocato e cliente, infatti, si caratterizza per il fatto che il primo esegue l'incarico assunto personalmente. La prevalenza del lavoro personale sull'organizzazione dei mezzi è ragione dell'*intuitus personae* che connota il contratto d'opera professionale: il cliente decide di affidarsi a quel professionista perché ne riconosce le capacità nell'esecuzione della prestazione.

Anche le professioni legali, invero, nei tempi recenti, hanno conosciuto importanti cambiamenti nel senso di una sempre maggiore organizzazione degli

avvocati in studi associati di dimensioni medio – grandi, nei quali mettere insieme le competenze professionali dei singoli (anche, a volte, con quelle di professionisti di altri settori) per venire maggiormente incontro alle esigenze dei clienti ed affrontare controversie e questioni sempre più complesse quale conseguenza della complessità dello stesso ordinamento giuridico.

In secondo luogo, può venire in rilievo anche un contratto di appalto di servizi, il quale presuppone che l'appaltatore, invece, esegua la prestazione servendosi dell'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (art. 1655 cod. civ.).

I servizi legali, avendo riguardo alla funzione concreta perseguita dalle parti, possono essere resi anche in questo diverso contesto negoziale. Ciò si verifica quando il cliente richiede una prestazione continuativa che viene resa da uno o più professionisti organizzati che si impegnano a trattare l'intero contenzioso del cliente stesso.

In questo caso si tratta di un vero e proprio “servizio”, vale a dire la messa a disposizione di una struttura imprenditorialmente organizzata destinata a soddisfare i bisogni del committente di volta in volta che essi si presentano. L'oggetto della prestazione, quindi, è predeterminato quanto alla sua natura giuridica (attività legale) ma il suo contenuto non è predeterminato al momento dell'affidamento del servizio, bensì si definisce al bisogno.

La pubblica amministrazione, in ragione delle sue dimensioni organizzative e delle attività che esercita, può avere necessità di ricorrere all'uno o all'altro degli indicati modelli contrattuali.

In particolare, una pubblica amministrazione, di dimensioni rilevanti, che esplica i suoi compiti in settori omogenei ben precisi e la cui attività può dar luogo a frequenti contenziosi, spesso di natura seriale, di regola avverte l'esigenza di rivolgersi ad un insieme di professionisti, organizzato, che sia disponibile a trattare tutte le controversie nelle quali l'ente dovesse essere coinvolto. Si tratta dunque di un «*incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulle base dei bisogni dell'ente*» (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730). Il che significa che «*il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale*».

Diversamente, una pubblica amministrazione, di dimensioni non rilevanti, che ha competenze in diversi settori e che solo raramente è coinvolta in vicende contenziose, avrà la necessità di conferire, quando ciò accada, un incarico singolo ad un professionista individuato al solo scopo di difesa in quel giudizio (o per la consulenza in vista di quel preciso giudizio).

IV. *La disciplina applicabile*

In relazione alla seconda questione relativa alla disciplina applicabile ai servizi legali, essa attiene alla stessa definizione dell'ambito oggettivo di applicazione

del Codice stesso che è stato oggetto, in relazione ad una fattispecie differente da quella in esame, di un recente parere di questo Consiglio (Cons. Stato, comm. spec., 10 maggio 2018, n. 1241).

Sul piano generale, occorre distinguere: i) i contratti di appalto di lavori, servizi e fornitura sottoposti alle regole del Codice; ii) i contratti “esclusi” dal rispetto di tali regole ma soggetti all’osservanza dei principi generali di cui all’art. 4 del Codice (su cui si v. oltre); iii) i contratti “estranei” non nominati dal Codice e pertanto sottratti all’applicazione delle regole e dei principi (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 1 agosto 2011, n.16).

Occorre, inoltre, distinguere: i) i contratti passivi, la cui stipulazione comporta una spesa per la pubblica amministrazione; ii) i contratti attivi, la cui stipulazione comporta una entrata per la pubblica amministrazione.

Sul piano specifico, le norme del Codice che vengono in rilievo, ai fini della disciplina dei servizi legali, sono gli artt. 4 e 17 e quella contenuta nell’Allegato IX

L’art. 4 dispone che: *«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 ed efficienza energetica».*

L’art. 17 prevede che: *«le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi»* aventi uno degli oggetti indicati nell’elenco dello stesso art. 17. Tra questi, al punto d) sono inseriti i servizi legali e, in particolare, le prestazioni professionali rese da un avvocato – ivi compresa la rappresentanza legale in un arbitrato o in una conciliazione (punto 1.1.), in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche (punto 1.2), nonché la consulenza legale in previsione di uno dei predetti procedimenti in caso di indizio concreto o probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di procedimento.

Sono inoltre ricompresi: la 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 (punto 2); I servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai (punto 3).

Sono inoltre contemplati anche i servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali (punto 4) e, infine, altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all’esercizio dei

pubblici poteri (punto 5). I servizi di cui ai punti 4 e 5 esulano dalla presente disamina.

L'Allegato IX (dedicato ai servizi di cui agli articoli 140, 142, 143 e 144) fa espressamente riferimento ai «*servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)*» e pertanto individua una categoria residuale di servizi legali ai quali si applicano le norme del codice, sia pure con le semplificazioni individuate nei detti articoli.

La definizione delle prestazioni legali di cui all'allegato IX avviene tramite il nomenclatore europeo, ed espressamente ricomprende i codici: da 79100000-5 a 79140000-7 e il codice 75231100-5, e quindi precisamente, secondo l'albero nomenclatorio previsto dal CPV ufficiale:

79100000-5: Servizi giuridici

Che si articolano in:

a) 79110000-8: Servizi di consulenza giuridica e di rappresentanza

I quali ricomprendono:

79111000-5: Servizi di consulenza giuridica

79112000-2: Servizi di rappresentanza legale

Che si specifica in:

79112100-3: Servizi di rappresentanza delle parti interessate

b) 79120000-1: Servizi di consulenza in materia di brevetti e diritti d'autore

Che ricomprendono:

79121000-8: Servizi di consulenza in materia di diritti d'autore

I quali si specificano in:

79121100-9: Servizi di consulenza in materia di diritti di autore di software

c) 79130000-4: Servizi di documentazione e certificazione giuridica

Che ricomprendono:

79131000-1: Servizi di documentazione

79132000-8: Servizi di certificazione

I quali ultimi si specificano in:

79132100-9: Servizi di certificazione della firma elettronica

d) 9140000-7: Servizi di consulenza e informazione giuridica

e) 75231100-5: Servizi amministrativi connessi ai tribunali

L'art. 17, a sua volta, nel prevedere le eccezioni alla disciplina di cui all'allegato IX li definisce come abbiamo accennato:

1) 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:

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

3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai;

4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali;

5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri;

A prescindere da alcune diversità lessicali, appare evidente che i contenuti della prestazione legale o certificatoria fornita dal professionista indicati nei numeri 1, 2 e 3 del comma 1 dell'art. 17 coincidono con parte dei contenuti del nomenclatore europeo E precisamente:

1. La rappresentanza giudiziale (n. 1) corrisponde al CPV 79112100-3: Servizi di rappresentanza delle parti interessate;

2. La consulenza legale in funzione della preparazione di un affare giudiziale (n. 2) corrisponde al CPV 79110000-8: Servizi di consulenza giuridica e di rappresentanza, sottocategoria 79111000-5: Servizi di consulenza giuridica;

3. I servizi di certificazione e autenticazione di documenti (n. 3) corrispondono al CPV 79130000-4: Servizi di documentazione e certificazione giuridica, sottocategoria 79132000-8.

Il n. 4 del comma 1 dell'art. 17 riguarda, come detto, prestazioni professionali derivanti da incarichi per ragioni di giustizia, mentre il n. 5 attiene a prestazioni professionali strettamente legate all'esercizio dei poteri pubblici (quali le attività di consigliere o esperto giuridico del governo) e non attengono alla questione qui trattata.

L'insieme generale primario è quindi costituito dai contratti contemplati dall'allegato IX, mentre il sottoinsieme è costituito dalle prestazioni di cui all'art. 17, co. 1, lett. d). Per sfuggire alla aporia derivante dalla coincidenza della prestazione professionale, sincreticamente sussunta nella locuzione "*servizi legali*", occorre interrogarsi sull'elemento differenziale tra i due insiemi che non può riferirsi altro che al diverso significato che l'espressione possa assumere in relazione non al contenuto della prestazione professionale, ma del contratto.

Si giunge alla conclusione che l'applicazione di questa disciplina è modulata diversamente a seconda della tipologia di contratti aventi ad oggetto servizi legali che vengono in rilievo e non alla natura e oggetto della prestazione professionale.

Più esattamente, l'allegato IX si riferisce, secondo questo Consiglio, a veri contratti di appalto di servizi. Il contenuto di essi è precipuamente la messa a disposizione di una organizzazione di natura imprenditoriale (fornita da un singolo professionista o in una qualsiasi delle forme associate previste dal nostro ordinamento) al fine di soddisfare in maniera indifferenziata i bisogni via via emersi circa una rappresentanza o consulenza giuridica o documentazione giuridica o certificazione non connessa a una questione o a un affare predeterminato, ma conseguente all'insorgere della necessità e quindi del bisogno nel corso del tempo. Si tratta, come appare evidente, di una struttura contrattuale tipica del contratto di fornitura di servizi, ove la prestazione è predeterminata nei suoi contenuti sostanziali, ma non riferita a uno specifico bisogno già precedentemente individuato.

Ciò corrisponde alla natura stessa del contratto di servizio continuativo, con il quale il Committente incarica, il Fornitore, della fornitura di un servizio di qualsiasi genere, sia manuale che intellettuale, purché si tratti di una prestazione che si protrae nel tempo in modo continuativo o periodico. Trattasi quindi di una prestazione di *facere* (art. 1677 c.c) con caratteristiche organizzative diverse rispetto alla prestazione di servizi personale e puntuale (art. 2222 c.c.).

Il Fornitore si impegna, secondo le indicazioni fornite dal Committente, a prestare il servizio organizzando i mezzi necessari e assumendosi il rischio economico della sua esecuzione. Il Fornitore determina quindi liberamente la gestione del tempo e le modalità di organizzazione, nei limiti delle istruzioni ricevute dal Committente e in relazione al bisogno di volta in volta manifestato dal committente.

Viceversa, la struttura (non contenutistica ma) contrattuale delle tipologie di cui all'art. 17 rientra a pieno titolo nella qualificazione di cui all'art. 2222 c.c. Si tratta, infatti di una prestazione di un servizio (appunto attinente alla professione legale), con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente espletata secondo un incarico non continuativo o periodico ma puntuale ed episodico, destinato a soddisfare un singolo bisogno manifestatosi (la difesa e rappresentanza in una singola causa ad es.).

In presenza di un contratto di appalto di servizi propriamente detto si applicano le "regole" poste dal citato Allegato IX che, rispetto a quelle generali del Codice, si caratterizzano per la previsione di forme procedimentali semplificate afferenti, in particolare, alle modalità di pubblicità.

In presenza di un contratto d'opera professionale, il dubbio interpretativo attiene alla qualificazione giuridica del suddetto contratto come "escluso", sottoposto al

solo rispetto dei principi generali, ovvero come “estraneo”, non sottoposto a regole o principi.

L’art. 4 qualifica espressamente i contratti “esclusi” soggetti al rispetto dei principi generali come contratti «*aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture*» ovvero come contratti attivi.

L’art. 17 contiene un elenco di contratti ai quali non si applicano le disposizioni del Codice che lo stesso art. 17, nella sua premessa, qualifica come contratti di appalto e di concessione di servizi.

Il coordinamento tra le due norme è attuato nel senso che a tutti i contratti menzionati dall’art. 17 si applicano i principi dell’art. 4. Essi sono, pertanto, “esclusi” e non “estranei” (Cons. Stato, comm. spec., n. 1241 del 2018)

Permane il dubbio attinente al rapporto tra l’incipit dell’art. 17 che, nel prevedere che «*le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi*» specificamente indicati, sembra ritenere che la specifica tipologia contrattuale per essere soggetta al rispetto dei principi generali debba integrare gli estremi della tipo contrattuale appalto.

Invero, dall’analisi delle singole operazioni negoziali elencate dall’art. 17 risulta che non tutte, alla luce della stessa descrizione tipologica effettuata dal legislatore, possano essere qualificate come appalto. Si pensi, a solo titolo esemplificativo, che tale le attività contrattuali escluse è indicata anche la locazione la quale presuppone la stipulazione di un contratto personale di godimento certamente non inquadrabile nel tipo appalto.

Ne consegue che i contratti aventi ad oggetto servizi legali, espressamente menzionati nell’art. 4, sono soggetti al rispetto dei principi generali del Codice anche quando non costituiscono appalti.

V. Le indicazioni fornite da Anac in relazione alla tipologia dei servizi legali di cui all’allegato IX.

La terza questione impone di verificare come le esposte regole e principi si possono declinare in concreto mediante la predisposizione della disciplina di cui alle linee guida in esame.

In via preliminare, deve rilevarsi che l’Autorità, al par. 2, definisce i servizi legali di cui all’Allegato IX del codice dei contratti pubblici tutti i «*servizi giuridici che non siano esclusi a norma dell’art. 17, comma 1, lett. d, del Codice dei contratti pubblici*», specificando, poi, che «*essi comprendono i servizi che si realizzano prevalentemente mediante la produzione di pareri e di atti di assistenza legale non connessa alla difesa in giudizio*». Si tratterebbe, dunque, di attività stragiudiziale che può essere svolta anche da categorie professionali diverse dagli avvocati iscritti all’albo.

Questa Commissione ritiene, per le considerazioni sopra svolte, che l’ambito tracciato dall’Autorità non possa essere condiviso: i servizi legali cui si riferisce l’Allegato IX sono le attività – anche rese da avvocati iscritti all’albo ai sensi

dell'art. 2, comma 6, l. 247 del 2012 – che sono, però, connotate dallo svolgimento in forma organizzata, continuativa e con rischio assunto prevalentemente dal professionista incaricato. Questi, infatti, dovrà pianificare il servizio in modo da garantire la piena soddisfazione delle esigenze legali dell'ente – non esattamente quantificabili nella loro consistenza al momento dell'assunzione dell'incarico – e ricavare un utile remunerativo della sua attività.

Deve ritenersi, pertanto, che la disciplina cui è sottoposto l'affidamento di un servizio legale di cui all'allegato IX è quella degli artt. 140, 142, 143 e 144.

Chiarito ciò, questa Commissione speciale formula i seguenti rilievi.

Si ritiene opportuno che le amministrazioni – che decidono di ricorrere al contratto di appalto dei servizi legali – procedano all'affidamento dell'intero contenzioso di loro interesse per una durata predeterminata (che potrebbe essere, ad esempio, triennale) a professionisti che, nelle forme attualmente consentite dall'ordinamento, siano in grado di assicurare, per le plurime competenze di cui dispongono, una complessiva attività di consulenza legale.

Come in precedenza esposto l'attuale tendenza dei professionisti – nelle professioni legali così come in altri ambiti professionali – ad associarsi è certamente da favorire poiché l'integrazione delle competenze garantisce un più elevato approfondimento delle questioni poste dal cliente e una più pronta ed efficace risposta alle sue esigenze, specie ove questo è una pubblica amministrazione che, per i vasti compiti assegnati dalla legge, potrebbe trovarsi coinvolta in vicende contenziose di varia natura.

La scelta dei professionisti associati cui affidare la gestione del contenzioso dovrà avvenire secondo la procedura di aggiudicazione indicata dal codice, in cui la richiesta dei requisiti tecnico – professionali non dovrà essere eccessivamente restrittiva per evitare di escludere gli studi associati di più recente formazione (e nei quali, dunque, siano presenti professionisti più giovani).

I criteri di scelta, infine, dovranno favorire quegli studi che trattano più materie, così da garantire all'amministrazione il ragionevole affidamento di trovare nei professionisti incaricati competenze idonee per qualsiasi tipo di contenzioso dovesse insorgere nel periodo di vigenza dell'affidamento.

La Commissione ritiene che, alla presenza di un contenzioso non occasionale, di dimensioni importanti, soprattutto se seriale, derivante dalle funzioni tipiche del soggetto pubblico che lo pongono sovente e con ricorrenza a fronteggiare liti giudiziarie o a prevenirle, e quindi in funzione della natura stessa del soggetto e dei suoi compiti, la pratica migliore sia costituita dal ricorso all'appalto di servizi di cui sopra.

VI. Le indicazioni fornite da Anac in relazione alla tipologia dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d del codice

I servizi legali di cui all'art. 17 comma 1 lett. d) sono, invece, gli incarichi al professionista puntuali poiché riferiti alla specifica lite.

L'art. 17, comma 1, lett. d) contiene l'elencazione dei servizi legali da considerare esclusi dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione imposte dalla disciplina codicistica.

L'Autorità fornisce dei chiarimenti interpretativi, sui quali appare opportuno svolgere alcune considerazioni.

Con riguardo ai servizi legali di cui al n. 1) dell'art. 17, comma 1, lett. d), l'Autorità, al punto 1.1.1., assume che *«Rientrano nella disposizione di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), n. 1 gli incarichi di patrocinio legale conferiti sia in relazione ad una specifica e già esistente lite, che in relazione a futuri ed eventuali liti con durata predeterminata»*.

Se, da un lato, appare corretta la scelta dell'Autorità di incentrare l'interpretazione di tale disposizione sul concetto di "lite", è pur vero che il dato normativo (dei n. 1.1 e 1.2) sembra riferirsi ad una lite già esistente che le parti intendono risolvere attraverso una decisione negoziale ovvero tramite la funzione giurisdizionale.

Si suggerisce, pertanto, di espungere il riferimento ad una lite futura ed eventuale con durata predeterminata, anche per evitare sovrapposizioni con il servizio di cui al n. 2, cui meglio si attaglia il riferimento alla lite non ancora insorta.

In ogni caso, poi, il riferimento alla «durata predeterminata» appare non chiaro, essendo del tutto aleatorio e indipendente dalle parti del contratto la durata della lite.

Se, dunque, si intende mantenere fermo un riferimento alla durata dell'incarico, pare più opportuno riferirsi al tempo di svolgimento del procedimento negoziale o del giudizio.

Con riguardo ai servizi legali di cui al n. 2) dell'art. 17, comma 1, lett. d), l'Autorità assume che *«Rientrano nella disposizione di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), n. 2, i servizi di assistenza e consulenza legale prodromici ad un'attività di difesa in un procedimento di arbitrato, di conciliazione o giurisdizionale, anche solo eventuale»*, specificando, poi, le condizioni in cui ricorre la necessità di attivare tale consulenza, mediante l'interpretazione delle locuzioni *«preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1»* e *«indizio concreto»*, *«una probabilità elevata»* ai quali fa riferimento il dato normativo.

In realtà, dalla lettura della norma in esame emerge come il legislatore, attraverso l'utilizzo della particella disgiunta "o", abbia inteso riferire il servizio legale a due diverse fattispecie: i) attività preparatorie in vista di uno dei procedimenti, negoziali e giudiziali, di risoluzione di una lite esistente; ii) attività di consulenza legale in relazione ad una questione controversa che potrebbe dar luogo ad un conflitto idoneo a sfociare in una lite successiva.

Alla luce di ciò, si ritiene opportuno rivedere le indicazioni fornite nelle Linee guida al punto 1.1.2., sostituendo il termine «prodromici» con quello “*preparatori*” ed eliminando i termini «*In particolare*», con il quale si introduce una specificazione del servizio precedentemente enunciato, laddove, invece, per la lettura del dato normativo che si è fornito si è dinanzi ad un servizio legale diverso.

La precisazione compiuta comporta che: quanto alle indicazioni contenute nel punto 1.1.2.1. le stesse siano pienamente condivisibili, laddove, invece, al punto 1.1.2.2. è necessario specificare che “*la consulenza legale può considerarsi riferita a questioni controversie qualora sia prestata in ragione della sussistenza di un indizio concreto che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di un procedimento giudiziario, arbitrale o di conciliazione e ciò ricorre quando, ad esempio, l’amministrazione abbia ricevuto un atto di diffida o messa in mora, una richiesta di accesso agli atti ai fini di tutela o, comunque, un qualsiasi altro atto da cui si evinca la potenziale attivazione di uno dei predetti procedimenti*”.

Al punto 1.2. le linee guida si occupano dei servizi legali di cui all’art. 17, comma 1, lett. d) n. 3), vale a dire i «*servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai*» e il chiarimento fornito è nel senso che l’incarico affidato ad un notaio attiene non solo ad un’attività già individuata, ossia al caso in cui il soggetto pubblico necessita della certificazione o dell’autenticazione in relazione ad uno specifico atto già concluso, ma anche ad ogni futura attività di certificazione e di autenticazione, con la sola previsione di una durata predeterminata. E’ difficile, però, ipotizzare che un soggetto pubblico abbia bisogno in via continuativa, e non, invece, per singoli atti, dell’attività di certificazione e autenticazione di documenti da parte di un notaio. Ciò non ostante, nella multiforme realtà attraversata dai vari soggetti pubblici, può darsi il caso della esistenza di una esigenza costante di ricorrere ad attività certificatoria notarile, tanto che tale tipo di prestazione sia in tal caso inquadrabile nella categoria contrattuale di un vero e proprio appalto di servizi disciplinata dall’allegato IX piuttosto che dall’art. 17.

VII. *Le indicazioni fornite da Anac in relazione alle procedure di affidamento dei servizi legali di cui all’art. 17, comma 1, lett. d).*

Come precedentemente esposto, individuati i servizi legali di cui all’art. 17, comma 1, lett. d), le linee guida si occupano delle modalità di affidamento degli stessi.

I servizi legali di cui all’art. 17, comma 1, lett. d), per quanto esclusi dall’applicazione delle procedure di aggiudicazione dettate dal codice dei contratti, devono, pur sempre, essere affidati nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità (nonché, ma non rilevanti in questa sede, principi di tutela dell’ambiente ed efficienza energetica).

Le linee guida cercano, pertanto, di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti in ordine alla modalità più opportuna di traduzione pratica dei suddetti principi nella scelta del professionista.

L'indicazione proveniente dalle linee guida alle stazioni appaltanti è quella di predisporre un elenco di professionisti dal quale attingere al momento del conferimento dell'incarico, eventualmente suddivisi per settore di competenza e costituiti dall'amministrazione mediante una procedura trasparente e aperta, resa pubblica mediante il sito istituzionale (punto 3.1.3).

Questa Commissione speciale condivide con l'Autorità che il rispetto dei principi posti dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici, così come ampiamente articolati nelle Linee guida, imponga la procedimentalizzazione nella scelta del professionista al quale affidare l'incarico di rappresentanza in giudizio (o in vista di un giudizio) dell'amministrazione, evitando scelte fiduciarie ovvero motivate dalla "chiara fama" (spesso non dimostrata) del professionista.

La conformazione ad un procedimento fa in modo che la scelta sia trasparente, rispettosa del principio della parità di trattamento, imparziale, tale da evitare lo spreco di risorse pubbliche e, al contempo, idonea perseguire nel modo più opportuno l'interesse pubblico.

Nondimeno, pur nella condivisione dell'impostazione seguita, si rendono opportune le seguenti puntualizzazioni.

In primo luogo, si suggerisce la predisposizione di un elenco ristretto di professionisti o studi legali che sia, o notai, comunque, idoneo a garantire un effettivo confronto concorrenziale. Un elenco ampio sarebbe oneroso e complesso da gestire per l'amministrazione in contrasto con i principi di efficacia e economicità dell'azione amministrativa.

In secondo luogo, i criteri di selezione devono muovere dalla valutazione del curriculum professionale e delle esperienze in relazione alla competenza funzionale dell'amministrazione. In questa ottica, appare utile che l'elenco – pubblicato sul sito istituzionale, sempre aperto e suscettibile di integrazione e modificazione – sia accompagnato da brevi schede che riassumano la storia professionale dell'aspirante affidatario.

I profili da valorizzare nella scelta del professionista sono: i) l'esperienza e la competenza tecnica, da intendersi come competenza nella materia oggetto del contenzioso ovvero, anche, della questione rilevante per la sua soluzione); ii) la pregressa proficua collaborazione con la stessa stazione appaltante in relazione alla medesima questione; iii) il costo del servizio, nel caso in cui, per l'affidamento di uno specifico incarico, sia possibile riscontrare una sostanziale equivalenza tra diversi profili professionali.

Alla luce delle predette considerazioni si suggerisce di rivedere il punto 3.1.3. nella parte in cui è individuato quale criterio prioritario per l'individuazione del professionista già inserito nell'elenco quello di rotazione, solo contemperabile

con «*la necessità di tener conto delle specifiche competenze tecniche richieste per lo svolgimento dell'incarico*».

Ne consegue che il criterio dell'estrazione a sorte – oggetto di serrate critiche da parte degli operatori coinvolti dalla consultazione – non può, all'evidenza, trovare spazio alcuno neppure in caso di «*costituzioni in giudizio impellenti e non conciliabili con i tempi sia pur stretti e semplificati richiesti dall'attuazione dei principi in argomento*».

Si suggerisce, pertanto, l'eliminazione dell'ultimo periodo del punto 3.1.3, anche perché il criterio della rotazione difficilmente può essere attuato «in modo da poter assicurare una scelta rispettosa delle competenze tecniche necessarie per il caso concreto o una scelta diretta di un professionista iscritto nell'elenco purché motivata».

Soltanto in presenza di incarichi di minore rilevanza, anche per la loro eventualità serialità, è possibile coniugare il criterio della competenza con quello della rotazione.

Piuttosto ritiene la Sezione che sia opportuno introdurre il criterio della equa ripartizione, che contiene in sé anche il principio della tendenziale rotazione, ma permette l'attribuzione ragionata degli incarichi in funzione della loro natura, delle caratteristiche del professionista. Ciò permette, in altri termini, di esercitare quella naturale e doverosa discrezionalità che mai può essere del tutto negata alla pubblica amministrazione, pena il venir meno della sua stessa funzione amministratrice, ma che al contempo è resa ostensibile e sindacabile proprio attraverso la motivazione.

Piuttosto, proprio in relazione a tali ultime notazioni, deve essere assegnata, quale modalità di decisione, particolare rilevanza alla motivazione del provvedimento di conferimento dell'incarico, poiché l'amministrazione dovrà esplicitare con chiarezza le ragioni che hanno condotto a scegliere il professionista sia pure già presente nell'elenco.

VIII. *L'affidamento diretto al professionista determinato*

Le linee guida consentono l' «*affidamento diretto a un professionista determinato di uno dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d) del codice dei contratti pubblici (...) solo in presenza di specifiche ragioni logico – motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre*» (punto 3.1.4).

La previsione di una modalità eccezionale di affidamento del servizio legale denominata «*affidamento diretto*», differenziata da quella ordinariamente prevista per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), è condivisa da questa Commissione speciale. In particolari circostanze, deve essere consentito all'amministrazione di affidare la trattazione di una controversia (o richiedere una consulenza in vista di una controversia) ad un professionista che non sia membro dello studio cui è stato affidato il contenzioso

ovvero che non sia presente nell'elenco di professionisti predisposto dalla stessa amministrazione.

E', però, necessario, affinché l'affidamento diretto sia rispettoso dei principi di cui all'art. 4 del Codice, che la controversia presenti elementi di effettiva particolarità tali da giustificare una scelta indirizzata dalla specifica capacità professionale dell'avvocato.

In questa ottica, non tutta la casistica indicata nelle linee guida (ai punti 3.1.4.1 e 3.1.4.2) per l'affidamento diretto dell'incarico è condivisibile perché non vale a giustificare una modalità di affidamento degli incarichi speciale e derogatoria rispetto alle indicazioni codicistiche.

Nelle linee guida si ha riguardo sostanzialmente a tre situazioni, riconducibili, tuttavia, a due casi: a) «*consequenzialità tra incarichi*» / «*complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento*» e b) «*l'affidamento diretto per ragioni di urgenza*».

Quanto alla prima situazione – consequenzialità e complementarietà tra incarico precedentemente affidato ed incarico da affidare – non potrà in concreto più verificarsi affidando l'amministrazione l'intero contenzioso ad un professionista o ad un unico gruppo di professionisti. Del tutto residuale sarà il caso di precedente incarico affidato quando non era stato ancora scelto uno studio per gestire l'intero contenzioso ovvero l'elenco dei professionisti non era ancora stato costituito. Una nuova valutazione, anche in presenza di consequenzialità e complementarietà degli incarichi, appare, pertanto, doverosa.

Va da sé che anche, nel caso in cui l'Amministrazione abbia proceduto all'appalto o alla istituzione dell'elenco, potrà aversi l'affidamento diretto giustificato dalla complementarietà o consequenzialità, se ben motivato in tal senso.

Quanto alla seconda situazione – ragioni di urgenza – vale quanto esposto in precedenza: affidare l'intero contenzioso ad un unico gruppo di professionisti (come anche istituire un elenco di professionisti sempre disponibili alla bisogna) significa proprio evitare le difficoltà connesse al reperimento, in tempi celeri, di un avvocato disponibile a trattare la controversia che necessita di immediata trattazione. Anche tale considerazione, *per incidens*, corrobora la individuazione di queste come le migliori pratiche.

Né, d'altro canto, il ritardo con cui l'amministrazione si sia eventualmente ridotta a conferire, anche se, e soprattutto se, trattasi di rito abbreviato o brevissimo sia nel civile che nell'amministrativo, può giustificare una deviazione, a questo punto colpevole, dalle regole.

Per le ragioni esposte è da ritenere che la particolarità che possa giustificare l'affidamento diretto deve essere diversa e strettamente collegata alla natura della controversia (si pensi, a solo titolo esemplificativo, ad una questione nuova non ancora esaminata dalla giurisprudenza).

Le considerazioni svolte appaiono maggiormente valide relativamente all'affidamento dei servizi legali differenti dalla rappresentanza legale in giudizio come nel caso dei servizi di «*consulenza legale*» di cui al punto 2 della lett. d) ovvero di «*certificazione e autenticazione di documenti*» prestati dai notai di cui al punto 3).

IX. Il conflitto di interessi

Le linee guida descrivono, al punto 3.1.6, eventuali situazioni di conflitto di interesse che possono giustificare la scelta di non affidare l'incarico ad un certo professionista.

Tra queste, in particolare, è fatto riferimento al caso costituito dall' «*avere in corso (...) in proprio (...) in qualità di difensore di altre parti o di socio o associato di uno studio legale che abbia assunto la difesa di altre parti, il patrocinio per cause promosse contro la stazione appaltante, o, ancora, avere in corso incarichi professionali conferiti dal soggetto che è controparte dell'amministrazione nella controversia oggetto di affidamento*».

L'indicazione desta perplessità alla luce della stessa disposizione codicistica, art. 42, individuata quale parametro di riferimento.

Tale norme, infatti, riferisce le ipotesi di conflitto di interesse – da individuare e prevenire ad opera della stazione appaltante -- alla fase di scelta del contraente, laddove, invece, le linee guida identificano ipotesi di conflitto di interesse nella fase di esecuzione dell'incarico conferito, elevandole a ragione di esclusione dell'affidamento.

Tuttavia, eventuali situazioni di conflitto di interessi nell'esecuzione dell'incarico non possono che essere rimesse alle disposizioni dell'ordinamento professionale, nella parte in cui definisce i casi di astensione del professionista o di eventuale rinuncia all'incarico.

Il medesimo discorso sembra dover valere anche per i «*requisiti di moralità*» di cui al punto 3.1.5., che, a parere dell'Autorità, dovrebbero essere valutati dalle amministrazioni.

Ritiene questa Commissione speciale che la verifica di tale requisito deve essere lasciato alla esclusiva competenza dell'ordine professionale: ciò comporta che la preclusione all'affidamento dell'incarico può ammettersi solo in caso di sanzione disciplinare irrogata dall'ordine professionale.

X. Le ulteriori indicazioni fornite da Anac in relazione alle procedure di affidamento dei servizi legali.

Definite le modalità di affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d) del codice, le linee guida si occupano delle modalità di affidamento degli altri servizi legali di cui all'allegato IX.

Di esse si è già detto al paragrafo IV.

Resta ferma, però, la distinzione tra appalti sotto soglia e sopra soglia comunitaria giusta la previsione di cui all'art. 35 del codice, rinviando per i primi alle Linee guida n. 4 riferite alle *“Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”*.

Successivamente è operata la distinzione tra affidamenti dei servizi legali di cui all'allegato IX nei settori ordinari per i quali la procedura è descritta dall'art. 142 del codice e gli affidamenti dei medesimi servizi nei settori speciali per i quali la procedura è indicata all'art. 140.

Infine, l'individuazione del criterio di aggiudicazione in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità – prezzo, anche in relazione ai contratti di valore inferiore ai 40.000 euro (per i quali, in ragione dell'indicazione codicistica, sarebbe consentito anche l'utilizzo del criterio del minor prezzo), deve essere coordinata con le considerazioni precedentemente svolte su tale tipologia di servizio legale.

P.Q.M.

La Commissione speciale rende il parere richiesto nei termini di cui in motivazione.

GLI ESTENSORI

Vincenzo Lopilato, Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE

Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO