Gli incarichi legali delle amministrazioni:
tutte le puntate di una serie che non vuole finire

Più che una questione di inquadramento giuridico sembra ormai una “telenovela”.

Gli incarichi legali conferiti dalle amministrazioni sono appalti? E, se no, che altro sono? A quali regole sono sottoposti?

Una serie che si arricchisce di sempre nuovi episodi, e che evidentemente non vuole finire.

L’assetto base

L’assetto base è stato dato da una sentenza, la 2730/2012 del Consiglio di Stato, che pone una distinzione.

C’è lo specifico incarico di difesa in un giudizio o di assistenza in una vertenza, e quello non è un appalto. È un’altra cosa: un contratto d’opera intellettuale.

E c’è il caso in cui la p.a. acquista un servizio complessivo, fatto di prestazioni legali che coprono un determinato arco temporale. Si ha allora un *quid pluris*: qualcosa di più e di diverso, non nella natura dell’attività richiesta ma nelle sue modalità organizzative. Ed è il *quid pluris* che fa scattare la qualificazione come appalto (e l’applicazione delle sue regole).

I servizi legali come contratti esclusi

Un’indiretta conferma dell’assetto base pare intervenuta con il secondo Codice dei contratti pubblici, il d. lgs. 50 del 2016.

I servizi legali, intesi come le specifiche attività indicate in quel Codice sulla scorta delle Direttive del 2014, sono esclusi dal Codice (1).

Risultano dunque non esclusi gli incarichi legali complessivi, aventi ad oggetto prestazioni – non singolarmente individuate - che si rendano necessarie in un determinato arco di tempo.

Il consolidamento dell'assetto base

La distinzione posta dalla sentenza 2730/2012 cit. è stata nel tempo generalmente condivisa.

E il Consiglio di Stato – in sede consultiva (parere 2017 del 2018) - ha riconfermato quell'assetto. È dalla forma con cui l'attività legale viene chiesta e resa che dipende se si tratti di un incarico professionale o di un appalto di servizi legali.

Se si vuole che sia messa a disposizione dell'amministrazione una struttura legale organizzata imprenditorialmente, allora è un appalto. Ma, al di fuori di questa ipotesi, l'incarico a un legale è un contratto d'opera intellettuale.

¹ Ripetendo l'elenco degli appalti esclusi contenuto nelle Direttive dell'Unione Europea del 2014, l'art. 17 del d. lgs. 50/2016 (intitolato «esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi») prevede:

«1. *Le disposizioni del presente Codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi:*

[...]

d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:

1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato [...]

1.1) in un arbitrato o in una conciliazione [...]

1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche

[...]

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 [...]

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

La stessa elencazione si ritrova ora nell'art. 56 del d.lgs. 36/2023.

Due modelli contrattuali diversi, dunque: e sta all'amministrazione scegliere l'uno o l'altro.

Una complicazione: esclusi ma non estranei

Il Codice dei contratti del 2016 aggiungeva al recepimento delle norme europee una serie di prescrizioni non necessitate (è il "gold plating").

In particolare, stabiliva che i contratti esclusi fossero comunque sottoposti ad alcuni principi: quelli di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (2).

In questo modo si è creata una distinzione tra contratti esclusi dal Codice (ma comunque sottoposti ad alcuni suoi principi) e contratti del tutto estranei al Codice (3).

Gli incarichi legali sono stati così considerati esclusi ma non estranei.

L'entrata in campo dell'ANAC

È a partire da tali principi che l'ANAC ha posto una serie di indicazioni sull'affidamento degli incarichi legali: le linee guida 12/2018.

L'ANAC non ha contestato che l'incarico legale puntuale sia un contratto d'opera intellettuale e non un appalto; ma ha ritenuto di poter comunque esercitare il suo potere normativo per garantire il rispetto dei principi validi per i contratti esclusi.

Ha così assunto che la regola sia la comparazione tra legali (non è chiaro in base a quali criteri); e ha ritenuto possibile l'affidamento diretto "*solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali*".

² Cfr. art. 4. (Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi).

E già in precedenza - nel Codice dei contratti del 2006 - c'era la previsione dell'art. 27 (Principi relativi ai contratti esclusi).

³ Nozione introdotta dall'Ad. Plen. Cons. Stato 16/2011.

Con le linee guida 12/2018 ANAC ha inoltre invitato gli enti a tenere elenchi degli avvocati tra cui scegliere: ogni ente un proprio elenco, aperto e aggiornato, con un onere che grava sia su chi lo tiene sia su chi vi si iscrive (in vista di incarichi solo virtualmente affidabili).

Più facile a dirsi

L'esito è stato quello di creare una situazione di persistente incertezza.

Fare una comparazione tra legali non è mai facile. Con quali criteri farla? L'iter del giudizio è aleatorio, gli aspetti delle prestazioni legali da fornire non sono di solito predeterminabili e gli avvocati non sono fungibili.

Può bastare il dato economico?

L'Europa e gli avvocati

Insomma, la natura dell'attività legale è peculiare; e di ciò sembra esservi piena consapevolezza da parte dell'Unione Europea, anche al di là della mera esclusione degli incarichi legali dalle Direttive.

Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia C 264/2018.

Afferma la Corte che gli incarichi legali sono esclusi dalla normativa "appaltistica" generale – ai sensi dell'art. 10, lettera d), punti I e II) della Direttiva 24/2014 – per una ragione precisa: sono diversi da ogni altro contratto perché le relative prestazioni possono essere rese "*solo nell'ambito di un rapporto intuitu personae tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza*".

All'*intuitus personae* la Corte ricollega la libera scelta del difensore e la fiducia tra cliente e avvocato.

E alla riservatezza ricollega la possibilità per chi deve difendersi di rivolgersi a un avvocato con piena libertà, che potrebbe essere minacciata dal dover precisare le condizioni di attribuzione dell'incarico.

E poi, rileva la Corte, l'attività legale resa a una p.a. può partecipare, “*direttamente o indirettamente, all'esercizio di pubblici poteri*”.

Nuovo Codice, nuovi principi?

Forse il nuovo Codice dei contratti pubblici, il d. lgs. 36 del 31.3.2023, non intendeva neppure assoggettare a principi “appaltistici” i contratti esclusi (di cui continuano a far parte gli incarichi legali: cfr. art. 56).

A leggere la Relazione illustrativa sembra infatti che – nel rapporto tra il secondo e il quinto comma dell'art. 13 – solo per l'affidamento dei contratti a titolo gratuito che offrono opportunità di guadagno si debba tener conto dei principi di cui agli articoli 1 (principio del risultato), 2 (principio della fiducia) e 3 (principio dell'accesso al mercato) del Codice.

Probabilmente è un'interpretazione troppo drastica. Ma, quand'anche agli appalti esclusi si applichino i principi “appaltistici”, ci sono dei cambiamenti.

I principi indicati nel nuovo Codice sono diversi da quelli previsti dall'art. 4 del Codice previgente; e di tali principi non si prevede più il rispetto ma solo che se ne tenga conto nell'affidamento.

Addio alle linee guida 12 dell'ANAC

In ogni caso, le linee guida ANAC 12/2018 non valgono più.

ANAC desumeva i loro contenuti dai principi posti per i contratti esclusi dall'art. 4 del precedente Codice. Ma quella norma – con il richiamo di quei principi – non è più vigente.

Possono invece venire oggi in rilievo i diversi principi posti dai primi tre articoli del nuovo Codice. Ma non è facile prevedere quali nuove linee guida potrebbe ora scrivere ANAC sulla base di principi così generali.

Il Consiglio di Stato cambia idea: sempre appalti

Sembrava una questione circoscritta: può l'ANAC imporre per gli incarichi legali l'acquisizione del CIG e il pagamento del contributo in suo favore?

Per rispondere a questa domanda, la sentenza 2.4.2025 n. 2776 del Consiglio di Stato ha ora smentito l'assetto base, cioè l'inquadramento giuridico della questione fino ad oggi largamente diffuso.

Afferma la sentenza che l'incarico di una pubblica amministrazione a un legale è sempre un appalto pubblico di servizi, sia che si tratti di un incarico occasionale, sia che tratti di servizi legali continuativi svolti in forma organizzata.

Non importa che si rientri negli appalti esclusi: ciò rileva solo ai fini della sottrazione agli obblighi di evidenza pubblica nella fase dell'affidamento.

Sono sempre appalti. Non ci sono che appalti.

Un sistema improntato alla concorrenza

Inoltre – continua la sentenza 2776 cit. – gli incarichi legali sono sottoposti ora a un principio di concorrenza, posto dall'art. 3 del Codice.

È una previsione ben più ampia di quella del Codice previgente, che sottoponeva gli appalti esclusi ai principi dell'art. 4 (tra i quali la concorrenza non è espressamente menzionata).

Ed è una scelta del legislatore interno, quella di volere comunque la concorrenza. Scelta non in contrasto con l'ordinamento comunitario perché l'articolo 10 della Direttiva 24/2014 usa un condizionale: i servizi legali “dovrebbero” essere esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva. Dovrebbero, ma poi ogni Stato può fare quello che vuole.

Il lavoro in più dell'ANAC a causa degli avvocati

E dunque, sempre secondo la sentenza 2776 cit.:

La natura di appalti pubblici degli incarichi legali giustifica l'imposizione del CIG, che risponde ad esigenze di prevenzione di infiltrazioni malavitose.

Il principio concorrenziale richiede che ANAC verifichi caso per caso che non vi siano abusi o eccessi nell'utilizzo degli affidamenti diretti negli incarichi legali.

Ciò comporta un intervento suppletivo di ANAC, che deve trovare adeguate forme di finanziamento anche da parte dei professionisti che entrano in rapporto con la p.a.

Ipse dixit

Le affermazioni della sentenza del Consiglio di Stato 2776/2025 sono espresse con chiarezza e decisione, ma senza una motivazione che dia conto del *revirement* compiuto.

Si assume così senza un adeguato percorso argomentativo una nozione onnicomprensiva di appalto pubblico che non lascia alcuno spazio all'esistenza di fattispecie estranee al Codice e che – senza distinzione tra sopra e sotto soglia – rende irrilevante ogni altra disposizione interna.

E altrettanto priva di motivazione pare l'esclusiva considerazione del principio della concorrenza di cui all'art. 3 del nuovo Codice. Ammesso che si applichino i principi "appaltistici", viene prima quello del risultato, e l'art. 1 del Codice afferma che la concorrenza è ad esso funzionale.

Quando sbaglia il testo della norma

E poi se si parte da un dato testuale sbagliato è difficile arrivare a conclusioni giuste.

Si scrive nella sentenza 2776 cit. che il legislatore comunitario non impone l'esclusione dei servizi legali dalle procedure di evidenza pubblica: "*l'art. 10 della direttiva 2014/2024/UE afferma infatti che tali*

appalti “dovrebbero” essere esclusi da tali meccanismi procedurali” (punto 9.2).

Secondo la sentenza, ciò che conta è il condizionale. “*Dovrebbero*” vuol dire insomma che gli Stati restano liberi di fare quel che vogliono.

E da noi sarebbero stati così introdotti meccanismi concorrenziali senza alcuna violazione dell’art. 10 della direttiva, perché “*il legislatore comunitario si è limitato all’utilizzo del modo condizionale del verbo servile (“Tali servizi legali dovrebbero ... essere esclusi dall’ambito di applicazione della presente direttiva”) con ciò configurando una esclusione di tipo tendenziale”* (punto 12 della sentenza 2776).

Ma l’art. 10 della direttiva non usa alcun condizionale.

Questo il suo testo: “*La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi (...) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali”* (e prosegue enumerando le tipiche prestazioni di difesa in giudizio e di consulenza in questioni controverse).

Un condizionale c’è semmai nel “considerando” 25 della direttiva. Ma non rileva: a parte la diversa portata della previsione, i “considerando” non contengono enunciati di carattere normativo.

L’errore compiuto assumendo che l’art. 10 della direttiva sia al condizionale quando invece non lo è ha dunque un “effetto domino” sui contenuti della sentenza.

L’essenziale

Succede a volte di perdere di vista la sostanza di ciò che si sta esaminando.

La sentenza 2776 non si pone nessun problema sulla natura dell’attività legale, e presume in modo acritico la piena equiparazione tra avvocati e appaltatori.

Come afferma la Corte di Giustizia (nella sentenza C 264/2018 cit.), gli incarichi legali sono “non comparabili” a tutti gli altri contratti pubblici.

Vi sono gli elementi caratteristici dell'attività legale, quali la personalità della prestazione o la necessità dell'elemento della fiducia. E a ciò si aggiunge un ulteriore aspetto: l'attività dell'avvocato di una p.a. risulta in qualche misura connessa all'esercizio dei poteri pubblici.

Tutte cose che vanno oltre la fase dell'affidamento dell'incarico – cui la sentenza 2776 cit. riduce la particolarità dei servizi legali in quanto contratti esclusi - e che connotano l'intero rapporto in tutta la sua durata.

Il gendarme di tutti gli incarichi

Non si trova - nella pronuncia del Consiglio di Stato 2776/2025 cit. – un'effettiva considerazione della natura dell'attività legale. Anzi, sembra mancare la consapevolezza del punto.

Ed è significativa in particolare l'attribuzione ad ANAC di un ruolo di controllo sugli affidamenti della generalità degli incarichi legali ai fini del rispetto della concorrenzialità: un ruolo di “gendarme” di cui probabilmente la stessa ANAC avrebbe volentieri fatto a meno.

Quali indicazioni operative

Le affermazioni generali così nette della sentenza 2776 cit., benché non motivate e basate su presupposti sbagliati, corrispondono peraltro ad indicazioni operative piuttosto evanescenti.

Ci sono nella sentenza dei riferimenti alquanto generici all'interpello – istituto che può essere pericoloso ove gestito in modo inappropriato – e agli elenchi (che peraltro sembrerebbero più una restrizione che un'espansione della concorrenza).

Rimane in realtà indefinito in che modo i principi “appaltistici” possano concretamente incidere sull'affidamento e la gestione degli incarichi.

Contano però certamente le regole generali dell'agire amministrativo. L'amministrazione che acquisisce una prestazione legale deve cioè

rispettare i principi generali dell'articolo 1 della legge 241 (4) e compiere scelte verificabili sotto il profilo della congruità.

Andrà ad esempio acquisito il curriculum del professionista che si intenda incaricare, verificandone l'adeguatezza; andrà accertato che non ci siano né insorgano incompatibilità; andrà acquisito il preventivo, verificata la rispondenza ai parametri, monitorata l'evoluzione del corrispettivo nel corso del rapporto.

Tenendo conto che, quanto all'aspetto economico, ci sono dei limiti precisi: quelli dell'equo compenso, ora disciplinato dalla legge 49/2023 e vincolante per le pubbliche amministrazioni (cfr. art. 2) e per i professionisti (cfr. art. 25 bis Codice deontologico forense).

Alla ricerca dell'ultima puntata

In conclusione, dopo le tante puntate fin qui riassunte, si può solo dire che gli incarichi legali restano un campo delicato e richiedono ad ogni amministrazione scelte equilibrate e attente.

E che sarebbe da porre termine a questo lungo periodo di incertezze, diffomità applicative, complicazioni e timori.

Serve dunque una definizione stabile della questione.

Una definizione che, ad avviso di chi scrive, dovrà riconoscere l'incomparabilità degli incarichi legali agli appalti: è un dato irrinunciabile, sia per le amministrazioni che per gli avvocati.

Una definizione che la giurisprudenza interna non sembra in grado di fornire, e che dovrà quindi essere cercata o in altre istanze (la Corte di Giustizia dell'Unione Europea) o in sede legislativa.

⁴ Art. 1, legge 241/1990: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario."

Stefano Bigolaro

Padova, 22 aprile 2025 per www.italiaus.it