

L'affidamento dei servizi legali secondo l'ANAC

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo

a cura di Alessandro Massari

Emanato le **Linee guida n. 12** sull'affidamento dei servizi legali. Le questioni più dibattute dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice riguardano, da un lato, la distinzione tra appalti di servizi legali e incarichi difensivi occasionali, dall'altro, le modalità per gli affidamenti "diretti" di tale ultima tipologia di incarichi. Il Consiglio dell'Autorità, con delibera **n. 907 del 24 ottobre 2018**, ha emanato le Linee guida n. 12 sull'affidamento dei servizi legali. Si tratta di linee guida non vincolanti ma ricalcate in buona parte sulle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato nel parere della Commissione speciale n. 2017 del 3 agosto 2018.

Le Linee Guida ANAC

Le linee guida si presentano utili sia per le indicazioni operative fornite, specie per l'affidamento di dei singoli incarichi difensivi, sia per profili "sistematici" nell'individuazione dell'ambito oggettivo della categoria dell'appalto pubblico, sia infine per i chiarimenti forniti e validi trasversalmente per tutti i contratti esclusi dal Codice ma ricadenti nel fuoco applicativo dei "principi generali" di cui all'**art. 4 del Codice**.

Le questioni più dibattute dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice riguardano, da un lato, la distinzione tra appalti di servizi legali e incarichi difensivi occasionali; dall'altro, le modalità per gli affidamenti "diretti" di tale ultima tipologia di incarichi.

Come si dà conto nella **Relazione AIR**, nel previgente quadro normativo, la giurisprudenza amministrativa e contabile aveva affermato la distinzione tra il conferimento del singolo incarico di patrocinio legale e l'attività di assistenza e consulenza giuridica. Il primo caso era sottratto alla disciplina del Codice (De Lise), in quanto qualificato come "contratto d'opera intellettuale", in ragione del fatto che il prestatore d'opera, pur avendo l'obbligo di compiere, dietro corrispettivo, un servizio a favore del committente, senza vincolo di subordinazione e con assunzione del relativo rischio, esegue detto servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza una necessaria organizzazione. Il secondo caso, invece, era qualificato come appalto di servizi, in quanto l'attività di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera (autonomia rispetto al committente), si differenzia da quest'ultimo poiché la prestazione è eseguita con organizzazione di mezzi e personale che fanno ritenere sussistente, assieme al

requisito della gestione a proprio rischio, la qualità di imprenditore commerciale caratterizzata da una specifica organizzazione. Conseguentemente, si riteneva che la scelta fiduciaria del patrocinatore legale fosse esclusivamente soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730), mentre l'attività di assistenza e consulenza giuridica dovesse essere affidata nel rispetto del Codice dei contratti pubblici.

Esclusione contratti di appalto e concessione di servizi

Su tale impostazione hanno inciso sia le nuove direttive comunitarie del 2014, sia il nuovo Codice di cui al d.lgs. 50/2016, il quale all'**art. 17, comma 1, lett. d)** - rubricato «Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi» - elenca alcune tipologie di servizi legali che esclude dall'ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni codicistiche. Al successivo art. 140, invece, sono assoggettati a un particolare regime pubblicitario i servizi di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici, nei quali rientrano anche i «Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)». Il citato Allegato IX individua l'ambito di applicazione non solo delle disposizioni di cui al richiamato art. 140, ma anche di quelle contenute negli artt. 142, 143 e 144 che, dettando un regime alleggerito, complessivamente integrano la Parte II, Titolo VI, Capo II del Codice dei contratti pubblici, rubricato «Appalti di servizi sociali e altri servizi nei settori ordinari».

Il dato letterale di tali disposizioni lascia intendere, quindi, che oltre ai servizi legali esclusi dall'ambito applicativo del Codice dei contratti pubblici - puntualmente elencati all'**art. 17, comma 1, lett. d)** - vi sono altre tipologie di servizi legali, che devono essere ricondotte nella categoria di cui all'Allegato IX e che devono ritenersi soggette alla disciplina codicistica, pur con alcune differenziazioni in tema di pubblicità.

Le nuove disposizioni hanno suscitato dubbi interpretativi che gli operatori del settore hanno segnalato all'Autorità, chiedendo l'emanazione di chiarimenti.

Al fine di individuare le tipologie di servizi legali rientranti nell'elenco di cui all'art. 17 e quelle rientranti nella categoria di cui all'Allegato IX, nonché le modalità di affidamento di tali servizi, l'Autorità ha tenuto conto della ricostruzione della disciplina effettuata dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017/2018. Nel predetto parere il Consiglio di Stato:

ripropone, in chiave dirimente della disciplina applicabile, la distinzione fra incarico conferito ad hoc, per un fabbisogno specifico e puntuale dell'amministrazione, come tale rientrante nella fattispecie del contratto d'opera (artt. 2222 e ss. codice civile), e gestione continuativa o periodica del servizio, con organizzazione di mezzi e assunzione autonoma del rischio, fattispecie del tutto omologa all'appalto di servizi;

inquadra l'affidamento della singola prestazione professionale nell'ambito dell'art. 17 del Codice (**contratti esclusi dall'ambito di applicazione**), mentre l'affidamento seriale viene fatto ricadere nello spettro applicativo dell'Allegato IX, senza che rilevi, almeno per gli incarichi di patrocinio legale, alcuna

distinzione di natura prestazionale.

A ben vedere, nella sistematica delle direttive comunitarie, anche le prestazioni conferite ad hoc a prestatori di servizi che si presentano come operatori economici nella veste di “persone fisiche”, quindi senza una tipica organizzazione imprenditoriale, sono sussunte nell’ambito degli appalti di servizi (si veda per tutte la disciplina dei servizi di ingegneria ed architettura). L’equivoco terminologico nasce, come noto, dalla diversa valenza semantica del termine “appalto” nel diritto civile interno e nel diritto comunitario. Se è vero che anche le forniture sono inquadrare nella categoria eurounitaria dell’appalto pubblico, pur declinandosi in contratti di compravendita, leasing, noleggio, ecc., anche il contratto d’opera intellettuale ex art. 2222 c.c. dovrebbe inquadarsi nella logica dell’appalto di servizi comunitario, nonostante, sul piano civilistico, non dia luogo ad un tipico appalto di servizi ai sensi dell’art. 1665 ss. c.c. La quesitone, che meriterebbe ben altro approfondimento, assume anche rilievi prettamente operativi quali l’obbligo (o meno) di acquisizione del CIG anche per i singoli incarichi difensivi.

Come si illustra nella Relazione AIR, in adesione all’orientamento palesato dal Supremo Consesso, l’Autorità:

ha individuato la disciplina applicabile (art. 17, allegato IX) in funzione della natura contrattuale e non prestazionale dell’incarico (incarico episodico/incarico continuativo), fermo restando che i servizi non ricompresi nell’art. 17 (es. consulenza non correlata ad una lite esistente) rientrano giocoforza nell’ambito applicativo dell’allegato IX;

ha chiarito che, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 4 e 17 del Codice, gli incarichi costituenti contratto d’opera intellettuale devono essere affidati tramite procedimenti comparativi idonei al rispetto dei principi sanciti dall’art. 4 (economicità, trasparenza, economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità); ha chiarito altresì che, per gli affidamenti relativi ad incarichi costituenti appalti di servizi, menzionati nell’allegato IX e soggetti alla disciplina di cui agli artt. 140 e seguenti del Codice, necessita l’esperienza di rituali procedure di gara ad evidenza pubblica, sia pure con la semplificazione relativa alle soglie (v. art. 35) ed alla pubblicità;

ha rappresentato la necessità che, a prescindere dalla procedura selettiva utilizzata, nella scelta del professionista cui affidare i servizi legali si tenga in debita considerazione la primaria esigenza di assicurare la selezione di soggetti idonei e qualificati all’incarico, privilegiando l’utilizzo di criteri che valorizzino la competenza del professionista prescelto rispetto all’elemento del prezzo.

Di particolare interesse sono le indicazioni per gli affidamenti degli incarichi difensivi occasionali, per i quali sono emerse le maggiori criticità applicative nella prassi operativa delle p.a.

Volume consigliato

Elenchi di professionisti

Come indicato al par. 3.1.3 delle linee guida, rientra nelle migliori pratiche per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17 del Codice dei contratti pubblici la costituzione di elenchi di professionisti, eventualmente suddivisi per settore di competenza, previamente costituiti dall'amministrazione mediante una procedura trasparente e aperta, pubblicati sul proprio sito istituzionale. È necessario che l'amministrazione pubblichi sul proprio sito istituzionale un avviso, finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse per essere inseriti nell'elenco, nel quale sono indicati i requisiti richiesti per l'iscrizione, le eventuali categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco. Sarebbe auspicabile, osserva l'ANAC, che la **comunicazione della pubblicazione dell'avviso** fosse trasmessa anche al Consiglio dell'Ordine del Tribunale nel cui circondario ha sede l'amministrazione, al fine di rafforzare la pubblicità della notizia. L'iscrizione dei soggetti interessati, provvisti dei requisiti richiesti e analizzati sulla base dei curricula o da sintetiche schede riepilogative della carriera professionale, deve essere consentita senza limitazioni né temporali, né quantitative.

La selezione dall'elenco degli operatori qualificati tra cui svolgere la valutazione comparativa avviene sulla base di criteri non discriminatori, che tengano conto: a) dell'esperienza e della competenza tecnica, da intendersi come competenza nella materia oggetto del contenzioso ovvero, anche, della questione rilevante per la sua soluzione; b) della pregressa proficua collaborazione con la stessa stazione appaltante in relazione alla medesima questione; c) del costo del servizio, nel caso in cui, per l'affidamento di uno specifico incarico, sia possibile riscontrare una sostanziale equivalenza tra diversi profili professionali. Ruolo essenziale è dato dalla motivazione della scelta del professionista inserito nell'elenco, esplicitando con chiarezza le ragioni sottese.

Come ha rilevato il Consiglio di Stato nel **parere n. 2017/2018**, il principio di rotazione non può essere applicato con la stessa modalità degli altri servizi. Tuttavia, la stazione appaltante garantisce "l'equa ripartizione degli incarichi", onde evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcuni professionisti, ferma restando la necessità che il profilo selezionato sia adeguato all'oggetto e alla competenza professionale richiesta per lo svolgimento dell'incarico da affidare. Solo per gli affidamenti di incarichi di minore rilevanza, ad esempio perché seriali o di importo contenuto, è possibile applicare il criterio della rotazione. In ogni caso, la stazione indica in modo chiaro nell'avviso pubblico per la costituzione degli elenchi i criteri di selezione, il relativo procedimento e gli eventuali limiti al numero di incarichi conferibili.

L'affidamento diretto a un professionista determinato è possibile, secondo l'ANAC, nel rispetto dei principi recati dall'articolo 4 del Codice, solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre.

Nei casi di consequenzialità tra incarichi (come in occasione dei **diversi gradi di giudizio**) o di complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento, che siano stati positivamente conclusi, l'affidamento diretto al medesimo professionista può rispondere ai principi di efficienza ed efficacia e, quindi, al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico; in osservanza dei principi di trasparenza e pubblicità, tale opzione è indicata nel bando o nell'avviso relativo all'affidamento del primo incarico, con richiesta di formulazione dell'offerta anche per

la prestazione opzionale. L'affidamento diretto può ritenersi inoltre conforme ai principi di cui all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici in caso di assoluta particolarità della controversia ovvero della consulenza, ad esempio per la novità del thema decidendum o comunque della questione trattata, tale da giustificare l'affidamento al soggetto individuato dalla stazione appaltante.

Se è vero che **Linee guida n. 12 dell'ANAC** non hanno natura di linee guida vincolanti, esse dovranno essere comunque tenute in alta considerazione dalle p.a., specie nella prospettiva di prevenzione della responsabilità amministrativa davanti alla Corte dei conti. È ampiamente noto, invero, l'orientamento rigoroso recentemente espresso dal giudice contabile sugli affidamenti diretti di incarichi difensivi, restringendo (se non sopprimendo) qualsiasi spazio di "fiduciarità" fondata su un mero intuito personale.
(continua a leggere...)

<https://www.diritto.it/laffidamento-dei-servizi-legali-secondo-lanac/>