

SCHEDA TECNICA

Osservazioni sulla Bozza di Linee guida ANAC per l'affidamento dei servizi legali

Questa scheda è elaborata al fine di fornire elementi di risposta all'Autorità nazionale anticorruzione sulla base delle richieste di approfondimento istruttorio avanzate dal Consiglio di Stato con parere interlocutorio n. 2109/2017. In particolare, si è ritenuto opportuno effettuare un inquadramento generale della disciplina che si sta introducendo alla luce dei principi dell'Unione applicabili e una disamina relativa al divieto di *gold plating*.

Premessa

La bozza di Linee guida in oggetto disciplina le modalità per l'affidamento dei servizi legali ai sensi dell'art. 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 (che conferisce all'ANAC il compito di adottare atti di attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici). Il contesto normativo di riferimento è, quindi, riconducibile alla disciplina contenuta nelle direttive 2014/24 e 2014/25 (di seguito "direttive"), recepite in Italia con il decreto legislativo n. 50 del 2016 recante il nuovo Codice dei Contratti pubblici (di seguito "Codice").

Questo documento sembra integrare e attuare il quadro delineato nel Codice, che riprende, conformemente alle direttive, la distinzione tra i servizi legali caratterizzati da un più spiccato *intuitu personae* e, per questo, sottratti all'applicazione del Codice, e gli altri servizi legali (a differenza dei primi non espressamente elencati), per i quali le direttive prevedono solo determinati obblighi di pubblicità semplificata a carico delle stazioni appaltanti, rinviando, per il resto, agli Stati membri l'introduzione di norme a livello nazionale finalizzate a garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici. Per questa seconda tipologia di servizi si parla comunemente di "regime *light*".

Alcuni servizi legali sono, quindi, in ragione della natura fiduciaria che li caratterizza, esclusi dall'applicazione delle direttive e, di conseguenza, del Codice. I servizi legali esclusi dall'applicazione del Codice sono specificamente elencati all'art. 10 della dir. 2014/24 e all'art. 21 della dir. 2014/25 (elenco riportato fedelmente all'art. 17, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016). Mentre, per altri servizi, elencati all'Allegato IX del Codice, è prevista l'applicazione delle regole di evidenza pubblica secondo un regime speciale.

Analogamente, anche le Linee guida distinguono tra i servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lettera d) e i servizi legali di cui all'allegato IX del Codice, fornendo in primo luogo chiarimenti utili ai fini dell'esatta individuazione delle diverse tipologie di servizi.

Compatibilità delle Linee guida con il diritto dell'Unione europea

Le Linee guida presentano un impianto che appare in linea con le finalità perseguite dalle direttive, volte, come noto, ad assicurare, in generale, la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel rispetto dei principi di efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Le medesime finalità devono essere assicurate anche nell'affidamento dei servizi in questione, sia riguardo ai servizi legali esclusi sia per i servizi legali "light". Le Linee guida elaborate dall'Autorità vanno appunto in questa direzione, di apertura alla concorrenza e, al tempo stesso, di tutela della professionalità. Servizi legali esclusi

1. Servizi legali esclusi

Quanto ai servizi legali esclusi, vengono fornite indicazioni alle stazioni appaltanti - nel rispetto dell'ampia libertà ad esse riconosciuta - che appaiono diretta e concreta declinazione dei principi generali del Trattato, comunque applicabili a tutti i contratti pubblici, come affermato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia ed espressamente ribadito nelle premesse delle direttive (Cons. n. 1 e n. 3, rispettivamente, della direttiva 2014/24 e della direttiva 2014/25, nonché nell'art. 4 del Codice).

2. Servizi legali in regime "light"

Quanto ai servizi *light*, la bozza di Linee guida, ferma restando la disciplina semplificata in materia di pubblicità, ne riconducono le modalità di affidamento alle norme del Codice, distinguendo tra contratti sopra soglia e contatti sotto soglia, ma tenendo a mente, altresì, la peculiarità dei servizi disciplinati e l'esigenza di assicurare, in tale ambito, la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento, soprattutto dei giovani professionisti, ad esempio laddove si prevede la possibilità di richiedere idonea documentazione alternativa al fatturato globale per la dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria.

Anche per tali servizi la scelta operata con le Linee guida è parimenti in linea con le direttive, di cui attuano sostanzialmente il disposto che - come detto - rinvia gli Stati membri l'introduzione di norme finalizzate al rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento degli operatori economici nell'aggiudicazione di tali appalti di servizi.

In termini generali, l'Autorità sembra giustificare correttamente la scelta operata in quanto maggiormente rispondente alla nozione europea (più ampia di quella rinvenibile nel codice civile nazionale) di "appalto di servizio legale", alla quale è riconducibile ogni attività professionale legale prestata in favore delle pubbliche amministrazioni (senza alcuna distinzione tra incarico singolo ed occasionale, eseguito dal professionista con lavoro prevalentemente proprio, ed incarico di assistenza e consulenza giuridica eseguita con organizzazione di mezzi e personale). Inoltre, l'Autorità, nello schema di Analisi di impatto della regolazione, chiarisce che i principi elencati all'articolo 4 del Codice coincidono con quelli generali dell'azione amministrativa (l'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 stabilisce, infatti, che l'attività amministrativa è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario, nei quali è possibile comprendere i principi di parità di trattamento, proporzionalità e tutela dell'ambiente ed efficienza generica) e rappresentano, peraltro, declinazione delle indicazioni contenute nella Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02 della Commissione europea.

Divieto di gold plating

Il Consiglio di Stato richiede, inoltre, un approfondimento specifico sul rispetto del divieto di *goldplating*, come stabilito dall'articolo 1 della legge di delega 28/1/2016, n. 11 che, vale la pena di precisare, rinvia alla disciplina di cui all'articolo 14 della Legge n. 246/2005. Occorre, pertanto, verificare se dal combinato disposto del Codice e delle Linee guida non vengano introdotti livelli di regolazione superiori rispetto a quanto stabilito nei requisiti minimi delle direttive. In particolare, il Consiglio di Stato si sofferma sul carattere particolarmente stringente e dettagliato della regolazione nazionale che si sta per introdurre.

Ciò premesso, appare opportuno, anche in questo caso, distinguere tra i servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del codice e i cosiddetti servizi "light".

Nel primo caso, non si ravvisa, nelle Linee guida, l'introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, poiché le Linee guida forniscono indicazioni alle stazioni appaltanti, spesso a titolo meramente esemplificativo, per supportarle nello svolgimento delle procedure di affidamento di tali servizi, nell'ottica di assicurare il doveroso rispetto dei principi del Trattato di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità, trasparenza. Principi, questi, come noto applicabili a tutte le procedure di affidamento degli appalti pubblici, come espressamente stabilito all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, oltretutto in attuazione di quanto prevedono le stesse direttive: *“l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza.”* (dir. 2014/24/UE, Cons. n. 1).

Per i servizi assoggettati al regime *“light”*, si ritiene che siano del pari pienamente rispettate e attuate, nelle Linee guida, le disposizioni delle direttive concernenti i servizi in oggetto, le quali disciplinano espressamente solo gli aspetti relativi alla pubblicità, prevedendo modalità semplificate per l'adempimento dei relativi obblighi da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. La mancata previsione, nelle direttive, di ulteriori disposizioni di dettaglio non deve, tuttavia, intendersi come assenza di regolazione. Il legislatore unionale ha, invece, inteso rimettere alle scelte discrezionali dei singoli Stati membri l'introduzione di previsioni specifiche che tengano conto della peculiarità dei servizi in questione, lasciando così agli Stati maggiore flessibilità e autonomia nella regolamentazione delle procedure di aggiudicazione.