

28.11



1/1/1. 44 (col 4)

Roma, 5 FEB. 2018

Ministero della Giustizia
UFFICIO LEGISLATIVO
26 FEB. 2018
IL CAPO DI CABINETTO
Elisabetta Cesqui

Al Capo di Gabinetto
Sede

Oggetto: Presidente Autorità Nazionale Anticorruzione. Documento contenente "Linee guida per l'affidamento dei servizi legali". Prot. m_dg.GAB.27/10/2017.0043103U.

1. Il documento denominato "Linee guida per l'affidamento dei servizi legali", elaborato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, intende fornire alle Pubbliche Amministrazioni e agli enti soggetti al Codice dei contratti pubblici linee guida in una materia di estrema rilevanza sia per tali soggetti, sia per la classe forense. In tale materia, la prassi amministrativa e la giurisprudenza, maturate sulla base del previgente Codice dei contratti pubblici, non si sono dimostrate esenti da incertezze applicative.

Il predetto documento è stato trasmesso al Ministro della Giustizia a séguito del parere interlocutorio, concernente le linee guida in oggetto, del C.S., Commissione speciale, n. 2109 del 2017, nel quale si legge che "all'atto di intervenire per la prima volta nella materia, appare necessario acquisire sulle indicazioni fornite dalle linee guida il parere 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. Rilevante, infine, appare anche l'apporto del Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri" (corsivo non testuale).

In generale, appare condivisibile l'obiettivo di elaborare criteri idonei a uniformare la prassi, sia nell'interesse delle Amministrazioni all'acquisizione, ove risulti necessario rivolgersi al libero foro, di servizi legali qualificati e adeguati sotto i diversi profili rilevanti; sia nell'interesse dell'Avvocatura, interessata, in un quadro di trasparenza delle procedure di incarico, ad evitare improprie rendite di posizione, ferma restando la non eliminabile rilevanza del carattere fiduciario dell'incarico, tradizionalmente basato sull'intuitus personae.

2. Appare opportuno premettere alcune considerazioni preliminari sullo strumento che l'ANAC si appresta ad adottare, ritenendo necessaria l'elaborazione di un atto di regolazione ai sensi dell'art. 213 c. 2 del Codice dei contratti pubblici, finalizzato a fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per l'esatta individuazione delle tipologie di servizi legali rientranti nell'elenco di cui all'art. 17 e di quelle rientranti nella categoria di cui all'Allegato IX, nonché per le modalità di affidamento a terzi di

tali servizi”, sul presupposto della avvenuta segnalazione di dubbi interpretativi da parte di diversi operatori del settore dopo l’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, che ha innovato la disciplina della materia, nonché per la riscontrata disomogeneità dei procedimenti amministrativi applicati per l’affidamento dei suddetti servizi.

Il D.lgs. n. 50 del 2016 ha previsto infatti per la propria attuazione una pluralità di atti, di natura eterogenea, tra i quali, per quello che qui interessa, le linee guida approvate dall’ANAC, così differenziandosi dal sistema precedente (nel codice del 2006, il legislatore aveva optato per un modello unitario di attuazione delle regole da esso poste, mediante l’adozione di un’unica fonte regolamentare avente forma e sostanza di regolamento governativo, poi emanato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

Il Consiglio di Stato (nel parere reso nella Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016, che richiama anche il parere 1° aprile 2016, n. 855, reso sul nuovo Codice), ha tracciato la distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti, rilevando che “le linee guida vincolanti adottate dall’ANAC ... non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti”, nella attuazione di un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario, per le parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi. In tal caso, i rilievi che possono essere svolti riguardano “essenzialmente il rispetto, da parte delle prescrizioni dell’Autorità, del parametro legislativo, ovvero l’occupazione di spazi di regolazione non autorizzati dalla fonte primaria. Alla verifica della “legalità” si può affiancare quella sulla “ragionevolezza”, da svolgere in attuazione dei principi generali che regolano l’azione amministrativa”.

Il Consiglio di Stato ha poi rilevato che “le linee guida non vincolanti sono anch’esse atti amministrativi generali, con consequenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo. Esse perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti... il d.lgs. n. 50 del 2016 si è limitato ad autorizzare, con previsione generale, l’esercizio di tale potere dell’Autorità, al fine di garantire «la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche» (art. 213).

Le linee guida in oggetto, emesse ai sensi del c. 2 dell’art. 213, avendo una funzione eminentemente interpretativa e volta a promuovere una tendenziale uniformità delle procedure di affidamento degli incarichi legali, possono essere ascritte a tale seconda categoria.

3. Per quanto riguarda il contenuto delle linee guida, la normativa primaria di riferimento è ora costituita, oltre che dalla legge n. 247 del 2012, recante la nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense, dal decreto legislativo n. 50 del 2016, *Codice dei contratti pubblici*, ed in particolare dagli articoli 4 e 17, comma 1, lettera d), unitamente all’Allegato IX del medesimo decreto.

A norma del citato articolo 17, c. 1, lett. d), “Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi:

- a) [...];
- b) [...];
- c) [concernenti i servizi d’arbitrato e di conciliazione];

d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:

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:

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;

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; [...]"

La riportata disciplina deve essere letta anche alla luce dell'articolo 4 del Codice, contenente principi applicabili all'affidamento di contratti pubblici esclusi, a norma del quale "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*" (corsivo non testuale).

Per contro, i servizi individuati in via residuale dall'Allegato IX del decreto legislativo n. 50 del 2016 – "Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. d)" – sono soggetti all'applicazione del Codice dei contratti, seppure limitatamente alle disposizioni richiamate dall'articolo 140, che configurano una procedura semplificata di affidamento.

Precisamente, ai sensi dell'articolo 140, comma 1, del Codice, concernente le norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali, "Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144, salvo quanto disposto nel presente articolo".

I servizi individuati in via residuale dall'Allegato IX rilevanti ai presenti fini riguardano per lo più attività di consulenza non preordinate o connesse ai procedimenti giurisdizionali o arbitrari di cui all'art. 17, c. 1, lett. d) e non ricomprese nella riserva di attività professionale di cui all'articolo 2, comma 5, della legge n. 247 del 2012 ("Sono attività esclusive dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali"), né riconducibili all'ipotesi di cui al medesimo articolo 2, comma 6, primo periodo ("Fuori dei casi in cui ricorrono competenze espressamente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate, l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa

all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati").

Le attività professionali riservate agli avvocati dalle riportate disposizioni della legge professionale rientrano nella categoria dei servizi esclusi ex articolo 17, comma 1, lettera d) del Codice dei contratti pubblici.

4. Al di là della difficoltà di distinguere tra le due categorie di servizi – esclusi e parzialmente assoggettati alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici – occorre fin d'ora osservare che il profilo di maggiore delicatezza riguarda l'interpretazione del richiamato articolo 4, nella parte in cui si applica ai servizi di cui all'articolo 17, c. 1, lett. d).

La circostanza che il nuovo Codice dei contratti pubblici introduca nella citata disciplina un'articolata individuazione dei servizi legali ai quali non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016 dovrebbe indurre a contenere la formalizzazione delle procedure di affidamento nei limiti di quanto richiesto dal menzionato articolo 4 del Codice.

In questa prospettiva, pur potendosi ritenere nel complesso ragionevoli e opportuni i criteri e i requisiti procedurali contenuti nelle linee guida trasmesse dall'ANAC, questo Ufficio ritiene condivisibili le osservazioni contenute nel parere interlocutorio del Consiglio di Stato, relative alle peculiarità della professione forense e al divieto di *gold plating*.

Sul primo aspetto, nel parere richiamato si osserva, da un lato, che “appare apprezzabile, in particolare, lo sforzo, evidente nelle linee guida trasmesse, di tracciare un *modus operandi* uniforme che garantisca la verificabilità delle scelte operate e, in ragione di ciò, possa indurre al più efficiente impiego del denaro pubblico da parte degli amministratori e ad una maggiore tutela della concorrenza tra i professionisti” e che “la selezione del contraente deve essere necessariamente orientata all'individuazione del professionista più adatto allo svolgimento della prestazione richiesta, secondo criteri che tengano conto della difficoltà dell'incarico e delle competenze necessarie ad espletarlo”; dall'altro, si rileva che, “tuttavia, per espressa indicazione del codice dei contratti pubblici, i servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d) sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni del codice, anche in ragione di una rilevante – anche se non esclusiva – componente fiduciaria delle scelte, che pure deve essere tenuta in considerazione”.

Sul secondo aspetto, mette conto riportare anche l'ulteriore passaggio del parere del Consiglio di Stato, dove si chiarisce che, “peraltro, andrebbe anche verificata la compatibilità di una regolazione particolarmente stringente e dettagliata con il divieto di *gold plating* (art. 1 l. 28 gennaio 2016 n. 11, di delega per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014)”.

Rileva infatti al riguardo il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246” (art. 1, c. 1, lett. a della legge n. 11 del 2016).

5. Il nuovo quadro normativo, rispetto al precedente Codice dei contratti pubblici adottato con d. lgs. n. 163 del 2006, ha introdotto, in attuazione delle direttive

2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, un regime caratterizzato da minor rigore per quanto riguarda l'assoggettamento dei servizi legali alle regole dell'evidenza pubblica.

In particolare, come il Consiglio di Stato ha osservato nel parere sopra citato, i servizi legali elencati all'articolo 17, c. 1, lett. d) sono esplicitamente esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, mentre il richiamato articolo 4 del d. lgs. n. 50 del 2016 disciplina i principi applicabili all'affidamento dei servizi esclusi in termini meno stringenti rispetto all'articolo 27 del d. lgs. n. 163 del 2006, nel quale si prevedeva che l'affidamento doveva essere preceduto da un invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

Può essere utile ricordare che, vigente il precedente quadro legislativo, il C.S., Sez. V, con la sentenza n. 2730 del 2012 aveva avuto occasione di rilevare, tra l'altro, quanto segue: "il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, presidiato dalle specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'articolo 27 del codice dei contratti pubblici, ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'*iter* del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici. [...] Si deve aggiungere che, come osservato da attenta dottrina, l'attività del professionista nella difesa e nella rappresentanza dell'ente è prestazione d'opera professionale che non può essere qualificata in modo avulso dal contesto in cui si colloca, *id est* l'ambito dell'amministrazione della giustizia, settore statale distinto e speciale rispetto ai campi dell'attività amministrativa regolati del codice dei contratti pubblici. Resta inteso che l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare".

6. Alla luce di quanto sopra osservato, nel riconoscere la ragionevolezza complessiva delle indicazioni proposte nella bozza di linee guida quali criteri tendenziali per l'affidamento dei servizi legali, si segnala la necessità che il contenuto delle linee guida tenga conto delle menzionate peculiarità della professione forense e, anche in conformità all'articolo 213, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, sia compatibile con "il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice".

Si ritiene pertanto necessario adeguare l'articolato tenendo conto della funzione delle linee guida non vincolanti di cui si tratta, le quali, come si è ricordato, perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti, anche al fine di promuovere lo sviluppo delle migliori pratiche.

Nella materia *de qua*, tale scopo va perseguito tenendo conto della circostanza che l'art. 17, comma 1, lett. d) del codice dei contratti pubblici esclude dal suo ambito di applicazione i servizi legali ivi elencati, ciò che dovrebbe indurre l'Autorità a optare

per una formulazione meno analitica delle linee guida, evitando di delineare una procedura competitiva di eccessivo dettaglio.

Il Capo dell'Ufficio legislativo
Giuseppe Santalucia

