



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Il Consiglio Nazionale Forense, riunito nella seduta amministrativa del 15 dicembre 2017

- visto il Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (di seguito "Codice dei contratti pubblici"), e in particolare gli articoli 17, comma 1, lett. d), 140 e 213, comma 2;
- visto lo schema di "*Linee guida per l'affidamento dei servizi legali*" (di seguito "Linee guida"), elaborate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito anche "Autorità" ovvero "ANAC") ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e inviate al Consiglio di Stato al fine di ricevere il relativo parere prima dell'adozione definitiva;
- visto il parere 6 ottobre 2017, n. 2109 dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, che suggerisce all'Autorità Nazionale Anticorruzione di coinvolgere, tra gli altri soggetti, il Consiglio Nazionale Forense, quale ente pubblico di rappresentanza istituzionale dell'avvocatura italiana;
- vista la nota ANAC del 20 ottobre 2017, con la quale lo schema di Linee guida veniva inviato a questo Consiglio, unitamente ad una bozza di relazione AIR, al fine di acquisire il relativo parere, in considerazione della natura fiduciaria, anche se non esclusiva, dei servizi legali e del divieto di *gold plating*;
- acquisito il parere *pro-veritate* del Prof. Avv. Fabio Cintioli, richiesto da questo Consiglio sullo schema di Linee guida;
- sentito il relatore, il Presidente Avv. Andrea Mascherin;

approva

il seguente parere

sullo schema di *“Linee guida per l’affidamento dei servizi legali”* dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, trasmesse a questo Consiglio il 20 ottobre 2017, in relazione all’art. 17, comma 1, lett. d), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

1. La disciplina vigente.

Il Consiglio Nazionale forense, prima di esprimere il parere richiesto dall’ANAC sullo schema di Linee guida per l’affidamento dei servizi legali, tenendo conto delle argomentazioni risultanti dal documento di consultazione del 2017 e trasmesso alla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato per esprimere il parere previsto dalla legge, reputa opportuno ricordare che la disciplina vigente è dettata, a livello nazionale, dal d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (c.d. nuovo codice dei contratti pubblici) e, per la precisione:

(i) dall’articolo 17, comma 1, lett d), che menziona alcune specifiche ipotesi;

(ii) dal comb. disposto dell’allegato IX al codice e degli artt. 140 e ss., che include i *“servizi legali nella misura in cui non siano esclusi a norma dell’art. 17, comma 1, lett. d)”* (e quindi, possiamo dire, i servizi “diversi” da quelli disciplinati dall’art. 17 medesimo).

L’art. 17, comma 1, esclude che il codice sia applicabile ad alcune fattispecie e, tra di esse, appunto la lettera d) contiene il seguente elenco:

“d) ... 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;

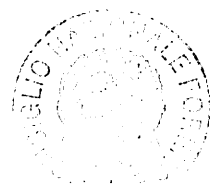
2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 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;”.

In considerazione di quel che si dirà e dell’interpretazione proposta dall’ANAC, è utile ricordare sin da adesso anche il contenuto dell’art. 4 del codice, intitolato ai *“Principi relativi all’affidamento di contratti pubblici esclusi”*, secondo il 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".

Il comb. disposto dell'allegato IX e degli articoli 140 e ss., riferendosi appunto ai *"servizi legali nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)"*, detta per questi servizi un regime procedimentale di evidenza pubblica semplificato finalizzato all'affidamento del servizio.

Queste disposizioni costituiscono il recepimento di altrettante disposizioni del pacchetto di direttive comunitarie del 2014 e, in particolare, della direttiva 2014/24/UE dedicata agli appalti affidati nei settori ordinari e della direttiva 2014/25/UE dedicata ai c.d. settori speciali.

Il quadro tracciato dalle direttive del 2014 è più puntuale di quello che era presente nelle direttive precedenti.

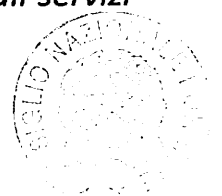
Mentre infatti in queste ultime i c.d. servizi legali erano considerati solo negli allegati recanti l'elenco dei servizi per i quali era previsto un regime semplificato per il procedimento di c.d. evidenza pubblica (cfr. All. II-B), il che come vedremo aveva generato alcuni dubbi interpretativi su quanto fosse effettivamente vasta tale ultima categoria, nel 2014 il legislatore europeo ha avuto cura di introdurre una netta divisione.

Da un lato, si collocano alcuni servizi (diremmo, ancor meglio, prestazioni) che per alcune loro caratteristiche questa volta sono del tutto esclusi dal campo di applicazione della direttiva; dall'altro, si continuano a ricordare gli "altri" servizi legali, per i cui affidamenti, se riferibili ad una specifica soglia quantitativa meritevole di attenzione, è invece ribadita l'obbligatorietà di un procedimento amministrativo di selezione dell'affidatario, pur se con delle regole notevolmente semplificate.

Insomma, è proprio nel 2014 e per la prima volta che le direttive chiariscono che vi sono alcuni servizi legali che sono del tutto estranei alla disciplina sulla c.d. evidenza pubblica comunitaria. Tali servizi esclusi dagli obblighi procedurali sono previsti dall'art. 10 della direttiva 2014/24/UE e dall'art. 21 della direttiva 2014/25/UE e corrispondono alle categorie riprese in diritto interno nell'art. 17, comma 1, lett. d), del d. lgs. n. 50 del 2016.

E' ancora interessante ricordare sin da adesso le motivazioni di questa scelta, che si rinvergono in alcuni considerando della direttiva 2014/24/UE.

In particolare, si ritiene opportuno riportare per intero il considerando 25, secondo il quale: *"Taluni servizi legali sono forniti da prestatori di servizi designati da un organo giurisdizionale di uno Stato membro, comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari da parte di avvocati, devono essere prestati da notai o sono connessi all'esercizio di pubblici poteri. Tali servizi legali sono di solito prestati da organismi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti, come può succedere ad esempio per la designazione dei pubblici ministeri in taluni Stati membri. Tali servizi*



legali dovrebbero pertanto essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva".

2. Descrizione in sintesi della posizione assunta dallo schema di Linee guida dell'ANAC.

E' adesso necessario prendere in considerazione e richiamare – per il momento in sintesi – il contenuto dello schema di Linee guida dell'ANAC su *"L'affidamento di servizi legali"*.

Esse concludono ritenendo che dalla disciplina testé richiamata si debba trarre una regola innovativa per l'ordinamento e che, nella sostanza, sembra eliminare la distinzione tra una categoria di incarichi sottoposti alla disciplina procedimentale di gara ed una esente. Si finisce infatti per imporre alle amministrazioni che intendano affidare ad avvocati gli incarichi previsti dall'art. 17, comma 1, lett. d) cit., e dunque anche quelli di natura giudiziale e pre-giudiziale, un vero e proprio procedimento comparativo di gara. Anche gli incarichi dichiarati esenti dall'applicazione del codice, infatti, secondo ANAC, *"non possano essere affidati come se si trattasse di un incarico intuitu personae, in cui è sufficiente dimostrare il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, dovendo invece seguire alcune regole minime, espresse dai principi generali individuati dal richiamato art. 4"*.

Al di là se l'attributo di *"minime"* sia o meno congruo rispetto alle previsioni subito dopo espresse dall'ANAC, il punto cruciale è proprio in questo passaggio dello schema di Linee guida, perché qui si segna la distanza tra due scenari profondamente diversi: una situazione in cui la p.a., nel conferire un incarico ad un avvocato, debba osservare solo i principi generali dell'azione amministrativa, potendo effettuare comunque una scelta diretta e fiduciaria dell'avvocato medesimo; ed una situazione nella quale invece debba essere avviato un vero e proprio procedimento di gara, imperniato sul principio di *par condicio* dei partecipanti, nel quale si prevede la pubblicazione di un bando/avviso ad offrire, una verifica dei requisiti di partecipazione previsti dall'articolo 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, ed un giudizio di terzietà portato a compimento dalla stazione appaltante mediante la valutazione comparativa delle offerte.

Soprattutto, si noti che l'adozione di quest'ultimo modello, secondo l'ANAC, non sarebbe il frutto eventuale di una libera scelta che, in singole vicende, l'amministrazione ritenga in ogni caso di fare, bensì un vero e proprio obbligo presidiato da norme di diritto pubblico.

Si devono sottolineare adesso quali sono gli argomenti che l'ANAC ha utilizzato per giungere a questo risultato ed i passaggi principali.

Può dirsi che i passaggi cruciali siano due:

(i) col primo, l'ANAC fa derivare dal diritto europeo il superamento della situazione che sia era determinata nel diritto vivente e nella prassi, in considerazione del fatto che sarebbe ormai definitivamente *"superata"* la distinzione tra il contratto d'opera professionale e l'appalto, con l'attrazione di tutte le prestazioni rese dall'avvocato in questo secondo ambito;

(ii) col secondo, l'ANAC sottolinea la necessità di leggere l'art. 17 in combinato disposto con l'art. 4 del d. lgs. n. 50 del 2016, il quale ultimo ammonisce sul fatto che anche i contratti esclusi dal codice restano comunque sottoposti ad alcuni principi generali, dalla cui applicazione, in via derivata, discenderebbe l'assoggettamento ad una serie di regole che formano, nella sostanza, un classico procedimento di gara per la selezione del contraente della p.a.

3. Il primo passaggio dell'ANAC: la distinzione tra contratto d'opera ed appalto applicata nel diritto vigente è superata dal diritto europeo e dalle direttive del 2014.

Si formulano adesso alcune brevi considerazioni su tale primo passaggio.

L'ANAC muove dalla distinzione tra contratto d'opera intellettuale, basato su lavoro prevalentemente proprio e senza una necessaria organizzazione, e l'appalto di servizi, e ricorda che fino all'entrata in vigore del nuovo codice il sistema si era assestato sulla regola per cui *"la scelta fiduciaria del patrocinatore legale fosse esclusivamente soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione"*, mentre l'avvio di un vero e proprio procedimento comparativo sarebbe stato necessario in relazione a quegli incarichi che avessero come presupposto l'affidamento ad una struttura organizzativa complessa con una riduzione dell'elemento di personalità nella instaurazione del rapporto e nell'esecuzione della prestazione. L'ANAC cita in proposito sia una determinazione della medesima Autorità, n. 4 del 2011, sia una pronuncia, fondamentale sul tema per unicità ed ampiezza della motivazione, del Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730.

Il superamento di tale distinzione (e della sua rilevanza nel disciplinare le regole degli affidamenti), osserva in modo netto l'ANAC, sarebbe da ascrivere proprio al diritto europeo, al quale il codice del 2016 si sarebbe solo uniformato. Per il diritto europeo *"la nozione comunitaria di appalto è molto lata e ben più ampia della nozione italiana, come desunta dal codice civile"*; il legislatore europeo non opera *"alcuna distinzione tra incarico singolo e occasionale, eseguito dal professionista con lavoro prevalentemente proprio (senza una necessaria organizzazione) e incarico di assistenza e consulenza giuridica eseguita con organizzazione di mezzi e personale"*.

E' da sottolineare l'enfasi che l'ANAC pone sul dato relativo alla organizzazione, mentre sembra posto un pò in secondo piano il rilievo ulteriore dell'elemento fiduciario e dell'*intuitus personae*, che pure è tradizionale requisito qualificante di questi rapporti. Soprattutto, non è preso in considerazione il rilievo che possa avere per interpretare queste norme la particolare natura del contratto di patrocinio e il suo accostamento alla figura del mandato, né tantomeno il ruolo assolto dal rilascio della procura all'avvocato che espleti non solo la *assistenza* ma anche la *rappresentanza* in giudizio del patrocinato.

Come si vedrà più avanti, questa mancata considerazione, in verità, è da sottolineare, perché questi elementi sono proprio quelli che danno corpo a quella

che è la figura centrale tra le eccezioni all'applicazione del codice previste nell'art. 10 della direttiva 2014/24 e nell'art. 17, comma 1, lett. d) cit..

4. Il diritto vivente sino al 2016: la sentenza del Consiglio di Stato n. 2730 del 2012.

E' opportuno, prima di procedere oltre, inserire una parentesi, al fine di individuare quale fosse il diritto vivente – ritenuto “superato” dall'ANAC – alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 50 del 2016.

In questo paragrafo si menzioneranno quindi i principi enunciati dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2730 del 2012.

Nel prossimo paragrafo si ricorderà quale sia la natura giuridica del contratto che riguarda i servizi legali, nonché il campo di esercizio di esso ed i diritti e valori che vi sono connessi, al fine di segnarne le distanze tra esso e l'appalto e persino tra di esso e il comune contratto d'opera professionale.

Il Consiglio di Stato nel 2012, in verità, non si è limitato ad esemplificare una contrapposizione tra contratto d'opera caratterizzato da (tendenziale) assenza di organizzazione, da un lato, ed appalto caratterizzato invece da stabile organizzazione dall'altro lato, come sembrerebbe ritenere l'ANAC, ma è andato decisamente oltre.

Soprattutto, nella motivazione emerge con chiarezza che quel che ha indotto il Consiglio di Stato a individuare un ambito di prestazioni estraneo ai c.d. procedimenti ad evidenza pubblica è il fatto che, quando l'avvocato è chiamato ad assumere il patrocinio in giudizio ed assumere la rappresentanza della p.a., esegue una prestazione che è intrinsecamente diversa da quella che viene solitamente affidata mediante una gara e coincidente o assimilabile all'appalto. Sicché non si tratta solo di distinguere tra prestazioni rese con organizzazione e prestazioni rese senza organizzazione, ma tra prestazioni di durata rese mediante una struttura organizzativa complessa e di tipo prevalentemente (se non esclusivamente) consulenziale e prestazioni personali coincidenti con quelle (o assimilabili a quelle) che si basano invece sulla difesa in giudizio sulla base di un contratto di patrocinio e il conferimento di un mandato. In altre parole, la lettura della sentenza sembra piuttosto tracciare una distinzione tra incarichi di difesa in giudizio e connessi e incarichi di consulenza stabili e tendenzialmente e/o parzialmente impersonali.

Quando individua l'ambito sottoposto all'evidenza pubblica, il Consiglio di Stato pone, non a caso, l'accento proprio sulla consulenza: *“La Sezione, in adesione ai rilievi svolti dall'appellante, reputa che l'assimilazione sostenuta dal Tribunale non tenga nel debito conto la differenza ontologica che, ai fini della qualificazione giuridica delle fattispecie e delle ricadute ad essa conseguenti in materia di soggezione alla disciplina recata dal codice dei contratti pubblici, connota l'espletamento del singolo incarico di patrocinio legale, occasionato da puntuali esigenze di difesa dell'ente locale, rispetto all'attività di assistenza e consulenza giuridica [sottolineato mio], caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della*

durata. Tali elementi di differenziazione consentono, infatti, di concludere che, diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso [sottolineato mio], inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisca appalto di servizi legali ma integri un contatto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica". Ed ancora, si chiarisce che, quand'anche una difesa giudiziale vi sia inserita, essa potrebbe essere rimasta subvalente rispetto alla consulenza continuativa per un certo periodo di tempo: *"L'affidamento di servizi legali è ... configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce".*

Proprio la specialità della prestazione di patrocinio in giudizio rende, secondo il Consiglio di Stato, incompatibile tale incarico con una selezione dell'avvocato mediante un procedimento comparativo, quand'anche semplificato ai sensi del previgente art. 27 del d. lgs. n. 163 del 2006 e ciò *"alla luce dell'aleatorietà dell'iter del giudizio, della non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazione e della 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"*.

Infine, a conferma della circostanza che secondo il Consiglio di Stato ciò che andava tenuto al di fuori dell'evidenza pubblica era anzitutto (anche se non solo) la difesa giudiziale svolta dagli avvocati, viene sottolineato che è proprio il campo di espletamento di questo compito (i.e. l'amministrazione della giustizia) che è del tutto incompatibile con quelle prestazioni prescelte dalle p.a. mediante l'evidenza pubblica: *"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 [sottolineato mio], settore statale distinto e speciale rispetto ai campi dell'attività amministrativa regolati del codice dei contratti pubblici"*.

E' evidente che questa impostazione, secondo il Consiglio di Stato, in nulla avrebbe scalfito la portata dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.) e di quelli che ne costituiscono il precipitato in sede applicativa (cfr. ad es. l'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i.): *"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"*.

Dunque, si può sostenere che il diritto vivente sino all'entrata del nuovo codice del 2016 tendeva ad escludere dal campo dell'evidenza pubblica

principalmente gli incarichi implicanti il conferimento di un mandato difensivo in giudizio e quelli ad essi strettamente connessi e non si limitava a distinguere tra "organizzazione e non organizzazione". Questo spunto sembra rilevante per quel che si dirà più avanti.

5. Segue: la natura giuridica del contratto di patrocinio e il suo campo di attuazione: l'amministrazione della giustizia.

Il rapporto tra avvocato e cliente che sia incentrato nella rappresentanza procuratoria è definito contratto di patrocinio ed esso presenta, nell'ambito della categoria generale del contratto d'opera professionale (artt. 2229-2238 cod. civ.), alcune significative specialità.

Secondo un certa visione tradizionale, ripresa talvolta (ed anche di recente) nella giurisprudenza, quando l'avvocato esercita la difesa in giudizio il contratto di patrocinio si sostanzia in un contratto di mandato (Cfr. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, 1957, 186; in giurisprudenza, nel senso che il negozio unilaterale di procura alla lite si accompagna ad un rapporto bilaterale di mandato, cfr. Cass. Civ., III, 8 giugno 2017, n. 14276).

Già secondo questa visuale può cogliersi il fatto che l'avvocato che assume il patrocinio in giudizio è un prestatore d'opera del tutto particolare, chiamato ad espletare un potere di rappresentanza ampio, esclusivo e disciplinato *ad hoc* dalla legge processuale.

Altra opinione ha ritenuto che la specialità del patrocinio sia tale da non poter essere neppure risolta con l'equiparazione al contratto di mandato. Tale specialità – si noti – consiste in una maggiore responsabilizzazione del mandatario, in un accrescimento dei suoi poteri e dunque in una accentuazione dell'*intuitus personae*: così, mentre nel mandato gli effetti dell'attività del rappresentante si producono nella sfera giuridica del rappresentato, in quanto si individua tale attività come espressione della volontà del rappresentato stesso, che potrebbe personalmente porla in essere, gli effetti dell'atto compiuto dall'avvocato derivano invece "*dalla legge*", che ne devolve il compimento unicamente al rappresentante tecnico, sottraendoli espressamente alla parte. Conseguentemente, si sono ritenute inapplicabili alcune norme proprie del mandato, come ad esempio l'art. 1711 cod. civ., secondo il quale gli atti che esorbitano dal mandato restano a carico del mandatario, se il mandante non li ratifica. (cfr. G. PEZZANO, *Patrocinio*, ad vocem, *Enc. dir.*, XXXII, 1982).

Il difensore in giudizio è chiamato ad esercitare il c.d. *jus postulandi*, che consiste in una "*capacità di schietto diritto processuale, ed è in relazione col carattere tecnico-giuridico dell'attività che si svolge nel processo*"; sicché egli ha per questo lo speciale compito di compiere tutti gli atti processuali, eccezion fatta solo per quelli che implicano la disposizione del diritto in contesa ed è da tutto ciò che "*si evince che il difensore, più che un rappresentante della parte, è una figura tutta particolare del diritto processuale, che non trova riscontro nelle ordinarie categorie*

del diritto privato" (questi virgolettati sono di S. SATTA, *Diritto processuale civile*, IX ed., Padova, 1981, 105 e 106).

Lo stesso modo di conferimento del potere di rappresentanza in giudizio è diverso da quello che vale nel diritto privato comune e questo proprio perché esso si collega alla particolare *"autonomia"* di tale rappresentanza che si rivolge al processo, dato che il difensore è costituito mandatario *"di fronte al giudice e all'avversario"*, con una serie di poteri che sono regolati e che derivano direttamente dalla legge processuale (così G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 606).

E' da sottolineare che l'esigenza di una difesa di natura tecnica ed esclusiva è oltretutto un diretto risvolto del diritto costituzionale di difesa ex art. 24 Cost. (C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, VII ed., Torino, 1989, I, 261) e che il potere esclusivo di agire per il mandante è un tratto che appunto incrementa poteri e responsabilità dell'avvocato, il quale è, proprio per questo, indipendente e autonomo nell'espletamento del suo compito.

Non è certo casuale che la legge recante la disciplina del nuovo ordinamento della professione forense abbia voluto esplicitamente garantire *"l'indipendenza e l'autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti"* (art. 1, comma 2, lett. b), legge 31 dicembre 2012, n. 247), ribadendo altresì che l'avvocato è un libero professionista che opera *"in libertà, autonomia e indipendenza"* (art. 2, comma 1, l. n. 247 del 2012). Il legislatore statale, del resto, nel fissare tali regole non ha fatto altro che ricollegarsi ad altrettanti principi generali affermati dalla Corte costituzionale a più riprese: ad esempio, quello secondo cui che *"gli avvocati ... si trovano in una posizione che ha aspetti di peculiarità che oggettivamente la differenziano da quella di tutti gli altri prestatori d'opera intellettuale"* (Corte cost. sent. n. 137 del 1975).

Inoltre, è sufficiente la lettura dell'art. 1, comma 2, della citata legge n. 247 del 2012 – senza dover perciò riprendere le numerose sentenze della Corte costituzionale in argomento succedutesi negli anni – per ricordare che ovviamente *"la specificità della funzione difensiva"* deve essere apprezzata alla luce della *"primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta"*.

Nulla di nuovo, in verità, perché nessuno metterebbe in dubbio che *"tanto la consulenza quanto il patrocinio hanno una importanza di primo piano per il buon fine dell'ordinamento giuridico, ossia per il raggiungimento della civiltà"* (F. CARNELUTTI, *Avvocato e procuratore (premessa)*, *Enc. dir.*, ad. vocem, IV, 1959).

Detto questo, ai fini del presente parere – che si snoda nel confronto tra la disciplina di diritto europeo e quella nazionale e tenendo conto del modo in cui le eccezioni previste dall'uno sono state recepite dall'altro – è molto importante sempre sottolineare la particolare dimensione processuale dell'attività dell'avvocato.

Il che significa, come già detto dal Consiglio di Stato, che l'avvocato chiamato alla rappresentanza del suo assistito opera in quel campo che consiste nella *amministrazione della giustizia* e che rimane profondamente distinto da quello che

invece è interessato dall'esecuzione di un appalto. L'avvocato che assume la rappresentanza in giudizio dà vita, insieme al giudice, al processo, concorre alla tutela dei diritti, contribuisce ineliminabilmente a dar vita allo Stato di diritto. Questo non può non distinguerlo da un appaltatore, in Italia così come negli altri Stati membri dell'Unione Europea, e, in verità, ne specifica le funzioni anche nell'ambito del contratto d'opera professionale.

Riassumendo:

(i) nei casi di difesa in giudizio il contratto di patrocinio non è un comune contratto d'opera professionale, perché contiene uno specialissimo potere di rappresentanza che ne enfatizza il profilo fiduciario, in uno con quello che concerne i poteri esclusivi di svolgimento dell'attività processuale, nonché i doveri e la responsabilità del difensore;

(ii) l'attività del difensore munito del patrocinio si svolge in un contesto del tutto diverso sia da quello che riguarda sia il contratto di appalto sia, in verità, da quello che riguarda il contratto d'opera professionale di per sé, ed essa, attuando valori primari dell'ordinamento, garantisce la protezione di diritti costituzionali fondamentali.

Una volta chiusa questa parentesi volta a descrivere il diritto vivente all'ingresso del nuovo codice dei contratti pubblici, si può andare avanti e tornare allo schema di Linee guida dell'ANAC.

6. Il secondo passaggio dell'ANAC: il combinato disposto degli artt. 17, comma 1 e 4 del d. lgs. n. 50 del 2016 e gli obblighi procedurali per i servizi legali "esclusi".

Occorre passare all'esame del secondo passaggio centrale dell'ANAC, che riguarda la "saldatura" tra l'art. 17, comma 1, lett. d) e l'art. 4 e la derivazione, a cascata, di una serie di regole puntuali.

Questo è forse un passaggio ancor più significativo del primo nel ragionamento dell'ANAC, perché, a parte l'impostazione che essa trae dal diritto europeo e il modo in cui l'ANAC stessa lo ha letto e interpretato, è proprio qui che si svilupperebbe la regola stabilita dal diritto nazionale.

Il problema che si tratta a proposito dell'art. 17, comma 1, lett. d), infatti, resta essenzialmente di diritto nazionale, posto che le direttive sono chiare nell'escludere dal loro ambito una certa tipologia di prestazioni; e ciò, non lo si dimentichi, non già per una questione quantitativa (come negli appalti sottosoglia) né per il solo fatto che sono, questi, contratti diversi dagli appalti (ad esempio, contratti attivi, concessioni, etc.), ma perché, pur se assimilabili agli appalti, sono incompatibili per loro natura col metodo di selezione proprio dell'evidenza pubblica: *"non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti"* dice il considerando 25 cit. Ma su questo si tornerà tra breve nella parte ricostruttiva.

Il passaggio è dunque decisivo, perché osserva l'ANAC che, sebbene i servizi legali menzionati nell'art. 17, comma 1, lett. d), siano esclusi dal codice dei contratti pubblici, essendo comunque degli appalti, resterebbero nondimeno regolati dall'art.

4 e dunque sottoposti ai *“Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi”*: *“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”*.

E il senso della sottoposizione a tali principi, assume l'ANAC, non potrebbe esser ridotto all'applicazione dei soli principi generali dell'attività amministrativa in un quadro che lasciasse integra la centralità della scelta fiduciaria e diretta dell'avvocato, ma richiederebbe un pacchetto di regole ben più restrittive.

L'ANAC si sofferma infatti subito dopo sui singoli principi menzionati dall'art. 4 e da ciascuno di essi trae una regola che, unita a tutte le altre – anche per il tipo di linguaggio e di concetti utilizzato –, disegna nell'insieme un vero e proprio procedimento ad evidenza pubblica.

Dal principio di economicità si desume un vincolo alla *“valutazione comparativa di due o più preventivi”*.

Dal principio di imparzialità si trae la regola che postula una valutazione equa e imparziale dei *“concorrenti”* e quella per cui l'appalto sia *“aggiudicato”* in conformità a *“regole procedurali fissate all'inizio”*.

Il principio di parità di trattamento è occasione per stabilire che *“è necessario che tutti gli offerenti abbiano accesso allo stesso volume di informazioni in modo da escludere vantaggi ingiustificati per uno specifico offerente, che siano adeguati i termini per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta, in modo da consentire a tutti di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare un'offerta in maniera consapevole”*.

Dal principio di trasparenza deriva l'esigenza di garantire *“un adeguato livello di conoscibilità delle procedure di gara”*.

Dalla proporzionalità l'imposizione a *“formulare requisiti di partecipazione proporzionati”*.

Il principio di pubblicità dà lo spunto per ricordare la necessità di inserire *“un avviso pubblico sul sito istituzionale della stazione appaltante”*.

Inoltre, il trattamento degli elenchi dei legali accreditati presuppone delle scelte effettuate secondo un criterio di *“rotazione”*, col suggerimento ulteriore, in caso di urgenza, di effettuare una *“estrazione a sorte”* come plausibile alternativa ad una scelta diretta e motivata.

Infine, si ritiene doveroso accertare i *“requisiti di partecipazione”* degli offerenti e si individua proprio nell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, recante la disciplina – non scevra da complessità – prevista per gli appalti ordinari, la disposizione che può costituire il parametro di riferimento della discrezionalità della stazione appaltante.

Secondo questa interpretazione, in definitiva, i procedimenti amministrativi di gara sarebbero imposti non soltanto per i casi previsti dall'allegato IX, il quale pure rinvia al regime semplificato degli artt. 140 e ss. del d. lgs. n. 50 del 2016, bensì

anche i servizi legali esclusi dal codice all'art. 17, comma 1, lett. d), e quindi: gli incarichi di patrocinio in giudizio; la consulenza "pregiudiziale" comunque collegabile ad un giudizio futuro e/o al rischio/prospettiva di instaurazione di un giudizio futuro; gli incarichi connessi all'esercizio di pubblici poteri.

7. Il diritto dell'UE a proposito dell'affidamento dei servizi legali nelle direttive 2014.

Si passa adesso alla parte ricostruttiva del parere e, per prima cosa, si ritiene opportuno tornare sul primo dei due passaggi cruciali delle Linee guida: quello con cui si attribuisce al diritto europeo e, segnatamente, alle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE il superamento della distinzione stabilizzatasi nel diritto interno nel recente passato tra contratto d'opera professionale e appalto e le relative ricadute.

Considerato che tale, pur se sintetica, osservazione dell'ANAC dovrebbe servire a corroborare la parte conclusiva delle Linee guida, è importante osservare sin da adesso che questo primo passaggio non sembra condivisibile e anzi appare lontano sia dal tenore sia dallo spirito delle direttive del 2014.

Non sembra infatti esatto l'assunto secondo il quale proprio quegli incarichi che il Consiglio di Stato nel 2012 riportava, come si è visto, nell'ambito della facoltà di scelta fiduciaria e personale debbano oggi, e per volontà del diritto europeo, essere assoggettati a un regime più formale e imperniato addirittura su altrettanti procedimenti di gara.

Infatti, il diritto europeo ha isolato proprio gli incarichi di assistenza in giudizio, quelli di assistenza comunque collegata o collegabile a un giudizio e quelli connessi all'esercizio di pubblici poteri, allo scopo di escluderli completamente dall'applicazione della disciplina sugli appalti e, segnatamente, dai procedimenti di evidenza pubblica (artt. 10 della direttiva 2014/24/UE e 21 della direttiva 2014/25/UE cit.).

Si ricordano le tre categorie che interessano ai fini del presente parere:

(i) L'assistenza giudiziale è quella imperniata sul contratto di patrocinio e sul mandato con rappresentanza a spendere in giudizio il nome dell'amministrazione (*supra* par. 5).

(ii) L'assistenza ad essa collegata si specchia nella medesima specialità e personalità della prestazione forense ed è ad essa accomunata per la sua strumentalità.

(iii) Il caso degli *"altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri"* è quello che richiede una precisazione interpretativa. Sembra che esso possa ragionevolmente esser riferito soprattutto a casi come quelli in cui la p.a. abbia chiesto all'avvocato un parere, se del caso *pro-veritate*, per avere indicazioni sul come orientare l'esercizio delle sue funzioni ed attività, essendo qui forse ancor più esaltato l'aspetto della personalità e dell'*intuitus personae*: perché conta la credibilità ed autorevolezza di chi lo rilascia, l'idea di come affrontare un certo tipo di problema, la delicatezza di utilizzarne i consigli per le scelte che guideranno l'attività amministrativa. Si tratta, in definitiva, esattamente di quelle

attività che nell'esperienza italiana si sono ricondotte sinora alla nozione di contratto d'opera intellettuale basato sul tratto fiduciario e per il cui conferimento, in coerenza con tale qualificazione, è sempre stata ritenuta legittima una scelta personale e diretta dell'avvocato.

8. Segue. Le direttive del 2014 sono più "liberali" delle precedenti a proposito dei servizi legali. Le direttive del 2014 si saldano col "diritto vivente" italiano.

Ebbene, questo assetto voluto nel 2014 dal legislatore comunitario, per un verso, (i) segna una novità rispetto al passato in senso più "liberale" e meno restrittivo, e, per altro verso, (ii) si spiega con delle evidenti ragioni che si saldano con la prassi seguita nel diritto italiano sino ad oggi.

Esso segna una novità, perché in passato la disciplina di diritto europeo si era limitata a menzionare i servizi legali tra gli appalti sottoposti ad un regime di evidenza pubblica semplificato, senza aggiungere radicali esclusioni per altre tipologie di servizi legali, il che avrebbe potuto far sorgere allora (e non oggi) dei dubbi. E proprio tali dubbi, del resto, sono stati superati, dato che la giurisprudenza nazionale e la prassi hanno ritenuto, come si è visto, che, in ogni caso, i rapporti professionali imperniati sull'*intuitus personae* e, tra essi, soprattutto quelli legati alla rappresentanza in giudizio, dovessero essere considerati "altra cosa" rispetto a tali servizi legali menzionati nella vecchia direttiva del 2004 e quindi svincolati dagli obblighi dei procedimenti di gara e unicamente attratti nell'ambito dell'osservanza dei principi generali di ogni azione amministrativa.

Ma, se tali dubbi potevano essere tuttalpiù coltivati vigenti le vecchie direttive, davvero non è chiaro perché essi debbano essere addirittura accresciuti al cospetto di quelle nuove.

Nel dettare la nuova disciplina, evidentemente, il legislatore europeo ha voluto chiarire proprio quella stessa esigenza che alla prassi era sempre stata manifesta, ossia il fatto che alcuni rapporti tra amministrazione ed avvocato sono ineliminabilmente contrassegnati dall'*intuitus personae* e dal tratto fiduciario, sicché sono necessariamente aperti alla scelta diretta e non possono essere irrigiditi nell'insieme di regole che, anche nella versione più alleggerita che si voglia immaginare, formano il corpo dei c.d. procedimenti ad evidenza pubblica. E, a ben vedere, l'UE lo ha detto espressamente nel considerando 25 cit.: "*Taluni servizi legali sono forniti da prestatori di servizi designati da un organo giurisdizionale di uno Stato membro, comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari da parte di avvocati, devono essere prestati da notai o sono connessi all'esercizio di pubblici poteri. Tali servizi legali sono di solito prestati da organismi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti, come può succedere ad esempio per la designazione dei pubblici ministeri in taluni Stati membri. Tali servizi*

legali dovrebbero pertanto essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva".

Detto questo, è agevole intendere anche quali siano le ragioni che hanno indotto a questo passo le direttive. Ed esse appunto si saldano con la prassi seguita in Italia.

Ciò che si è voluto escludere dai procedimenti di gara obbligatori sono grosso modo i medesimi "servizi legali" che il diritto vivente in Italia aveva già esentato dall'evidenza pubblica stessa.

Infatti, il diritto europeo non ha per nulla inteso "superare" la distinzione che nell'esperienza italiana – che si ritiene oltretutto comune agli altri Stati membri – aveva distinto tra facoltà di scelta fiduciaria e diretta per gli incarichi di difesa e rappresentanza in giudizio, da un lato, e l'obbligo di un procedimento di gara per gli altri incarichi, dall'altro lato. Anzi, se si guardano le categorie che le direttive hanno voluto escludere dal campo dell'evidenza pubblica (difesa in giudizio, assistenza collegata a tale difesa e assistenza connessa direttamente all'esercizio di poteri pubblici), emerge una sintonia evidente con gli orientamenti già fatti propri dal Consiglio di Stato nel 2012 e che si sono prima richiamati.

La rappresentanza in giudizio, il rapporto di mandato, la potenziale proiezione processuale di una certa attività legale sono ciò che fa di una prestazione qualcosa di infungibile, di personale e strettamente fiduciario, di non predeterminabile, di non confrontabile sulla base di giudizi comparativi né tantomeno di formule matematiche.

Dunque, la lettura delle direttive e la fedele trasposizione fatta nell'art. 17 più volte citato del d. lgs. n. 50 del 2016 induce a non condividere l'affermazione delle Linee guida dell'ANAC, secondo cui il diritto europeo avrebbe reso oggi non più "*attuale*" la distinzione di diritto interno tra contratto d'opera e appalto e le relative ricadute sul regime di scelta dell'avvocato.

Anzi, sembra proprio che la conclusione debba essere opposta: le direttive hanno, pur se con parole lievemente diverse, voluto confermare questa distinzione e il contenuto sostanziale della disciplina connessavi.

9. Segue. La nozione comunitaria di appalto nelle direttive del 2014 non giustifica il superamento del diritto vivente.

Benché tali ultime affermazioni siano di per sé dirimenti, vi è un secondo punto di questo primo passaggio cruciale delle Linee guida che merita ancora attenzione: quello con cui si sottolinea che il diritto europeo non conosce la nozione di contratto d'opera come distinto dall'appalto, che "*la nozione comunitaria di appalto è molto lata*" e che questo dovrebbe indurre a vieppiù dare per "*superato*" il regime previgente, basato sulla facoltà di affidamento fiduciario e diretto di alcuni servizi legali fondati sull'*intuitus personae*.

In verità, non è chiaro il perché l'ampiezza della nozione di appalto in diritto europeo debba indurre a ritenere superato quel regime, il quale (oltretutto) solo in

modo contingente si basava sull'autonomia giuridica della fattispecie del contratto di lavoro autonomo. Valgano almeno tre considerazioni.

La prima.

Non è certo la prima volta che il diritto europeo utilizza nozioni che non collimano perfettamente con quelle di diritto interno, ma questo non significa affatto che il diritto europeo abbia perciò inteso eliminare quella parte di disciplina sostanziale che a quel dato istituto si collegava. Basti qualche rapido esempio.

L'ordinamento comunitario non conosce la categoria dell'interesse legittimo e la sua distinzione dal diritto soggettivo e definisce diritti soggettivi comunitari anche le fattispecie che noi chiamiamo interesse legittimo. Ma questo non segna di certo il "superamento" dell'interesse legittimo, della sua sostanza e di quel che è la disciplina di diritto nazionale che vi si ricollega. Per alcuni aspetti il diritto europeo ha sicuramente contribuito ad arricchirne la disciplina (si pensi alla vicenda del risarcimento del danno all'interesse legittimo), ma per il resto la nostra esperienza giuridica sull'interesse legittimo è perfettamente in linea con la tutela comunitaria dei "diritti soggettivi" verso i poteri della p.a.

Del pari, il diritto comunitario ha sempre definito appalti di forniture dei contratti che in diritto interno sono classificati come somministrazione (artt. 1559 e ss. cod. civ.). Questo però non ha di certo provocato il "superamento" per via nominalistica della disciplina sostanziale del contratto tipo di somministrazione del codice civile, ma solo il necessario rispetto di una serie di regole di diritto europeo per contratti di somministrazione che, nella sostanza, erano anche appalti di forniture.

Il punto è questo: il diritto europeo si muove per obiettivi sostanziali e non per classificazioni formali. Quindi, il fatto che qui le direttive parlino di appalto e non di contratto d'opera a proposito dei servizi legali è un dato neutro sino a che non sia in gioco una certa disciplina sostanziale (e, appunto, un obiettivo) che al legislatore europeo stia a cuore e che sia imposta allo Stato membro. Nel nostro caso, però, si è già visto che la disciplina sostanziale di diritto europeo non aderisce al ragionamento dello schema di Linee guida e va esattamente nello stesso segno di quelle conseguenze che fino ad oggi la giurisprudenza ha tratto dalla circostanza che il rapporto tra p.a. ed avvocato sia, in una serie di casi, attratto nel tipo del contratto d'opera anziché dell'appalto. Sicché il fatto nominalistico resta irrilevante.

La seconda.

Non è chiaro come e perché proprio le direttive del 2014, con l'utilizzare l'espressione di appalto in senso ampio, avrebbero inteso superare la predetta distinzione dal contratto d'opera. Infatti, la latitudine della nozione di appalto è rimasta identica a quella adoperata nel 2004 e nei pacchetti antecedenti di direttive. Sicché, se mai un superamento si fosse voluto segnare, esso sarebbe stato anche anteriore. Ma non è così e non è stato così nel diritto vivente, per l'appunto, dato

che sia il Consiglio di Stato sia la stessa ANAC avevano invece ritenuto di valorizzare la specialità di alcuni servizi legali strettamente fiduciari.

La terza.

In terzo luogo, è anche riduttivo contrassegnare il tratto fiduciario e personale del rapporto con l'avvocato, nei casi esentati dall'evidenza pubblica dal diritto europeo, richiamando soltanto sinteticamente il contratto d'opera professionale. Come detto dal Consiglio di Stato nel 2012, come risulta da tradizione plurisecolare, come è detto nella stessa direttiva 2014/24 (art. 10 e considerando 25) e come si è ricordato nel precedente par. 5, il tratto qualificante è il potere di rappresentanza in giudizio ed è il relativo rapporto di patrocinio ad esaltare ancor di più la personalità della prestazione. E' necessaria una sottolineatura: il diritto europeo qui ha cura, egli stesso, di utilizzare un *nomen* diverso ed aggiuntivo rispetto a quello di "appalto", perché menziona esplicitamente il potere di "rappresentanza" in giudizio e sulla base di ciò esclude il modello procedimentale della gara.

Il che contraddice quanto affermato *in parte qua* dall'ANAC: lungi dal voler esaurire nella nozione di "appalto" la rilevanza della fattispecie, lo stesso legislatore europeo ne ha sottolineato la specialità, richiamando la ulteriore funzione di rappresentanza in giudizio basata su un particolare rapporto contrattuale e gli altri casi di accentuata fiduciarità e personalità dell'assistenza legale.

10. L'art. 4 del nuovo codice e le sue origini: l'art. 27 del precedente codice e la sua interpretazione, anche a proposito dei servizi legali.

Quel che si è scritto nei due paragrafi precedenti induce a ritenere che il diritto europeo non dia sostegno alle conclusioni cui giungono le Linee guida a proposito degli incarichi di cui all'art. 17, comma 1, lett. d). Piuttosto, esso depone in senso contrario e su tale ultimo profilo si dovrà tornare ancora tra breve.

Si deve passare adesso ad esaminare il secondo passaggio centrale delle Linee guida.

Esso tocca più direttamente l'interpretazione del diritto interno ed è basato sulla predetta "saldatura" interpretativa tra l'art. 17, comma 1, lett. d) e l'art. 4 del d. lgs. n. 50 del 2016.

L'art. 17, comma 1, lett. d), di per sé, reca solo la volontà di escludere dall'applicazione del codice gli affidamenti dei servizi legali nei casi in cui è più marcato il carattere fiduciario dell'attività svolta dall'avvocato (e che si sono più volte menzionati prima: difesa e rappresentanza in giudizio, attività a questa ultima connesse, assistenza connessa all'esercizio di pubblici poteri).

E' pertanto solo il collegamento con l'art. 4 che, secondo l'ANAC, conduce a delineare e ad imporre un procedimento di evidenza pubblica proprio anche di questa categoria di contratti.

L'art. 4, in verità, sottopone i contratti esclusi dal campo di applicazione del codice soltanto ai seguenti principi generali: "*principi di economicità, efficacia,*

imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

Secondo l'ANAC, l'efficacia di questo combinato disposto è tale che gli incarichi ad avvocati che pure sono esclusi dal codice *"non possano essere affidati come se si trattasse di un incarico intuitu personae, in cui è sufficiente dimostrare il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa"*, ossia non possono essere più trattati così come il Consiglio di Stato aveva ritenuto nel 2012. I detti principi generali esprimerebbero infatti alcune *"regole minime"* ritenute vincolanti. Tali regole, come si è visto, benché definite *"minime"*, sono in realtà tali da formare un *corpus* di norme procedurali che stilano un modello di gara vera e propria, che parte da un *"avviso pubblico"*, si snoda attraverso *"offerte"* fatte da *"concorrenti"* in *par condicio* che devono possedere altrettanti *"requisiti di partecipazione"*, sino ad una *"valutazione comparativa"* ed alla *"aggiudicazione"*.

Ebbene, per verificare se tale interpretazione dell'art. 4 sia corretta è opportuno andare alle radici di questa disciplina di *"principi"* per i contratti esclusi dal codice.

Il precedente dell'art. 4 è l'art. 27 del precedente codice dei contratti pubblici, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, intitolato ai *"Principi relativi ai contratti esclusi"*, il cui comma 1 stabiliva quanto segue: *"L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, 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. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti"*.

Per comprendere il perché il legislatore nel 2006 avvertisse il bisogno di precisare che anche i contratti esclusi dovessero restare sottoposti ad alcuni principi generali, è necessario ancora una volta tornare al diritto comunitario.

Infatti, è proprio davanti alla Commissione e alla Corte di giustizia UE che qualche anno fa (intorno agli inizi di questo secolo) si è posto il seguente problema: se le direttive in materia di appalti pubblici (recanti, com'è ben noto, numerose e articolate disposizioni) potessero essere applicate anche a figure contrattuali diverse, come, ad esempio, la concessione di servizi ovvero anche altri contratti diversi dagli appalti.

La risposta è stata negativa, perché le norme sugli appalti non possono estendersi a contratti che siano da essi diversi, ma con una riserva: le direttive appalti non si applicano al di fuori del loro specifico ambito e tuttavia, quando il contratto incide su interessi rilevanti sul piano transfrontaliero, restano vigenti i principi generali del diritto comunitario, tra i quali il principio di non discriminazione,

di parità di trattamento, di trasparenza e pubblicità (cfr. Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, *Teleaustria*, in causa C-324/98).

E' dunque ispirandosi a questa massima che il legislatore del 2006, nel coniare il primo codice dei contratti pubblici, ha dettato una disposizione *ad hoc* per le concessioni e per i contratti "esclusi" (ossia diversi dagli appalti e quindi non inclusi nelle direttive e nel corpo principale di regole inserite del codice nazionale): l'art. 27, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, ha così disposto che ai contratti esclusi debbano essere comunque applicati i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, fermo restando l'invito ad almeno cinque concorrenti se compatibile con l'oggetto del contratto; per le concessioni, parimenti, l'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006, ha stabilito che la scelta del concessionario dovesse avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, quelli di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale con invito ad almeno cinque concorrenti.

Tale regola (l'estensione ai contratti esclusi dei soli principi) si è dunque formata a livello comunitario, essa esprime il modo di pensare della Corte di giustizia e, nella sostanza, è stata confermata nel pacchetto di direttive del 2014, le quali, come si sa, hanno dedicato in ogni caso una disciplina apposita alla figura delle concessioni (direttiva 2014/23/UE).

Ebbene, è evidente che l'art. 27 si muovesse secondo una certa elasticità applicativa. Il suo fine era solo quello di riflettere nell'ordinamento italiano il principio per cui il fatto che un certo contratto non fosse un appalto non avrebbe automaticamente esentato la p.a. dall'applicazione dei suddetti principi generali. Ma non escludeva di certo una gradualità in tale applicazione.

Il fatto che l'amministrazione, nello scegliere i suoi contraenti, debba sempre seguire i principi generali che contrassegnano il suo agire è sempre stato pacifico, e questo persino quando opera nell'ambito del diritto privato. E questo era valido anche a prescindere dal diritto comunitario, in verità. L'elasticità, a sua volta, era necessaria al momento in cui si doveva stabilire quali regole, quali adattamenti e quali comportamenti dovessero derivare da un certo principio. Il tipo di conseguenze restava indefinito e rimesso al caso concreto. Tornando all'alternativa di cui qui ci si occupa (facoltà di scelta fiduciaria col rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa oppure vero e proprio obbligo di procedimento comparativo di gara), può sostenersi che entrambi i poli erano attratti nell'orbita della disposizione dell'art. 27: i principi avrebbero potuto essere soddisfatti con una semplice e accurata motivazione a sostegno di un affidamento diretto ovvero richiedere un procedimento comparativo più o meno elaborato. L'invito ad almeno cinque concorrenti era infatti dovuto solo "*se compatibile con l'oggetto del contratto*". Tutto dipendeva dal caso concreto.

Detto questo, è bene fissare un punto.

Sotto la vigenza dell'art. 27 il diritto vivente si era assestato secondo la distinzione più volte ricordata tra due tipologie di servizi legali – quelli fiduciari e personali, da un lato, e quelli caratterizzati da un'attività continuativa mediante organizzazione complessa, dall'altro – i primi ammessi all'affidamento diretto ed i secondi sottoposti ad un procedimento di gara (v. par. 4 e 5 *supra*). Sicché tale norma – e la “storia” che essa incorporava – non aveva indotto a ritenere che dai predetti principi generali (e dal pur esplicito riferimento alla comparazione di almeno cinque preventivi) dovessero derivare il tipo di vincoli cui oggi l'ANAC perviene.

Anzi, il precedente più significativo, vale a dire la più volte menzionata sentenza del 2012 del Consiglio di Stato, aveva precisato che il modello della richiesta di almeno cinque preventivi non fosse imposto al conferimento di quegli incarichi legali che corrispondono, grosso modo, a quelli oggi menzionati nell'art. 17, comma 1, lett. d), cit.

L'art. 4 ha sostituito l'art. 27.

Lo ha fatto, a ben vedere, con una disciplina più “liberale” sul piano dei vincoli procedurali e nella quale non compare più il riferimento al procedimento comparativo con la richiesta di almeno cinque preventivi: resta il mero richiamo ai principi.

Prova ne sia che, proprio su questa de-procedimentalizzazione il Consiglio di Stato, nel rendere il suo parere (n. 855 dell'1 aprile 2016) sullo schema di decreto legislativo, aveva espresso alcune perplessità *de jure condendo*, rilevando quanto segue: *“Rispetto al (pre)vigente art. 27, si registra una maggiore ampiezza, in quanto non si impone l'onere di consultare almeno cinque operatori economici prima dell'affidamento Sarebbe tuttavia preferibile – anche in coerenza con il criterio di delega di cui alla lettera ii), in materia di contratti sottosoglia, e in funzione di prevenzione di possibili comportamenti illeciti e anticompetitivi - onerare le stazioni appaltanti, se compatibile con l'oggetto del contratto, della consultazione di un numero minimo di operatori economici, prima dell'affidamento, trattandosi di contratti che possono essere di importo rilevante”*.

Nonostante questi rilievi, il d. lgs. n. 50 del 2016 ha mantenuto questa versione dell'art. 4; una versione appunto “alleggerita” rispetto al precedente dell'art. 27.

Questa scelta, oltretutto, si inquadra in una tendenza più ampia, la quale mira a consentire forme di affidamenti semplificati nei casi in cui il vincolo alla selezione del contraente mediante l'evidenza pubblica non derivi strettamente dal diritto comunitario. Così è stato anche a proposito degli appalti sottosoglia ed oltretutto confermato dopo il decreto correttivo d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56, nella disciplina dell'art. 36, in particolare al comma 1.

11. Segue. Le origini ed i lavori preparatori dell'art. 4 non confortano una interpretazione che aumenti rispetto al diritto vivente gli oneri procedurali per incarichi come quelli elencati nell'art. 17, comma 1, lett. d).

Le considerazioni fatte nel precedente paragrafo, unite a quelle precedenti, sono rilevanti ai fini del presente parere, perché già consentono di affermare:

(i) che l'art. 4 – da cui l'ANAC ritiene di poter trarre un vincolo procedimentale innovativo e restrittivo per gli incarichi disciplinati dall'art. 17, comma 1, lett. d), i quali corrispondono, come si è visto, a quelli che in diritto vivente erano, a loro volta, già considerati esenti dai procedimenti ad evidenza pubblica – è la norma che sostituisce l'art. 27 del precedente codice, a sua volta ispirato ad alcuni precedenti di diritto europeo;

(ii) che, durante la vigenza dell'art. 27 del precedente codice, non si riteneva di dover assoggettare gli incarichi ad avvocati corrispondenti a quelli oggi disciplinati dall'art. 17, comma 1, lett. d) ad un siffatto vincolo procedimentale e così restrittivo;

(iii) che la disciplina dell'art. 4, sostitutivo dell'art. 27, è meno restrittiva e più “liberale” di quella contenuta nell'art. 27, come rilevato, tra l'altro anche dal Consiglio di Stato;

(iv) che già queste circostanze fanno dubitare della fondatezza della lettura che le Linee guida propongono in merito all'effetto precettivo dell'art. 4 rispetto agli incarichi disciplinati dall'art. 17, comma 1, lett. d), in quanto, pur partendo da una nuova scelta legislativa meno “intensa” in punto di oneri procedimentali rispetto alla norma previgente, approdano a un assetto addirittura molto più “oneroso” di quello richiesto da quest'ultima.

12. Le ragioni per le quali l'art. 4 non impone un procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d)

Come si è più volte ricordato, le Linee guida ANAC si muovono nel solco di una distinzione tra le due soluzioni possibili al quesito di fondo:

(i) una è quella dall'ANAC stessa prescelta, basata sull'interpretazione del combinato disposto degli artt. 17, comma 1, lett. d), e 4 del codice e tale da generare l'imposizione di un procedimento ad evidenza pubblica;

(ii) l'altra è quella sicuramente vigente sino all'immediato passato, ossia l'affidamento di incarichi legali ad avvocati *“affidati come se si trattasse di un incarico intuitu personae, in cui è sufficiente dimostrare il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa”* (per riprendere le parole dello stesso schema di Linee guida).

Secondo l'ANAC, l'art. 4 impone di seguire la prima strada.

Sennonché questa interpretazione, oltre a non combaciare con le origini dell'art. 4 e col suo tenore letterale confrontato con l'art. 27 cit. come spiegato nei precedenti due paragrafi, non persuade per altre concorrenti ragioni, vuoi sul piano letterale vuoi sul piano teleologico e finisce per porsi, in realtà, in contrasto con la stessa fonte primaria costituita dal comb. disp. degli artt. 17 e 4 del d. lgs. n. 50 del 2016.

Valgano le ragioni di seguito esposte.

12.1. Sembra anzitutto più corretto, anche alla luce delle considerazioni sulla

genesì della disposizione fatte negli ultimi paragrafi, ritenere che l'art. 4, col suo richiamo ai principi, intenda evocare nel nostro caso proprio (e soltanto) il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa senza mettere in discussione la facoltà di affidamento diretto *intuitu personae*.

Del resto, era questa la posizione espressa dal Consiglio di Stato nel precedente del 2012: la circostanza che fosse legittimo l'affidamento diretto non escludeva affatto la contemporanea applicazione di tali principi generali: *"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"*.

In altre parole: il richiamo ai principi certamente esiste, ma esso è perfettamente compatibile col rispetto delle regole generali dell'azione amministrativa. Il fatto che non sia imposta una gara come modello di scelta dell'avvocato non esclude ovviamente che la p.a. debba fare una scelta oculata, in linea ad esempio con i principi di efficienza, efficacia ed economicità, e dandone conto con apposita motivazione. L'acquisizione del curriculum dell'avvocato e l'indicazione del perché ad esso ci si rivolge sono peraltro anche presidi di trasparenza amministrativa, per certi aspetti persino superiori a quelli assicurati dalla gara, per quanto semplificata essa sia. Non si vede perché, dunque, i "principi" richiamati dall'art. 4 debbano essere una cosa diversa, al punto tale da stilare un modello di gara non esente da complicazioni.

12.2. L'interpretazione dell'ANAC giunge ad una conclusione che anche per un altro aspetto sembra in contrasto col sistema normativo delineato nel d. lgs. n. 50 del 2016.

Il codice dei contratti pubblici, in perfetta aderenza alle direttive del 2014, ha introdotto una distinzione tra due regimi diversi: i servizi legali previsti dall'art. 17, comma 1, lett. d), sono esclusi *tout court* dall'applicazione del codice; gli altri servizi legali, invece, per effetto del comb. disp. tra l'allegato IX e gli artt. 140, 141 e 142, sono sottoposti ad un procedimento di gara semplificato.

Ebbene, questa distinzione sembra assottigliarsi sino forse a sfumare del tutto nella proposta fatta dallo schema di Linee guida, perché anche la prima categoria di servizi legali viene attratta in un procedimento di gara vincolante e molto articolato e questo per via di un'interpretazione dell'art. 4 che non pare basata su solidi appigli.

Il sostanziale superamento di una distinzione pur così chiara nella fonte primaria è indice del fatto che l'interpretazione proposta dall'ANAC non sia quella esatta.

12.3. L'interpretazione dell'art. 4 proposta dallo schema di Linee guida, come

si è visto, non tiene conto della diversità di tenore dell'art. 4 rispetto all'art. 27 del precedente codice e già tale circostanza è un elemento significativo per inficiarne l'attendibilità.

Ciò detto, ove pure si volesse assumere che tra le righe dell'art. 4 debba inserirsi in via interpretativa qualcosa di più, e segnatamente il rinvio alla comparazione di almeno cinque preventivi, nondimeno sarebbe da ricordare che tale passaggio era comunque richiesto dal medesimo art. 27 solo se "*compatibile con l'oggetto del contratto*".

Alla compatibilità della comparazione "a gara" con l'oggetto del contratto di patrocinio legale, in verità, l'ANAC non dedica particolari considerazioni, restando ferma all'affermazione di esordio, secondo la quale la distinzione tra contratto d'opera intellettuale e appalto deve ritenersi ormai "*superata*".

Tuttavia, questo resta un punto centrale e tornano qui molte delle considerazioni fatte in precedenza.

La principale delle eccezioni contenute nell'art. 17, comma 1, lett. d) concerne la difesa in giudizio, la quale postula un rapporto giuridico di mandato con poteri di rappresentanza che esaltano il carattere fiduciario (v. par. 5). Tale attività, come ricordato nel 2012 dal Consiglio di Stato, si proietta su un terreno affatto diverso sia dagli appalti sia dai comuni contratti pubblici, attivi o passivi che siano: quello dell'amministrazione della giustizia. Le altre due esenzioni che rilevano ai fini del presente parere sono quella della consulenza collegata al contenzioso (la quale è evidentemente contrassegnata dal medesimo *intuitus persone*) e quella della consulenza connessa all'esercizio dei poteri pubblici (che sembra anzitutto riferibile alla pronuncia di pareri legali, sul cui carattere fiduciario si è già detto nei paragrafi precedenti).

In questi casi è allora il prodotto stesso della prestazione che l'amministrazione si attende dall'avvocato che può essere inidoneo e incompatibile con la comparazione tipica delle gare: quando all'avvocato si chiede una "idea" per lo sviluppo della difesa in giudizio con l'autonomia tipica che al mandatario con rappresentanza è lasciata, non si acquista un bene fungibile suscettibile di "*rotazione*" o di "*estrazione a sorte*", bensì un prodotto che è prescelto sulla base di uno spiccatissimo *intuitus personae* e di una fiducia il cui spessore è commisurato, tra l'altro, alla responsabilità professionale di cui l'avvocato si fa carico.

Beninteso, non si può di certo negare alla p.a. che ritenga che determinati incarichi, benché collegati alla rappresentanza giudiziale, possano essere affidati dopo la richiesta di preventivi e dopo una comparazione di più disponibilità, di esercitare una tale facoltà. Ma una tale eventualità non è un obbligo imposto dalla legge ed esso si potrà comunque svolgere (e così accade talvolta nei fatti) attraverso una mera e snella consultazione propria di una negoziazione informale, senza tutti gli adempimenti procedimentali che lo schema di Linee guida ritiene necessari. Questo metodo sarà seguito in quei casi concreti nei quali la p.a. lo avrà ritenuto opportuno (ad esempio per la non speciale importanza della questione o per l'esistenza di precedenti univoci o per il carattere seriale del contenzioso; ed a ben

vedere proprio ad un contenzioso seriale si riferiva il caso sottoposto all'ANAC e trattato con la delibera 9 novembre 2016, n. 1158, che in qualche misura ha anticipato alcune delle considerazioni contenute nello schema qui in discussione).

D'altra parte, una volta condiviso che dal comb. disp. degli artt. 17 e 4 non discenda un obbligo generalizzato ad indire procedure comparative, se per un verso questo non esclude che in concreto la singola p.a. possa scegliere di avviare una procedura di gara nei casi in cui fosse giustificato come si diceva, per altro verso non esclude neppure che la p.a. debba (e non soltanto possa) in altri casi effettuare necessariamente una scelta *intuitu personae*. Infatti, se l'affidamento della stesura di un delicato parere *pro-veritate* riguardasse una questione di particolare rilievo per l'amministrazione (e quindi per l'interesse pubblico) o se si trattasse di conferire il patrocinio in un giudizio altrettanto rilevante, non sembra che un metodo di gara comparativa e impersonale possa essere compatibile con i principi generali dell'azione amministrativa, tra cui il buon andamento e le sue ricadute in termini di efficacia. L'idea di una "*estrazione a sorte*" da un elenco di avvocati prequalificati, che potrebbe anche essere piuttosto ampio, mal si addice non soltanto alla personalità dall'attività forense (che, non si può non dirlo, ne uscirebbe alquanto svilita), ma ai doveri stessi della p.a.. Una scelta automatica che si rivelasse, all'esito del giudizio, meno adatta di quella che altrimenti si sarebbe potuta effettuare mediante scelta fiduciaria e con adeguata motivazione in affidamento diretto, ben potrebbe chiamare a responsabilità chi l'avesse inopportunamente adottata.

12.4. L'interpretazione proposta dall'ANAC, nell'imporre la celebrazione di un procedimento di gara anche per l'affidamento degli incarichi previsti dall'art. 17, comma 1, lett. d), non combacia, si è già detto, col contenuto delle direttive del 2014.

Queste ultime, come si è visto, per tali incarichi hanno nettamente escluso l'applicazione dell'impianto normativo della c.d. evidenza pubblica, motivando proprio in base all'inadeguatezza e incompatibilità delle norme previste per l'aggiudicazione degli appalti.

Questa distonia, di per sé, potrebbe non determinare necessariamente una reazione dell'ordinamento dell'UE nei confronti della Repubblica italiana qualora quest'ultima avesse effettivamente deciso di orientarsi in questa più onerosa direzione. Esiste infatti la teorica possibilità che gli Stati membri scelgano la via di una "discriminazione a rovescio", quando si detta una disciplina nazionale che si distacca dalle regole europee. In tali casi, quando non sia disatteso il livello di base di adeguamento richiesto dalla disciplina di diritto europeo e sempre che non sussista, per altro verso, l'adozione di misure che, proprio in quanto eccessive, siano in violazione del principio di proporzionalità (cfr., ad es., Corte di giustizia UE, 22 ottobre 2015 in causa C-425/14), la UE potrebbe fors'anche non ravvisare in senso proprio una violazione del diritto comunitario.

Tuttavia, nel caso di specie questa diversità dalla disciplina di diritto comunitario, lì dove impone dei procedimenti di evidenza pubblica anche agli

incarichi previsti dall'art. 17, comma 1, lett. d), innovando il diritto vivente e la prassi sino ad oggi seguita, si scontrerebbe comunque contro il divieto di *gold plating*, stabilito dall'art. 1, comma 1, lettera a), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, che ha posto il "*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'art. 14, comma 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*".

Nel caso in esame infatti la proposta dello schema di Linee guida attribuisce un'interpretazione al combinato disposto degli artt. 17, comma 1, lett. d), e 4 del d. lgs. n. 50 del 2016 tale da introdurre livelli di regolazione superiori di quelli minimi. In verità, qui forse non vi sarebbe neppure quel caso di *gold plating*, di più complesso accertamento, nel quale emergano particolari oneri che possano essere eccedenti rispetto a quelli pur stabiliti nelle direttive, casi nei quali sussisterebbe comunque l'esigenza di misurare bene tale eccedenza. Infatti qui si registra l'inserimento di misure e procedimenti che le direttive stesse hanno voluto esplicitamente escludere. Oltretutto, è anche stato affermato che il divieto di *gold plating* deve operare "*sia come indicazione per l'introduzione di una nuova disciplina, sia come regola di eliminazione di quella già esistente*" (Cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici, tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Riv. it. dir. pubbl. com. 2015, 1127 e ss.): in questa vicenda, viceversa, si passerebbe addirittura da un recente passato nel quale questo tipo di vincoli non erano previsti ad una innovazione che inserisce la predetta disciplina procedimentale.

Tale interpretazione del combinato disposto degli artt. 17, comma 1, lett. d) e 4 citati si espone così a un duplice rilievo:

(i) finisce per porre il d. lgs. in una posizione di netta distonia con la legge delega a proposito del divieto di *gold plating* e quindi con l'art. 76 Cost., qualificandosi allora oltretutto come interpretazione non costituzionalmente orientata;

(ii) pone le medesime Linee guida in una condizione di contrasto con la fonte primaria, suscitando per altro verso dei problemi di conformità alla legge.

Per le ragioni esposte nei precedenti paragrafi, si ritiene allora che l'interpretazione dello schema di Linee guida sul punto non possa essere condivisa.

13. Conclusioni.

In considerazione di quanto esposto in precedenza e che deve considerarsi qui integralmente richiamato, si rassegnano le seguenti conclusioni.

In conformità alle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE ed alla disciplina contenuta nel d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, i servizi legali elencati all'art. 17, comma 1, lett. d), del medesimo d. lgs. n. 50 del 2016 possono essere affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici in via diretta, secondo l'*intuitus personae* e su base fiduciaria, e nel rispetto dei principi generali che sempre guidano l'azione amministrativa, mentre gli altri servizi legali, ai sensi del comb. disposto dell'allegato IX al codice e degli artt. 140 e ss., devono essere affidati mediante un procedimento

comparativo di evidenza pubblica semplificato nei termini e secondo i presupposti identificati da tali ultime disposizioni, così come ha sottolineato il giudice amministrativo in una recentissima decisione (TAR Puglia, sez. II, sentenza 11 dicembre 2017, n. 1289), confermando la posizione del Consiglio di Stato espressa nella sentenza n. 2730 del 2012.

In un'ottica di collaborazione istituzionale, il Consiglio Nazionale Forense auspica che i rilievi espressi nel presente parere possano essere oggetto di adeguata considerazione da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione al fine dell'adozione di una versione definitiva delle Linee guida coerente con il quadro normativo conferente, e utile a favorire il buon andamento dell'azione amministrativa, in conformità all'art. 97 della Costituzione.

LA CONSIGLIERA SEGRETARIA
f.to Avv. Rosa Capria

IL PRESIDENTE
f.to Avv. Andrea Mascherin



Roma, 15 dicembre 2017

*Roma – via del Governo Vecchio, 3 – tel. 0039.06.977488 – fax 0039.06.97748829
www.consiglionazionaleforense.it*