



Il Presidente

.....OMISSIS.....

Oggetto: Costituzione e gestione dell'elenco degli avvocati per l'affidamento di incarichi di rappresentanza e difesa in giudizio - richiesta di parere – vs rif. prot. n. 2022/1521430.

FUNZ. CONS. 23/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 marzo 2022, acquisita al prot. Aut. n. 20950, si comunica che la funzione consultiva è svolta dall'Autorità nel rispetto delle previsioni del Regolamento del 7 dicembre 2018, consultabile sul sito istituzionale.

In relazione all'oggetto dell'istanza di parere, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 25 maggio 2022, ha espresso le seguenti considerazioni.

Si evidenzia in primo luogo che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160 del 30 marzo 2022.

Quale indicazione di carattere generale sul quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità, riferito alla costituzione di un elenco di avvocati per l'affidamento di incarichi di rappresentanza e difesa in giudizio e alla durata temporale dello stesso, nei termini indicati nell'istanza di parere, si osserva preliminarmente che l'Autorità, con delibera n. 907/2018, ha adottato le Linee guida n. 12 in materia di "*affidamento dei servizi dei legali*".

Come indicato nel predetto documento «l'affidamento dei servizi legali costituisce appalto, con conseguente applicabilità dell'allegato IX e degli articoli 140 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, qualora la stazione appaltante affidi la gestione del contenzioso in modo continuativo o periodico al fornitore nell'unità di tempo considerata (di regola il triennio); l'incarico conferito ad hoc costituisce invece un contratto d'opera professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è sottoposto al regime di cui all'articolo 17 (contratti esclusi). Tale ricostruzione del regime delineato dal legislatore impone alle stazioni appaltanti la corretta individuazione del fabbisogno, anche allo scopo di evitare il frazionamento artificioso della commessa, vietato ai sensi dell'articolo 51 del Codice dei contratti pubblici. Giova ricordare, peraltro, che, ai sensi degli articoli 1 e 5 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato e di quelle non statali autorizzate ai sensi dell'articolo 43 del citato regio decreto, spetta all'Avvocatura dello Stato ed è possibile richiedere l'assistenza di avvocati del libero foro solo per ragioni assolutamente eccezionali (ad esempio, in caso di conflitto di interessi), previa in ogni caso l'acquisizione del parere dell'Avvocato generale dello Stato per le Amministrazioni statali (articolo 5 del regio decreto citato) o, per le amministrazioni non statali autorizzate al patrocinio, dell'organo di vigilanza in ipotesi diversa dal conflitto di interesse (ai sensi del citato articolo 43 del regio decreto n. 1611/1933). L'affidamento a terzi dei servizi legali è possibile, inoltre, sempre che non siano presenti idonee professionalità all'interno della stazione appaltante medesima. A

tal fine, l'ente è tenuto a operare preliminarmente una ricognizione interna finalizzata ad accertare l'impossibilità, da parte del proprio personale, a svolgere l'incarico» (sulla disciplina applicabile agli affidamenti dei servizi legali, in senso conforme, parere del Consiglio di Stato n. 2017/2018 reso sullo schema delle linee guida).

Pertanto, possono essere ricondotti nell'elenco di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), del Codice esclusivamente le tipologie di servizi legali ivi indicate, che non rientrino negli affidamenti ricompresi nell'Allegato IX del Codice. «A tal fine, rileva la circostanza che l'incarico venga affidato, nel rispetto dei principi recati dall'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, per un'esigenza puntuale ed episodica della stazione appaltante. In tale ipotesi, si configura la tipologia contrattuale del contratto d'opera intellettuale, di cui agli articoli 2229 e seguenti del codice civile e non assumono rilevanza, ai fini della disciplina applicabile alla procedura di selezione, il valore economico del contratto e l'eventuale superamento della soglia di rilevanza comunitaria» (linee guida citate).

L'affidamento dei predetti servizi deve avvenire, quindi, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, ai sensi dell'art. 4 del Codice, secondo le declinazioni fornite nel par. 3 delle Linee guida n. 12.

Con riguardo ai servizi legali di cui all'art. 17, comma 1 lett. d) del d.lgs. 50/2016, nel documento citato è stato chiarito che rientra nelle migliori pratiche per l'affidamento degli stessi *la costituzione di elenchi di professionisti*, eventualmente suddivisi per settore di competenza, previamente costituiti dall'amministrazione mediante una procedura trasparente e aperta, pubblicati sul proprio sito istituzionale. In tal modo, infatti, l'amministrazione può restringere tra essi il confronto concorrenziale al momento dell'affidamento, con effetti positivi in termini di maggiore celerità dell'azione amministrativa.

Come ulteriormente chiarito nelle Linee guida, affinché la costituzione dell'elenco di professionisti sia conforme ai principi di cui all'articolo 4 del Codice è necessario che l'amministrazione pubblichi sul proprio sito istituzionale un avviso, finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse per essere inseriti nell'elenco, nel quale sono indicati i requisiti richiesti per l'iscrizione, le eventuali categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco. «L'iscrizione dei soggetti interessati, provvisti dei requisiti richiesti e analizzati sulla base dei curricula o da sintetiche schede riepilogative della carriera professionale, *deve essere consentita senza limitazioni né temporali, né quantitative (...)* In ogni caso, *l'elenco dovrà favorire un effettivo confronto concorrenziale, essere pubblicato sul sito istituzionale e ammettere la possibilità di modifiche, integrazioni e nuove iscrizioni*» (Linee guida cit.). La selezione dall'elenco degli operatori qualificati tra cui svolgere la valutazione comparativa avviene sulla base di criteri non discriminatori, che tengano conto: a) dell'esperienza e della competenza tecnica, da intendersi come competenza nella materia oggetto del contenzioso ovvero, anche, della questione rilevante per la sua soluzione; b) della pregressa proficua collaborazione con la stessa stazione appaltante in relazione alla medesima questione; c) del costo del servizio, nel caso in cui, per l'affidamento di uno specifico incarico, sia possibile riscontrare una sostanziale equivalenza tra diversi profili professionali. La stazione appaltante motiva la scelta del professionista inserito nell'elenco, esplicitando con chiarezza le ragioni sottese. La stazione

appaltante garantisce altresì l'equa ripartizione degli incarichi, onde evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcuni professionisti, ferma restando la necessità che il profilo selezionato sia adeguato all'oggetto e alla competenza professionale richiesta per lo svolgimento dell'incarico da affidare (linee guida cit.).

Anche il Consiglio di Stato ha osservato (tra l'altro), con riferimento ai profili in esame che «i criteri di selezione devono muovere dalla valutazione del curriculum professionale e delle esperienze in relazione alla competenza funzionale dell'amministrazione. In questa ottica, appare utile che l'elenco – *pubblicato sul sito istituzionale, sempre aperto e suscettibile di integrazione e modificazione* – sia accompagnato da brevi schede che riassumano la storia professionale dell'aspirante affidatario» (parere n. 2017/2018 reso sullo schema delle linee guida cit.).

Dalle considerazioni svolte in relazione alla costituzione dell'elenco di professionisti, deriva quindi che a tali fini deve essere garantita l'iscrizione dei soggetti in possesso dei requisiti richiesti senza limitazioni temporali, ammettendo la possibilità di procedere a “modifiche, integrazioni e nuove iscrizioni”.

Pertanto, come già evidenziato nel parere approvato con delibera n. 1158/2016, reso su quesito di analogo tenore formulato da codesta Amministrazione, il termine di 60 giorni per la presentazione dell'istanza e la durata triennale dell'iscrizione, può determinare un «effetto restrittivo della concorrenza finendo per comprimere l'effettiva contendibilità dell'affidamento del servizio di patrocinio legale da parte dei soggetti potenzialmente interessati. L'iscrizione dei soggetti interessati provvisti dei requisiti richiesti dovrebbe essere consentita senza limitazioni temporali ... l'effetto restrittivo derivante dalla limitazione temporale della presentazione delle istanze dovrebbe essere temperato dalla riduzione del termine di validità dell'iscrizione, che potrebbe essere portata a un anno, in modo da rendere più frequenti le finestre temporali entro le quali i soggetti qualificati possono manifestare l'interesse all'iscrizione nell'elenco (60 giorni ogni anno e non 60 giorni ogni tre anni)».

Si confermano, pertanto, le considerazioni svolte nel parere sopra indicato, rispetto alle quali appare maggiormente conforme l'intenzione dell'Amministrazione – dovuta a difficoltà di gestire un numero ingente di domande di iscrizione – di procedere (in alternativa alla soluzione sopra indicata) al mantenimento della durata triennale dell'elenco ma con riapertura dei termini di iscrizione con cadenza annuale per i professionisti non iscritti, la cui ammissione avrebbe validità per la durata residua dell'elenco. Con cadenza annuale dovrebbe essere garantita, altresì, la possibilità di procedere a modifiche o integrazioni delle iscrizioni già in corso, al fine di consentire l'aggiornamento dei singoli profili, ove ritenuto necessario dai soggetti interessati, come sopra evidenziato.

Tale *modus procedendi* appare nel complesso maggiormente conforme al principio di concorrenza, garantendo una maggiore apertura dell'elenco ai professionisti provvisti dei requisiti richiesti, secondo le indicazioni fornite dall'Autorità.

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra, che alla luce dell'esperienza maturata dalle amministrazioni aggiudicatrici nella gestione degli elenchi di professionisti secondo le modalità operative in precedenza indicate, l'Autorità si riserva di rivedere in un prossimo futuro le Linee

guida citate, al fine di tenere conto delle difficoltà operative in alcuni casi riscontrate dalle predette amministrazioni aggiudicatrici.

Occorre infine sottolineare – in relazione a quanto evidenziato nell’istanza di parere in ordine all’onerosità dei controlli svolti dall’Amministrazione ai fini della verifica del possesso dei requisiti di moralità richiesti per l’iscrizione nell’elenco – che nelle linee guida n. 12 e nella delibera n. 303/2020, è stato evidenziato che per i servizi legali di cui all’articolo 17 del Codice «la stazione appaltante può non esigere il medesimo rigore formale di cui all’articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e gli stessi vincoli procedurali ma ha comunque l’obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti generali di cui al citato articolo 80. *Nel caso in cui l’amministrazione abbia provveduto alla costituzione di un elenco di professionisti, tale verifica va effettuata in occasione delle specifiche procedure per cui i soggetti iscritti nell’elenco sono interpellati*, ferma restando la facoltà della stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti generali di cui all’articolo 80, autocertificati dall’interessato nell’istanza ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre n.445, anche ai fini dell’iscrizione nell’elenco».

Pertanto, al fine di non aggravare l’attività amministrativa relativa alla costituzione e gestione dell’elenco in esame, l’Amministrazione può optare per la verifica dei requisiti di cui all’art. 80 del Codice in occasione del singolo affidamento, fermo restando l’obbligo del possesso dei requisiti medesimi ai fini dell’iscrizione del singolo professionista nell’elenco, come autocertificati dallo stesso, nel senso sopra indicato.

Sulla base di quanto rappresentato, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell’indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente l’ 1 giugno 2022