

SENATO DELLA REPUBBLICA

—————XVIII LEGISLATURA —————

N. 5

RELAZIONE DI ANALISI DI IMPATTO DELLA REGOLAMENTAZIONE

LINEE GUIDA N. 12: AFFIDAMENTO DEI SERVIZI LEGALI

(Articolo 12, comma 2, della legge 29 luglio 2003, n. 229)

Presentata dall'Autorità nazionale anticorruzione

—————
Comunicata alla Presidenza il 7 novembre 2018
—————



Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee guida n.12

L'affidamento dei servizi legali

Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018

Relazione AIR

PREMESSA

Il presente documento, redatto in base all'art. 8 del Regolamento del 27 novembre 2013 recante «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione delle Linee guida n.12 recanti “L'affidamento di servizi legali”, approvate con delibera del Consiglio n.907 del 24 ottobre 2018. Nella presente relazione si dà evidenza, in particolare, delle ragioni che hanno guidato l'Autorità nell'adozione di alcune scelte di fondo, soprattutto con riferimento alle più significative osservazioni formulate in sede di consultazione.

I. CONTESTO E OBIETTIVI DELL'INTERVENTO DELL'AUTORITÀ

Nel previgente quadro normativo, la giurisprudenza amministrativa e contabile aveva affermato la distinzione tra il conferimento del singolo incarico di patrocinio legale e l'attività di assistenza e consulenza giuridica. Il primo caso era sottratto alla disciplina del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in quanto qualificato come “contratto d'opera intellettuale”, in ragione del fatto che il prestatore d'opera, pur avendo l'obbligo di compiere, dietro corrispettivo, un servizio a favore del committente, senza vincolo di subordinazione e con assunzione del relativo rischio, esegue detto servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza una necessaria organizzazione. Il secondo caso, invece, era qualificato come appalto di servizi, in quanto l'attività di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera (autonomia rispetto al committente), si differenzia da quest'ultimo poiché la prestazione è eseguita con organizzazione di mezzi e personale che fanno ritenere sussistente, assieme al requisito della gestione a proprio rischio, la qualità di imprenditore commerciale caratterizzata da una specifica organizzazione. Conseguentemente, si riteneva che la scelta fiduciaria del patrocinatore legale fosse esclusivamente soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730), mentre l'attività di assistenza e consulenza giuridica dovesse essere affidata nel rispetto degli artt. 20 e 27 del d.lgs. n. 163/2006. La stessa Autorità, nella determinazione n. 4/2011 (recante «Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136»), aveva ritenuto che il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, fosse inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, in base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede qualcosa in più, «*un quid pluris per prestazione o modalità organizzativa*» (cfr. anche Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 19/2009/PAR).

Su tale impostazione ha inciso il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito “Codice dei contratti pubblici”), così come modificato e integrato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (di seguito, “Decreto Correttivo”).

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

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

Le nuove disposizioni hanno suscitato dubbi interpretativi che gli operatori del settore hanno segnalato all'Autorità, chiedendo l'emanazione di chiarimenti e pareri. In considerazione di ciò, l'Autorità ha ritenuto necessario fornire un supporto alle stazioni appaltanti mediante l'elaborazione di un atto di regolazione ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, finalizzato a fornire indicazioni interpretative 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, e per le modalità di affidamento di tali servizi. Tale atto può contribuire, infatti, a promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, oltre che l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche, prevenendo corruzione e favoritismi.

III. LA PROCEDURA DI CONSULTAZIONE PUBBLICA

Nell'adunanza del 5 aprile 2017, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di avviare una consultazione online a base della quale è stato posto il documento denominato "L'affidamento di servizi legali", al fine di acquisire osservazioni e commenti da parte degli operatori del settore.

Nel corso della consultazione, che si è svolta nel periodo 10 aprile 2017 – 10 maggio 2017, sono pervenuti all'Autorità contributi da parte di 28 soggetti (stazioni appaltanti, associazioni di categoria, ordini professionali e operatori economici). All'esito dell'esame dei contributi pervenuti, l'Autorità ha elaborato il testo definitivo tenendo conto delle osservazioni ricevute. Tale testo è stato trasmesso al Consiglio di Stato per l'acquisizione del relativo parere. Con parere interlocutorio n. 2109 del 6 ottobre 2017, il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa ha invitato l'Autorità, in considerazione delle novità normative intervenute sulla materia, ad acquisire anche i pareri del Consiglio Nazionale Forense, del Ministero della Giustizia, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti nonché del Dipartimento per le Politiche europee presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. In esito alle osservazioni acquisite dai predetti enti e successivamente trasmesse, il Consiglio di Stato ha rilasciato il parere definitivo n. 2017/2018 del 3 agosto 2018. In esito al suddetto parere, l'Autorità ha elaborato la

versione definitiva delle Linee guida in tema di affidamento dei servizi legali, approvate con delibera n.907 del 24 ottobre 2018.

IV. VALUTAZIONE DELL'OPZIONE DI NON INTERVENTO (“OPZIONE ZERO”)

In vigore del D.lgs. 163/2006 si era affermato un consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di affidamento dei servizi legali, mentre il nuovo quadro normativo ha suscitato dubbi interpretativi che gli operatori del settore hanno segnalato all'Autorità, chiedendo l'emanazione di chiarimenti e pareri. Peraltro, è rilevabile una certa disomogeneità dei procedimenti amministrativi seguiti per l'affidamento dei servizi in questione, che potrebbe essere superata, senza un tempestivo intervento regolatorio, solo con il tempo, attraverso lo sviluppo di prassi amministrative e di pronunce giurisprudenziali in materia.

In considerazione di ciò, l'Autorità ritiene opportuno intervenire con un atto di regolazione ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, per formulare indicazioni volte all'individuazione delle tipologie di servizi legali rientranti nell'elenco di cui all'art. 17 del Codice dei contratti pubblici, di quelle rientranti nella categoria di cui all'Allegato IX al medesimo Codice e per la scelta delle modalità di affidamento di tali servizi. In tal modo, può essere assicurata - con maggiore tempestività - omogeneità, efficienza e qualità dell'azione amministrativa e può essere contenuto il rischio di un significativo aumento del contenzioso in materia.

D'altro canto, l'emanazione di un atto di regolazione che illustri le migliori pratiche e le possibili soluzioni percorribili per l'affidamento dei servizi legali, fornendo altresì suggerimenti su temi cruciali per la buona riuscita della procedura seguita (ad esempio, i criteri e la formula di aggiudicazione o, ancora, i requisiti di partecipazione), produce benefici in termini di garanzia di trasparenza degli affidamenti, apertura alla concorrenza e contrasto a posizioni di rendita e favoritismi. Gli oneri derivanti dalle indicazioni contenute nell'atto di regolazione possono, invece, essere considerati trascurabili, dal momento che non differiscono da quelli derivanti dall'applicazione dei principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione. L'atto di regolazione in questione, infatti, non introduce misure specifiche o nuovi adempimenti a carico delle stazioni appaltanti.

Per le suddette ragioni e in considerazione dell'importanza della materia (gli affidamenti di servizi legali sono stati anche oggetto di recenti indagini giudiziarie), l'Autorità ha scelto di non percorrere l'opzione “zero”, di non intervento.

Si rileva, infine, che nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici non sono disponibili dati significativi sui servizi in esame dal momento che, nel previgente quadro normativo, l'affidamento di servizi legali non era assoggettato all'obbligo di acquisizione del CIG, nemmeno ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 136, in considerazione della qualificazione degli stessi come contratti di prestazione d'opera intellettuale.

V. LE SCELTE DI FONDO EFFETTUATE

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

Nel predetto parere il Consiglio di Stato:

- ripropone, in chiave dirimente della disciplina applicabile, la distinzione fra incarico conferito *ad hoc*, per un fabbisogno specifico e puntuale dell'amministrazione, come tale rientrante nella fattispecie del contratto d'opera (artt. 2222 e ss. codice civile), e gestione continuativa o periodica del servizio, con organizzazione di mezzi e assunzione autonoma del rischio, fattispecie del tutto omologa all'appalto di servizi;
- inquadra l'affidamento della singola prestazione professionale nell'ambito dell'art. 17 del Codice (contratti esclusi dall'ambito di applicazione), mentre l'affidamento seriale viene fatto ricadere nello spettro applicativo dell'Allegato IX, senza che rilevi, almeno per gli incarichi di patrocinio legale, alcuna distinzione di natura prestazionale.

In adesione all'orientamento palesato dal Supremo Consesso, l'Autorità:

- ha individuato la disciplina applicabile (art.17-allegato IX) in funzione della natura contrattuale e non prestazionale dell'incarico (incarico episodico/incarico continuativo), fermo restando che i servizi non ricompresi nell'art. 17 (es. consulenza non correlata ad una lite esistente) rientrano giocoforza nell'ambito applicativo dell'allegato IX;
- ha chiarito che, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 4 e 17 del Codice, gli incarichi costituenti contratto d'opera intellettuale devono essere affidati tramite procedimenti comparativi idonei al rispetto dei principi sanciti dall'art. 4 (economicità, trasparenza, economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità);
- ha chiarito altresì che, per gli affidamenti relativi ad incarichi costituenti appalti di servizi, menzionati nell'allegato IX e soggetti alla disciplina di cui agli artt. 140 e seguenti del Codice, necessita l'esperimento di rituali procedure di gara ad evidenza pubblica, sia pure con la semplificazione relativa alle soglie (v. art. 35) ed alla pubblicità;
- ha rappresentato la necessità che, a prescindere dalla procedura selettiva utilizzata, nella scelta del professionista cui affidare i servizi legali si tenga in debita considerazione la primaria esigenza di assicurare la selezione di soggetti idonei e qualificati all'incarico, privilegiando l'utilizzo di criteri che valorizzino la competenza del professionista prescelto rispetto all'elemento del prezzo.

VI. VALUTAZIONE DELLE OPZIONI ALTERNATIVE

Di seguito si riportano le principali osservazioni formulate dagli stakeholders che hanno partecipato alla consultazione pubblica e che hanno prospettato soluzioni diverse rispetto a quelle contenute nel documento di consultazione o hanno richiesto integrazioni e chiarimenti.

1. L'inquadramento dei servizi legali.

Alcuni degli stakeholders intervenuti nella consultazione non condividono l'orientamento espresso nel documento di consultazione relativo al superamento della distinzione, in tema di servizi legali, tra prestazioni d'opera intellettuale e appalti di servizi. A tal fine, alcuni richiamano la disciplina dell'ordinamento della professione forense (legge 31 dicembre 2012, n. 247), che - valorizzando la libertà, autonomia e indipendenza dell'attività professionale forense, nonché il conferimento dell'incarico in via personale - renderebbe non compatibile la rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato con la qualificazione giuridica di appalto; altri, riconducono l'incarico per il patrocinio legale in giudizio nell'ambito di applicazione dell'art. 7, co. 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, trattandosi di attività professionali "riservate" in via esclusiva, dalla Legge professionale forense, all'avvocato.

Inoltre, è stato altresì evidenziato che la stessa Direttiva 2014/24/UE, al Considerando n. 4, specifica che «La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico» e che, al Considerando 25, recita quanto segue: i «*servizi legali (che) 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*».

Sul punto, è stato sottolineato che la Direttiva n. 24/2014 non contiene una norma simile all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, che prescrive, per gli appalti esclusi, il rispetto dei principi comunitari in materia di evidenza pubblica. Gli appalti oggetto di esclusione non trovano, nella regolamentazione della direttiva appalti, una norma a loro espressamente riferita. Si trae, pertanto, la conclusione che l'ordinamento comunitario non ha imposto a quello nazionale l'osservanza di specifiche regole o principi, in quanto contratti esclusi, ai servizi legali. Pertanto, l'applicazione dei principi di cui all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici andrebbe ben oltre i principi del Trattato, obbligando di fatto i "soggetti pubblici" ad applicare le regole previste per gli appalti.

Altri hanno osservato che gli incarichi di patrocinio legale sono esclusi dalla applicazione delle Direttive 24 e 25 e del Codice dei contratti pubblici perché regolati da differente normativa europea e nazionale. La Dir. 1998/5/CEE (cui rinvia il 42° considerando della Dir. 2005/36/CE), recepita con Legge comunitaria 1999 e con il d.lgs. n. 96/2001, stabilisce che la professione di avvocato deve essere svolta nel rispetto delle norme deontologiche dello Stato membro in cui il professionista europeo esercita. Il Codice Deontologico Forense italiano, cui rinvia la Legge n. 247/2012, dispone che il rapporto con la

parte assistita è fondato sulla fiducia (art. 11 c.2). Tale previsione, unitamente alla natura della prestazione, che come noto corrisponde ad una obbligazione di mezzi e non di risultato, spiegano perché il patrocinio non è regolato dalla Direttive 24 e 25 e dal Codice dei contratti pubblici.

In particolare, a tale orientamento si richiama il Consiglio Nazionale Forense, secondo cui non è dato rinvenire alcun fondamento normativo nel Codice dei contratti pubblici per sovvertire l'orientamento consolidato a seguito della sentenza n.2730/2012 del Consiglio di Stato, che ammetteva l'affidamento fiduciario dell'incarico di patrocinio legale.

Infine, uno dei soggetti intervenuti alla consultazione pubblica ritiene che nello specifico caso dell'affidamento degli incarichi legali si è in presenza di un problema interpretativo (se tali incarichi siano o meno da assimilare alla nozione di appalto di servizio) che, in quanto tale, esula dalle competenze attivate da ANAC. Si ritiene, quindi, che non ricorrerebbero i presupposti legittimanti l'esercizio dei poteri regolatori di cui all'art. 213 del D.lgs. 50/16, atteso che il presupposto sulla scorta del quale il documento è emanato è controverso.

Opzione scelta

Si premette che l'Autorità ha rivisto il proprio orientamento sulla questione, di valenza pregiudiziale, alla luce del parere definitivo reso dal Consiglio di Stato, ed ha comunque tenuto in debita considerazione i contributi forniti dagli stakeholders intervenuti, sia in prima battuta (consultazione on line) che successivamente (in esito alle apposite richieste trasmesse agli interlocutori istituzionali).

Come detto, alcuni stakeholders ritengono che, anche nell'attuale regime, meriti conferma l'orientamento, affermatosi sotto la previgente disciplina (rif. sentenza Consiglio di Stato, n. 2730/2012), per cui l'affidamento di un incarico puntuale di patrocinio legale costituisce un contratto "estraneo" all'applicazione del Codice, e non già un mero contratto "escluso" (ossia escluso dall'ambito oggettivo di applicazione ma purtuttavia nominato dal Codice dei contratti pubblici e assoggettato ai principi recati dall'art.4).

Tale tesi, postulando la concezione per cui l'incarico di patrocinio legale (e più in generale dei servizi menzionati nell'art. 17, co. 1, lett. d) sia un contratto "estraneo" al Codice dei contratti pubblici e, per l'effetto, all'applicazione dei principi di evidenza pubblica ivi richiamati, risiede in sostanza nelle seguenti argomentazioni:

- tale incarico, in quanto intrinsecamente fiduciario, non si presterebbe ad essere oggetto di un rituale procedimento selettivo, sia pure semplificato. A ciò osterebbe non solo il principio costituzionale del diritto alla difesa, recepito anche dalla legge ordinamentale della professione forense, ma, *au fond*, la sostanziale impossibilità di addivenire all'affidamento, alla scelta quindi, attraverso l'applicazione dei criteri utilizzati per la selezione del contraente nell'ambito degli appalti pubblici;
- il considerando 25 della direttiva 2014/24/UE confermerebbe l'assunto che precede, mostrando che il legislatore europeo considera i servizi legali come non assoggettabili alle medesime regole applicabili agli appalti;

- non sarebbe rinvenibile, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, alcuna disposizione normativa idonea a sovvertire l'orientamento sostenuto nel vigore della precedente normativa dal Consiglio di Stato (sentenza n. 2730 del 2012), secondo cui il singolo incarico di patrocinio, costituendo un contratto d'opera, e non un appalto di servizi, si pone al di fuori del sistema degli affidamenti, necessitando unicamente, in applicazione del canone costituzionale del buon andamento (art. 97 Cost.), del riferimento ai principi generali dell'azione amministrativa. Tale circostanza comporterebbe, in sintesi, unicamente l'obbligo di motivare la scelta del professionista e i criteri utilizzati per la selezione, al di fuori di qualsivoglia modulo procedimentale. Anzi, è stato evidenziato come l'attuale art.4, nel sancire l'applicabilità, ai contratti esclusi, dei principi ivi richiamati rappresenterebbe un sostanziale "arretramento" nel rigore procedimentale, rispetto all'art. 27 D.Lgs. n. 163/2006, disposizione che sanciva espressamente l'obbligo di dare corso ad una procedura con almeno cinque inviti (l'attuale art. 4, al contrario, non prevede un numero minimo di soggetti da consultare).

Ad avviso dell'Autorità, appare convincente la complessiva ricostruzione elaborata dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017/2018 del 3 agosto 2018. Al contrario, non si ritiene sostenibile l'argomentazione secondo la quale l'incarico di patrocinio costituisce un contratto "estraneo" all'intera disciplina governata dal Codice.

Se ne può trarre, ad una valutazione complessiva, il seguente ragionamento.

Non può rinvenirsi elemento decisivo nella circostanza che la direttiva comunitaria 2014/24/UE escluda i servizi legali dall'ambito oggettivo di applicazione. Tale circostanza comporta, unicamente, quale diretta conseguenza, la riespansione del potere di regolamentazione in capo al legislatore nazionale.

Né, a ben guardare, appare dirimente, in un senso o nell'altro, la qualificazione del normatore comunitario in termini di "servizi", e quindi di appalti (contratti a titolo oneroso, secondo la definizione recepita dall'art. 3, co. 1, lett. ii) del Codice).

È ormai acquisizione consolidata che, per il diritto comunitario, e di riflesso anche per quello nazionale (v. sentenza Consiglio di Stato, III sez., 15 giugno 2015, n.2596), vige il principio di prevalenza della sostanza rispetto alla forma (*substance over form*).

Appare pertanto indifferente, ai fini di che trattasi, che il legislatore UE non distingua, come quello nazionale, fra contratto d'opera e contratto d'appalto, dal momento che l'ordinamento comunitario si interessa, precipuamente, alla fase della selezione del contraente, esplicativa del pubblico potere nell'ambito della contrattualistica, lasciando ai legislatori nazionali il compito di regolare il regime paritetico, relativo alle obbligazioni contrattuali, in cui riemerge con nitidezza la dicotomia contratto d'opera/contratto d'appalto.

Il secondo argomento prospettato dagli stakeholders contrari all'applicazione del Codice dei contratti pubblici si fonda sull'asserita, sostanziale continuità normativa fra il Codice del 2006 e il Codice del 2016.

Ad avviso dell'Autorità, tale argomentazione non corrisponde pienamente alla realtà.

Si osserva infatti che:

- L'attuale Codice non concepisce i servizi legali come *tout court* esclusi dall'applicazione del Codice, dal momento che riserva ad una parte di essi (quelli inclusi nell'allegato IX) il regime di generale applicazione del Codice, sia pure con le semplificazioni legate alle soglie ed alla pubblicità delle procedure selettive. Non può non tenersi conto di tale circostanza, laddove, nel previgente regime, i servizi legali, ricompresi nell'allegato II B (rif. art. 20 D.Lgs. n. 163/2006), erano indistintamente caratterizzati da un regime di esclusione. È consentito affermare, quindi, che il legislatore del 2016 ha voluto, in effetti, "irrobustire" il legame fra tali servizi e l'evidenza pubblica;
- L'art.4 del Codice, nel disciplinare il regime dei contratti esclusi, e includendovi altresì i contratti attivi, considerati estranei al perimetro del Codice fino alla modifica avvenuta in sede di decreto correttivo, si riferisce, come osservato dal Consiglio di Stato nel parere n. 1241/2018, richiamato nel citato parere n. 2017/2018, indifferentemente ai contratti di lavori, servizi e forniture, esclusi dall'applicazione del Codice, e dunque anche ai servizi legali, a prescindere dal fatto che gli stessi siano inquadrabili, secondo la disciplina nazionale, nel contratto d'opera piuttosto che nell'appalto in senso stretto. Peraltro, in una logica sistematica, non avrebbe senso ritenere che, da un lato esistano (pacificamente) servizi legali disciplinati praticamente *in toto* dal Codice (allegato IX) e, da un altro, servizi legali, di contenuto prestazionale sostanzialmente analogo (v. *infra*), del tutto svincolati dal Codice. È più equilibrato, al contempo più ragionevole, ritenere che, per i servizi legali ex art. 17, il regime sia quello dei contratti esclusi, come letteralmente prevede l'art. 17, e non già quello dei contratti estranei. Diversamente opinando, a parità di oggetto prestazionale si avrebbe che, mentre i servizi ricompresi nell'allegato IX la stazione appaltante dovrebbe attivare le ordinarie procedure disciplinate dal Codice, per gli omologhi servizi, non soggetti a tale disciplina, sarebbe vigente un regime governato dall'assenza di vincoli procedurali.

Il terzo argomento, in sostanza, si basa sull'irriducibilità del carattere fiduciario dell'affidamento e, di riflesso, sull'impossibilità di applicare i criteri selettivi previsti dal Codice per l'affidamento degli appalti.

Sul primo aspetto, non v'è ragione di negare che l'incarico di servizi legali, specie se connesso alla rappresentanza in giudizio, possieda un'intrinseca specificità, tale da distinguerlo dai restanti servizi (lo ha riconosciuto lo stesso Consiglio di Stato, nel parere interlocutorio reso sullo schema delle presenti Linee guida). L'avvocato titolare dello *jus postulandi* per conto dell'Amministrazione non solo presta la sua opera a beneficio dell'ente committente, con la conseguente necessità di assicurare la massima professionalità, ma lo rappresenta dinanzi all'Autorità Giudiziaria e alle parti processuali e condivide con lo stesso un'ampia gamma di informazioni, *know-how*, in ordine ai quali opera senza dubbio il segreto professionale.

Ciò posto, non può peraltro non tenersi in debita considerazione la circostanza che l'amministrazione opera impiegando risorse pubbliche, talché l'individuazione del contraente non può giammai rivelarsi del tutto "libera", svincolata dalla necessità di rispettare i principi, se non le regole puntuali, che presiedono all'affidamento dei contratti pubblici. D'altra parte, a quanti invocano il (solo) rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, appare lecito obiettare che l'art. 1, co. 1 della Legge n. 241/1990 richiama espressamente anche i principi di pubblicità e trasparenza (contenuti anche nell'art.

4 del Codice), che costituiscono il fondamento dell'assunto che rinvia l'obbligo di procedimentalizzazione anche per i contratti esclusi.

Ad avviso dell'Autorità, la fiduciarità, ovvero la necessità, nella fattispecie, che il professionista scelto dal committente pubblico dia garanzia di potere svolgere al meglio il mandato, con professionalità e garanzia di correttezza e nell'esclusivo interesse dell'ente, se non vale, per quanto sopra chiarito, ad escludere tale tipologia di affidamento dal novero dei contratti soggetti all'evidenza pubblica, in forma più o meno attenuata (art. 17 piuttosto che allegato IX), rende tuttavia possibile, anzi doveroso, che la stazione appaltante effettui la selezione valutando in massima parte la capacità e la competenza del professionista, sia in occasione di incarichi puntuali che di affidamento dell'intera gestione del contenzioso (v. *infra*).

Anche l'obiezione che, in simili circostanze, la stazione appaltante non possa riuscire ad applicare i criteri di aggiudicazione previsti per gli appalti non appare assistita da fondamento. Come suggerito nitidamente dall'Autorità nella bozza trasmessa al Consiglio di Stato e dal Supremo Consesso confermato, le stazioni appaltanti, anche nell'affidamento degli incarichi singoli, che astrattamente potrebbero presentare maggiori difficoltà di ordine materiale, devono valutare, oltre alla componente economica, anche aspetti di natura soggettiva, legati alla professionalità del legale. D'altra parte, come l'Autorità ha già osservato nelle Linee guida n.2, in tema di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con il nuovo Codice *“si deve anche considerare che con l'elenco di cui all'art. 95, viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli”*. Anche la giurisprudenza recente non ha mancato di sottolineare questo aspetto (v. *quam multis* Consiglio di Stato, sentenza n. 279 del 17 gennaio 2018), rinforzando la convinzione che la selezione del contraente potrà e dovrà incentrarsi, in prevalenza, su elementi idonei a palesare la professionalità del legale e che, in tale valutazione, non è possibile prescindere dal curriculum e dal percorso professionale dello stesso.

L'assoggettamento dell'affidamento di servizi legali alle disposizioni di cui all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici, presenta del resto i benefici, elencati nello stesso Codice, di maggior trasparenza, *par condicio*, apertura alla concorrenza, che si traducono in una maggiore e più equa distribuzione delle opportunità di svolgere il servizio in favore di pubbliche amministrazioni da parte dei professionisti.

Con riferimento alla riconducibilità dell'incarico di patrocinio legale all'art. 7, comma 6, del d.lgs. 165, la Corte dei Conti - già nel previgente quadro normativo - aveva escluso tale possibilità trattandosi di incarico conferito per adempimenti obbligatori per legge. Mentre nei casi di conferimento di incarichi esterni di parieristica e consulenza legale, la riconducibilità al citato art. 7 è subordinata alla presenza dei presupposti di legittimità individuati dalla giurisprudenza contabile (v. Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, Deliberazione n. 75/2017/VSGO, che per un approfondimento dei vincoli posti al conferimento degli incarichi professionali esterni, rimanda al capitolo 2.3 del “Monitoraggio degli atti di spesa relativi a collaborazioni, consulenze, studi e ricerche, relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e rappresentanza, posti in essere negli esercizi finanziari 2011 e 2012 dagli enti pubblici aventi sede nell'Emilia-Romagna”, della medesima Sezione, approvato con deliberazione n. 135/2015/VSGO).

Con riferimento, infine, alla riconducibilità delle linee guida in esame nelle competenze attribuite dal legislatore all'Autorità, si ricorda che il potere regolatorio dell'Autorità è espressamente volto, tra l'altro, a garantire omogeneità delle procedure amministrative e a favorire lo sviluppo delle migliori pratiche. A tal fine, l'Autorità ha sempre fornito indicazioni ermeneutiche nei casi di maggiore complessità e/o di scarsa chiarezza normativa, richiamando - laddove esistenti - le interpretazioni fornite dalla giurisprudenza e uniformando il contenuto dei propri atti alle indicazioni nomofilattiche espresse dai supremi organi di giustizia civile, amministrativa e contabile. Anche per l'atto di regolazione sull'affidamento dei servizi legali, da un lato, sono state espressamente richiamate le pronunce della magistratura contabile e i pareri del Consiglio di Stato che l'Autorità ha seguito nella formulazione delle indicazioni suggerite, dall'altro, l'Autorità ha sottoposto lo schema di determinazione al parere del Consiglio di Stato, adeguandone il contenuto alle osservazioni formulate. Ciò chiarito, giova altresì ricordare che i servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici rientrano espressamente nell'ambito di applicazione del Codice medesimo e che, pertanto, la formulazione dei criteri per la definizione delle due categorie (art. 17, allegato IX) rientra pienamente nelle competenze dell'Autorità.

2. La distinzione fra servizi legali che ricadono nelle previsioni di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), del Codice dei contratti pubblici e quelli assoggettati alla disciplina dell'allegato IX

Nel documento posto in consultazione e nella bozza di atto regolatorio l'Autorità aveva prospettato come del tutto superata, ai fini di che trattasi, la distinzione, ricavata dal precedente regime, fra incarico costituente contratto d'opera professionale e appalto di servizi, valorizzando:

- a) Il tenore letterale dell'art. 17 del Codice, che unifica sotto la nozione di appalti gli affidamenti dei servizi legali;
- b) La dicitura apposta nell'allegato IX, che qualifica in termini di "residualità" gli affidamenti assoggettati al relativo regime.

Si era pertanto ritenuto che l'allegato IX comprendesse unicamente i servizi legali non espressamente menzionati nell'art.17 (ad esempio, la consulenza non collegata ad una lite).

In particolare, in merito alla fattispecie delineata all'art. 17, comma 1, lett. d), n. 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»), alcuni stakeholders hanno rilevato che occorre considerare che la consulenza legale è prodromica alla difesa non solo quando già sussistono i presupposti di un giudizio, ma ogni volta che le scelte procedurali devono essere condivise per una fase giudiziale solo eventuale (es. temi di difficile interpretazione, oggetto di oscillazioni giurisprudenziali o di analisi incerta). Connessione simile si ha poi quando l'assistenza è funzionale allo sviluppo di un procedimento determinato.

Con riferimento alla diversa fattispecie delineata al n. 5 del citato art. 17, si è evidenziato che la connessione fra incarico legale ed esercizio dei pubblici poteri si verifica anche quando l'assistenza è

funzionale allo sviluppo di un procedimento determinato. Ricade quindi nell'art. 17 co.1 lett. d), ogni incarico di consulenza legale per la definizione di un caso particolare, che richiede un approfondimento di dettaglio, non fornibile dagli uffici.

Opzione scelta

L'Autorità, nella finale impostazione dell'atto regolatorio, aderisce alla ricostruzione fornita dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017/2018 del 3 agosto 2018, con riguardo alla distinzione fra incarichi ricadenti nella disciplina dei contratti esclusi (art. 17, comma 1, lett. d) e incarichi assoggettati in sostanza alle previsioni puntuali del Codice (allegato IX).

Non v'è dubbio che sciogliere definitivamente tale riserva appare dirimente per l'applicazione in concreto della disciplina recata dal Codice.

Come chiarito da Palazzo Spada, la *“disciplina è modulata diversamente a seconda della tipologia di contratti aventi ad oggetto servizi legali che vengono in rilievo e non alla natura e oggetto della prestazione professionale”*.

In particolare, secondo quanto emerge dall'analisi delle disposizioni recate dal Codice dei contratti pubblici, l'allegato IX si riferisce a veri e propri contratti di appalto, caratterizzati dalla messa a disposizione di un'organizzazione di tipo imprenditoriale da parte del fornitore, con erogazione continuativa o periodica del servizio e assunzione in proprio del rischio.

Viceversa, le prestazioni che ricadono nello spettro applicativo dell'art. 17, comma 1 lett. d) si addicono alla fattispecie del contratto d'opera disciplinato dal codice civile (art. 2222 e seguenti), in quanto attinenti a prestazioni erogate *“con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente espletata secondo un incarico non continuativo o periodico ma puntuale ed episodico, destinato a soddisfare un singolo bisogno manifestatosi (la difesa e rappresentanza in una singola causa ad es.)”*.

Il ragionamento del Consiglio di Stato, teso a confermare la perdurante rilevanza della dicotomia contratto d'opera professionale/appalto di servizi ai fini della selezione del contraente, supera tuttavia l'impostazione sostenuta, nel previgente regime normativo, dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2730/2012.

L'argomentazione si fonda sull'apparente (parziale) sovrapposizione fra le prestazioni che l'art. 17 co. 1 lett. d) menziona fra i servizi legali esclusi e quelle che, mediatamente attraverso l'indicazione dei CPV indicati nell'allegato IX, sono assoggettate alle regole, anche se attenuate, del Codice dei contratti pubblici.

In pratica - osserva il Consiglio nel recentissimo parere - gli incarichi indicati nell'art. 17 (patrocinio, consulenza collegata ad una lite esistente, ecc.) trovano piena corrispondenza nei CPV indicati nell'allegato IX (*“servizi legali nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art.1, comma 1, lett. d del Codice”*). La distinzione, pertanto, non può essere ricercata nell'aspetto prestazionale, che quasi interamente coincide (con esclusione della consulenza non collegata ad una lite esistente), ma nel profilo contrattuale dell'incarico, a seconda che l'amministrazione committente necessiti di un incarico *ad hoc*,

per un fabbisogno puntuale, ovvero esternalizzi la gestione del contenzioso in modalità seriale. La ricostruzione fornita dal Consiglio di Stato, pertanto:

- risolve l'apparente antinomia fra le disposizioni sui servizi legali recate dal Codice dei contratti pubblici;
- mantiene la tradizionale distinzione concettuale, rilevante nell'ordinamento nazionale, fra contratto d'opera professionale e appalto di servizi, cui si riconducono i due differenti regimi giuridici previsti dal Codice dei contratti pubblici;
- fornisce alle amministrazioni committenti, nel pieno esercizio della discrezionalità che compete loro, gli strumenti per gestire al meglio, in modo flessibile, le relative esigenze d'acquisto. Come risulta evidente, e sottolineato dallo stesso Consiglio di Stato, il diverso regime (appalto/contratto d'opera) rende quanto mai necessari una corretta rilevazione dei fabbisogni e una coerente pianificazione degli acquisti.

Le Linee guida, al par. 1 e nei successivi, riprendono l'impostazione avallata dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017/2018 evidenziando altresì, nelle premesse, la necessità che il fabbisogno venga correttamente e tempestivamente rilevato, anche allo scopo di evitare la possibile violazione del divieto di frazionamento artificioso della commessa, previsto all'art. 51 del Codice dei contratti pubblici. Al riguardo, va da sé che, in tale ottica interpretativa delle disposizioni recate dal Codice, gioca un ruolo determinante l'assetto organizzativo della stazione appaltante, con particolare riferimento alla presenza o meno di un ufficio avvocatile con un congruo numero di avvocati, o della possibilità di avvalersi dell'Avvocatura dello Stato.

Con riguardo alla prestazione dell'attività di consulenza, appare evidente che tra le cinque tipologie di servizi legali esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici, quella di cui all'art. 17, co. 1, lett. d), n. 2 necessita, in particolare, della individuazione di specifici criteri in grado di definire le tipologie di attività riconducibili nella predetta previsione normativa. Infatti, si tratta di servizi sussumibili nel più ampio *genus* della "consulenza giuridica", che è soggetta, invece, all'applicazione della disciplina di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici (tranne nei casi che sono, appunto, inquadrabili nell'art. 17, co. 1, lett. d), n. 2). Pertanto, occorre certamente declinare quanto più ampiamente possibile il significato di quelle specificità che la norma primaria individua per la consulenza legale esclusa dal Codice dei contratti pubblici ai sensi del richiamato art. 17. Tali specificità consistono:

- a) in un elemento di tipo teleologico, ossia la finalità di «preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1» ;
- b) nella presenza di un presupposto oggettivo, che può consistere in un «un indizio concreto» o in «una probabilità elevata» che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento.

L'Autorità ritiene, quindi, che caso di cui alla lett. a) che precede debba essere già individuabile un procedimento giudiziario, di arbitrato o di conciliazione di cui l'amministrazione intende valutare la attivazione o nel quale la stessa è stata convenuta. Ciò in quanto le ipotesi di procedimento solo eventuale sono riconducibili nelle fattispecie di cui alla lett. b) che precede; per queste ultime, tuttavia, è richiesto un presupposto oggettivo: l'indizio concreto o l'elevata probabilità che la questione oggetto di consulenza divenga oggetto del procedimento. Per meglio declinare il significato da attribuire all'"indizio concreto", l'Autorità ha indicato, a titolo esemplificativo, il caso di ricezione da parte

dell'amministrazione di un atto di diffida o messa in mora o, comunque, di un qualsiasi altro atto da cui si evinca la potenziale attivazione di uno dei predetti procedimenti. Con riferimento al presupposto della "probabilità elevata" che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di un procedimento giudiziario, arbitrale o di conciliazione, accogliendo alcune delle opzioni proposte in sede di consultazione, sono stati indicati, a titolo esemplificativo, i casi in cui la questione sia oggetto di oscillazioni giurisprudenziali o quelli in cui la medesima fattispecie e/o fattispecie analoghe siano state già oggetto di pregressi procedimenti.

Non sono state accolte le opzioni molto generiche che, in quanto tali, non costituiscono un effettivo criterio discrezionale.

3. Sulle modalità di affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d) del Codice dei contratti pubblici

Secondo alcuni stakeholders l'art. 4 del Codice dei contratti pubblici elenca i principi generali dell'azione amministrativa e non stabilisce regole procedurali per la selezione dei contraenti.

Altri osservano che, secondo quanto riportato nel documento di consultazione, l'affidamento dell'incarico di patrocinio legale di importo inferiore a € 40.000 sarebbe proceduralmente più complesso dell'affidamento di un appalto pubblico, che ai sensi dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici può essere aggiudicato senza confronto tra preventivi. Il che comporterebbe una violazione del divieto di *gold plating*.

A parere di altri soggetti intervenuti alla consultazione, invece, sarebbe opportuno prevedere che ogni stazione appaltante si doti di un proprio regolamento che disciplini sia la costituzione di un eventuale elenco, sia le procedure per l'affidamento degli incarichi in presenza o meno di tale elenco e le modalità di scelta nel caso di costituzione in giudizio impellente, oltre che la definizione del principio di rotazione. Si ritiene, altresì, opportuno specificare l'obbligatorietà del ricorso all'indagine di mercato preventiva in assenza di un Regolamento e/o elenco interno, nonché il divieto di affidare senza alcuna selezione un servizio di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), D.lgs. 50/2016 ad un soggetto già affidatario di altro servizio di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici.

Alcuni, infine, chiedono l'eliminazione del riferimento al principio di rotazione, in quanto non contemplato dall'art. 4 del Codice dei contratti pubblici e in contrasto con la sua natura speciale che porta a derogare a quella generale di cui all'art. 36. Inoltre, si ritiene inaccettabile il riferimento all'estrazione a sorte dall'elenco, in quanto criterio non previsto dall'art. 4, che finisce per affidare al puro caso l'affidamento di un incarico difensivo particolarmente delicato e complesso come è quello la cui tempistica di affidamento è stringente.

Opzione scelta

Come già evidenziato in precedenza, l'Autorità conferma, con l'avallo del Consiglio di Stato, l'orientamento per cui l'affidamento dei servizi legali esclusi deve essere realizzato nel rispetto dei principi di cui all'art. 4 del Codice.

Come si evince chiaramente dalla rubrica dell'art. 4, tale disposizione detta i principi "relativi all'affidamento dei contratti pubblici esclusi", che coincidono con quelli generali dell'azione amministrativa (l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 stabilisce, infatti, che l'attività amministrativa è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario, nei quali è possibile comprendere i principi di parità di trattamento, proporzionalità e tutela dell'ambiente ed efficienza generica, espressamente contemplati all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici).

Il par. 3 delle Linee guida richiama, allo scopo, il rispetto dei canoni menzionati in tale disposizione (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), evidenziandone le peculiarità rispetto all'affidamento dei servizi legali.

Si evidenzia fra l'altro la necessità:

- per quanto concerne l'economicità, di verificare la congruità del corrispettivo e l'equità del compenso, anche tenuto conto delle disposizioni previste dal d.m. 8 marzo 2018, n. 37 (equo compenso);
- per quanto concerne la trasparenza, di fornire ad ogni operatore economico interessato all'affidamento, un adeguato livello di conoscibilità delle informazioni;
- per quanto concerne la pubblicità, garantire l'adeguata pubblicità dei propri affidamenti.

L'atto regolatorio in esame, in conformità al principio del divieto di gold plating, non ha prescritto alcuna specifica, tassativa procedura che le stazioni appaltanti sono tenute a seguire nell'affidamento dei servizi legali esclusi dal Codice dei contratti pubblici, né ha previsto come obbligatorio il confronto di più preventivi, ma ha declinato i principi di cui al citato art. 4, seguendo, tra l'altro, anche le indicazioni contenute nella Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02 della Commissione europea.

In particolare, è stata prevista la possibilità di dare corso ad avvisi pubblici di manifestazione di interesse, mentre al par. 3.1.3 è stata indicata, quale *best practice*, la costituzione di elenchi di professionisti, da consultare ai fini del conferimento dell'incarico singolo.

4. Sull'affidamento diretto di un incarico ex art. 17, comma 1, lett. d) del Codice dei contratti pubblici

Alcuni dei soggetti intervenuti alla consultazione pubblica hanno evidenziato ipotesi ulteriori, rispetto al caso di impellente costituzione in giudizio, nelle quali potrebbe risultare opportuno un affidamento diretto dell'incarico di patrocinio legale ad un determinato professionista. In particolare, sono state richiamate le ipotesi di consequenzialità tra incarichi (per le diverse fasi del giudizio) e di complementarietà con altri incarichi.

Altri stakeholders hanno evidenziato che per i contratti di appalto sotto soglia, soggetti integralmente alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, il legislatore permette l'affidamento diretto, se adeguatamente motivato, entro la soglia dei 40.000 euro; a maggior ragione tali regole debbono valere per i servizi legali, considerati esclusi dal legislatore (ex art. 17 del Codice dei contratti pubblici).

Altri, ancora, ritengono che se la stazione appaltante può prendere in considerazione l'esito di precedenti rapporti già intercorsi con i professionisti, la sua selezione è condizionata da un pre-giudizio, che potrà essere a favore di chi l'ha difesa in passato con successo, con elusione dei principi di imparzialità e parità di trattamento, in danno dei professionisti che aspirino ad instaurare un rapporto per la prima volta.

Opzione scelta

Nel parere n. 2017/2018 il Consiglio di Stato ha condiviso l'opportunità che, in talune ipotesi, la scelta del professionista avvenga in modalità diretta, senza esame comparativo, pur ravvisando la necessità di delimitare ulteriormente, rispetto alle ipotesi prospettate, le situazioni legittimanti.

Nelle Linee guida in esame, al par. 3.1.4 l'Autorità ha ritenuto opportuno ribadire che l'affidamento diretto, senza alcuna preventiva valutazione comparativa, deve costituire una modalità di affidamento eccezionale, essendo incompatibile con i principi di cui all'art. 4 del Codice dei contratti pubblici. Pertanto, la determinazione in esame evidenzia che l'affidamento diretto del servizio legale è possibile solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre. Al riguardo, giova evidenziare che la giurisprudenza contabile, anche nel previgente quadro normativo, ha più volte censurato l'affidamento in via fiduciaria degli incarichi di patrocinio legale, in mancanza di una procedura comparativa, ritenendolo lesivo dei principi di pubblicità, imparzialità e concorrenza.

L'Autorità ha ritenuto utile individuare alcune ipotesi, meramente esemplificative, che potrebbero giustificare la scelta di un affidamento diretto. Sono state aggiunte le opzioni suggerite dagli stakeholders, quali i casi di consequenzialità tra incarichi (ad esempio, in occasione dei diversi gradi di giudizio) o di complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento, che siano stati positivamente conclusi.

In tale ipotesi, infatti, si condivide che l'affidamento diretto al medesimo professionista possa rispondere ai principi di efficienza ed efficacia e, quindi, al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico. Tuttavia, in osservanza dei principi di trasparenza e pubblicità, si è indicato che tale opzione debba essere indicata nel bando o nell'avviso relativo all'affidamento del primo incarico.

Inoltre, su indicazione del Consiglio di Stato:

- è stato espunto il riferimento ai casi di urgenza, dal momento che, di regola, la costituzione di appositi elenchi serve a velocizzare l'iter di affidamento, preconstituendo a monte la lista dei soggetti da consultare;
- è stata introdotta la fattispecie della "assoluta particolarità" della controversia, fattispecie che può ragionevolmente verificarsi in caso di assoluta novità del *thema decidendum* o, comunque, della questione trattata.

5. Sulla costituzione di un elenco.

Secondo alcuni dei soggetti intervenuti alla consultazione pubblica, l'obiettivo della P.A. di ottenere la migliore tutela legale non si ottiene limitando la scelta solo a quanti hanno avuto l'accortezza di inserirsi in un elenco, spesso neppure facilmente conoscibile. Gli elenchi utilizzabili sono quelli dell'art. 15 L. 247/12, tra cui quello degli specialisti, del quale va sollecitata la formazione. Si evidenzia, inoltre, che non risulta necessario pubblicare sul sito dell'amministrazione un apposito "avviso indicativo finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse" (la pubblicazione di un Avviso potrebbe non solo ridurre la platea degli avvocati interessati ma, soprattutto, appare superfluo considerato che è notorio che tutte le PP.AA. sono dotate di short list dedicate).

Secondo altri, invece, in vista della formazione degli elenchi, le stazioni appaltanti debbono, sin da subito, acquisire i curricula degli avvocati.

È stato osservato, inoltre, che la richiesta di preventivi per una valutazione comparativa, e dunque l'applicazione del criterio del massimo ribasso, non solo contrasta con le fonti che disciplinano il corretto esercizio del mandato difensivo e più in generale con la disciplina dell'ordinamento forense (L. 247/2012 e connesse fonti applicative) ma anche con quanto affermato in maniera pressoché unanime dalla giurisprudenza, secondo cui compensi molto al di sotto dei minimi tariffari ledono il decoro e il prestigio della professione (si veda, la sentenza TAR Sicilia, Palermo, sez. III n. 3057/2016). Si ritiene che invece occorra prevedere la stipula, sulla base di quanto disposto dalla L. 247/12, di una preventiva "Convenzione disciplinare di incarico" nella quale stabilire il compenso per la complessiva attività legale in linea con gli importi riportati nel d.m. n.55/14 (oggi adeguati dal d.m. 8 marzo 2018, n. 37).

Anche la previsione di un'estrazione a sorte dall'elenco per conferire incarichi in "giudizi impellenti", è ritenuta da alcuni non idonea a garantire la qualità del servizio (di natura intellettuale), che non può equipararsi ad una attività di natura meccanica e ripetitiva, oltre che in contrasto con il principio di efficacia.

Opzione scelta

Come detto in precedenza, l'Autorità ha ravvisato nella costituzione di elenchi, a cura e opera della stazione appaltante, la *best practice* per l'affidamento dei servizi legali ex art.17 del Codice.

L'opzione di far riferimento, in luogo di un elenco di professionisti costituito dalla stazione appaltante, agli albi e agli elenchi di cui all'art. 15 della l. n. 247/2012 non è percorribile, dal momento che solo la costituzione dell'elenco da parte della stazione appaltante consente una pre-qualifica degli avvocati che fanno richiesta di iscrizione sulla base dei requisiti di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnico-professionale stabiliti dalla medesima stazione appaltante. Circa la ritenuta superfluità della pubblicazione di un avviso finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse per essere inseriti nell'elenco, si sottolinea che non sono state indicate le ragioni per le quali esso potrebbe ridurre la platea degli avvocati interessati.

Si ritiene, al contrario, una necessaria azione pro-competitiva, volta ad evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcuni professionisti e a favorire la distribuzione tra gli operatori economici delle opportunità di essere affidatari di un contratto pubblico.

Per quanto concerne i criteri per la costituzione dell'elenco e la modalità per selezionare il professionista legale in relazione all'incarico ad hoc, le Linee guida, al par. 3.1.3, recepiscono l'orientamento del Consiglio di Stato, finalizzato a garantire un percorso determinato e il più possibile rapido ed efficiente. Si prevede in particolare che:

- l'elenco può essere suddiviso per settori ed eventualmente essere ristretto (cd. *short list*), ossia limitato ai professionisti che, in virtù dei *curricula* e delle schede personali presentati, soddisfano le esigenze della stazione appaltante sulla base di criteri, indicati nell'avviso pubblico, ossequiosi dei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione;
- la scelta del soggetto presente in elenco tenga conto di parametri applicabili per fasi successive. Il criterio principale sarà rappresentato dall'esperienza e dalla competenza, nella trattazione dello specifico contenzioso o questione controversa. Si potrà naturalmente tenere conto della pregressa, proficua collaborazione in relazione alla medesima questione e, in caso di sostanziale omogeneità dei profili professionali pre-selezionati, anche del corrispettivo proposto. La componente economica, pertanto, viene prefigurata quale elemento selettivo residuale, ferma restando la necessità, come in precedenza evidenziato, di vagliare in ogni caso la congruità e l'equità del corrispettivo richiesto.

Con riferimento alla richiesta di preventivi per procedere a una valutazione comparativa, preme evidenziare che l'atto regolatorio in esame la indica come uno degli strumenti utilizzabili per la valutazione di congruità del corrispettivo, richiesta dal principio generale di economicità, precisando che la stessa possa essere effettuata, tra l'altro, sulla base dei parametri fissati nel decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, «Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247».

In merito alla possibilità di utilizzare il criterio dell'estrazione a sorte, su indicazione del Consiglio di Stato nel testo finale delle Linee guida si è optato per non prevedere tale modalità selettiva, convenendo con quanto asserito dal Supremo Consesso circa l'inidoneità ad assicurare la qualità della scelta.

In senso analogo, nello schema finale di atto regolatorio si è optato:

- per un temperamento all'applicazione del principio di rotazione, prevedendosi, al penultimo periodo del par. 3.1.3, che tale meccanismo selettivo possa funzionare solo in riferimento ad affidamenti di minore rilevanza, per contenuto (es. contenzioso seriale) o valore;
- per introdurre il criterio dell'equa ripartizione degli incarichi, in virtù del quale le stazioni appaltanti garantiscono l'equa distribuzione degli affidamenti, potendo stabilire, nell'esercizio della discrezionalità, un tetto massimo di incarichi attribuibili al singolo professionista.

6. I servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici

Uno dei soggetti intervenuti alla consultazione pubblica ritiene non corretta l'affermazione secondo la quale l'attività che si realizza "prevalentemente mediante la produzione di pareri e di atti di assistenza legale non connessa alla difesa in giudizio" non sarebbe riservata agli avvocati iscritti all'albo ai sensi dell'art. 2, co. 6, della L. n° 247/2012. Si ritiene, infatti, che l'assistenza stragiudiziale sia, in ogni caso, almeno potenzialmente, "connessa all'attività giurisdizionale", avendo ad oggetto situazioni soggettive per le quali è sempre garantita (per e contro l'amministrazione) la tutela in giudizio e che sia solo l'avvocato che, per la richiamata disposizione, ha una competenza generale a prestarla, competenza che può trovarsi a concorrere, senza venir esclusa, con quella di altri professionisti regolamentati, ma se, e solo se, si tratta di "competenze espressamente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge" (escluso, dunque, l'apporto di fonti sub primarie). In conclusione, si ritiene che: a) non esistono, ai sensi dell'Allegato IX al D.lgs. n° 50/2016, "Servizi legali" che non rientrino nell'esclusione opportunamente disposta dall'art. 17 del medesimo; b) nella scelta dell'avvocato da parte dell'amministrazione, il rispetto dei principi richiamati nell'art. 4 del D.lgs. n° 50/2016 coincide con il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa.

Opzione scelta

Per quanto già rappresentato, l'Autorità aderisce all'opzione interpretativa recata dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017/2018, tesa a ritenere che i servizi legali soggetti alla disciplina di cui al combinato disposto dell'allegato IX e degli artt. 140 e ss. del Codice dei contratti pubblici siano da configurare, sulla base del fabbisogno individuato e richiesto dalla stazione appaltante, come veri e propri appalti di servizi.

Si rinvia, sull'argomento, alle osservazioni formulate nel par. 2 della presente Relazione.

Con riguardo inoltre al tema della legittimazione a fornire attività di consulenza, l'opzione scelta dall'Autorità è conforme a quanto disposto dall'art. 2, comma 6, della L. n. 247/2012, come già evidenziato anche nel documento di consultazione, dal momento che anche tale disposizione normativa "riserva" agli avvocati (solo) «l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale». Appare evidente che il riferimento ad un'attività di consulenza legale connessa all'attività giurisdizionale, contenuto sia nella l. n. 247/2012 che nell'art. 17 del Codice dei contratti pubblici, implica che il ~~nostro~~ legislatore nazionale ritiene configurabile anche un'attività di consulenza legale non connessa ad attività giurisdizionale. L'atto di regolazione si è proposto l'obiettivo, appunto, di fornire un ausilio alle stazioni appaltanti nell'individuare la linea di demarcazione tra le due categorie, tanto più rilevante se si considera che da essa dipende l'applicazione o meno del Codice dei contratti pubblici nell'affidamento dei relativi contratti. Pertanto, l'opzione proposta, secondo la quale non esistono, ai sensi dell'Allegato IX, servizi legali che non rientrano nell'esclusione di cui all'art. 17 del Codice dei contratti pubblici medesimo, non è percorribile, posto che contrasta con il dato normativo.

7. Le procedure di affidamento dei servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici

Con riferimento alla disciplina che governa le procedure di affidamento dei servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici, alcuni stakeholders ritengono che dovrebbero trovare applicazione solo le disposizioni contenute negli artt. 140 e ss. del medesimo Codice e non anche –

come sostenuto nel documento in consultazione – tutte le altre disposizioni normative in quanto non derogate. Al riguardo, si osserva che le norme in questione non disciplinano solo le forme di pubblicità, rinviando per il resto alla restante disciplina codicistica, ma stabiliscono che i servizi di cui all'allegato IX “sono aggiudicati” secondo le regole da essi recate (art. 140), ovvero che l'intero procedimento è regolato dalle (sole) norme contenute agli artt. 140 o 142.

Molte osservazioni pervenute attengono all'utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo nelle procedure di affidamento dei servizi legali. Si è osservato, in particolare, che tale criterio non sarebbe coerente con la natura intellettuale del servizio. L'applicazione di criteri esclusivamente economici si scontrerebbe anche con l'art. 2233 c.c., non toccato dal venir meno delle tariffe minime ma richiamato dal DM 55/2014, che prescrive - a garanzia della qualità della prestazione e degli interessi dei consumatori (cfr. CdS, VI n.238/15)- che la misura del compenso sia adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione: requisiti difficilmente garantiti in procedure comparative al massimo ribasso, con il rischio di offerte non serie e affidabili (cfr. TAR Milano, IV, n. 902/17). Poiché l'avvocato è co-protagonista nella giurisdizione e le prestazioni difensive non sono “standard”, sarebbe necessario privilegiare il profilo qualitativo dando rilievo alla competenza nel settore cui si riferisce la prestazione richiesta.

Secondo alcuni l'ANAC dovrebbe espressamente vietare l'utilizzo del criterio del prezzo più basso o, comunque, inibire meccanismi di gara che di fatto tendano ad applicare in prevalenza tale ultimo criterio. Inoltre, si ritiene opportuno che l'ANAC, nel dettare direttive per le amministrazioni affidanti, preveda espressamente la definizione di un livello minimo oltre il quale non può essere consentita l'offerta (o il ribasso della stessa), ad esempio agganciato ai parametri previsti dal Regolamento per la liquidazione dei compensi per la professione forense (D.M. n. 55 del 10 marzo 2014) emanato a norma dell'art. 13 della Legge n. 247/2012.

Per lo stesso motivo è stata richiamata l'ordinanza del TAR Lecce, sez. II, 18 gennaio 2017, n. 21, nella quale i Giudici amministrativi hanno ritenuto il massimo ribasso un criterio inidoneo a selezionare un avvocato.

Sull'utilizzo nelle procedure di affidamento dei servizi legali del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo è stato osservato, invece, che lo stesso risulta di difficile attuazione per i tempi che, se pur brevi, dette procedure necessitano.

In ordine ai criteri di valutazione delle offerte, alcuni soggetti hanno chiesto di precisare che quello relativo alla “professionalità e adeguatezza dell'offerta” possa essere desunto non solo dal numero di servizi svolti dal concorrente affini a quelli oggetto dell'affidamento di valutazione ma anche dalla rilevanza degli stessi e che il riferimento ai servizi già svolti sia esteso anche a quelli “identici”. Si ritiene, inoltre, che debba essere eliminato il criterio di valutazione relativo alle “caratteristiche metodologiche dell'offerta desunte dall'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico”, in quanto inapplicabile agli incarichi di difesa giurisdizionale le cui modalità di svolgimento dipendono, esclusivamente, dal Giudice. Gli aspetti della prestazione difensiva “dipendenti” dall'avvocato sono, da un lato, quelli del rispetto dei termini processuali; dall'altro, quelli inerenti gli obblighi di informazione del cliente. Relativamente ai primi, premiando l'avvocato che anziché promuovere una lite ovvero costituirsi in essa nell'ultimo giorno utile secondo la specifica disciplina processuale, migliori tale tempistica assicurando dei tempi più ristretti, si finirebbe per minare

la compiutezza e la pienezza dell'esercizio dello stesso diritto di difesa atteso che l'avvocato, per poter rispettare la "miglioria" offerta, dovrebbe avere un tempo più ristretto per la proposizione di una controversia ovvero dovrebbe anticipare la propria costituzione in giudizio, così avvantaggiando l'avversario che avrebbe un termine a propria difesa più ampio di quello di legge. Quanto ai secondi aspetti, non è credibile che l'avvocato che informa il proprio cliente un minuto dopo aver compiuto l'adempimento processuale garantisca una prestazione difensiva migliore rispetto al legale che vi provvede dopo. Tale criterio di valutazione risulterebbe di difficile applicazione anche in ordine alle prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale, per le quali è agevole prevedere che il confronto competitivo si articoli sul numero di ore e/o di giornate di assistenza e consulenza orale, con conseguente rischio che affidamenti di tal sorta finiscano per "mascherare" forme di lavoro subordinato in spregio alla imperativa normativa in tema di accesso ai pubblici impieghi. Quanto alla consulenza scritta, l'unico profilo delle sue modalità di svolgimento che sembra poter formare oggetto di un confronto competitivo pare essere quello della sua tempistica: valgono, al riguardo, le tesse critiche negative già formulate in ordine alla tempistica di produzione degli atti giudiziali. Con riferimento al criterio del "ribasso percentuale unico indicato nell'offerta economica", si chiede, da un lato, di "caldeggiare" l'applicazione della previsione di cui al co. 7 dell'art. 95 (confronto competitivo esclusivamente in base a criteri qualitativi), dall'altro, di integrarlo con il richiamo all'esigenza che il "prezzo a base d'asta" sia determinato in applicazione dei parametri tariffari di cui al D.M 55/2014.

Opzione scelta

Con riferimento alla disciplina applicabile alle procedure di affidamento dei servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici, si ritiene non percorribile l'opzione ermeneutica proposta, secondo la quale troverebbero applicazione solo gli artt. 140 (per i settori speciali) e 142 (per i settori ordinari).

Al riguardo, occorre evidenziare che l'art. 76 della direttiva 2014/24/UE e l'art. 93 della direttiva 2014/25/UE prevedono che gli Stati membri introducano norme a livello nazionale per l'aggiudicazione di queste categorie di appalti (rispettivamente, nei settori ordinari e nei settori speciali) e che siano liberi di determinare le norme procedurali applicabili fintantoché tali norme consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione. Il legislatore nazionale, tuttavia, si è limitato a recepire il regime pubblicitario alleggerito fissato ai citati artt. 76 e 93 delle direttive, senza introdurre ulteriori norme procedurali in relazione alla specificità dei servizi (a parte la previsione di una soglia specifica per gli affidamenti comunitari, ex art. 35). Di conseguenza, non possono che applicarsi, per il resto, le regole ordinarie, dal momento che l'interpretazione proposta porterebbe, di fatto, a escludere questa categoria di servizi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici.

In merito al criterio di aggiudicazione utilizzabile, si evidenzia che, ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. b) del Codice dei contratti pubblici, laddove l'amministrazione decidesse di ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica anche per l'affidamento di servizi legali di importo inferiore 40.000 euro, potrebbe in astratto utilizzare il criterio del minor prezzo. Sebbene l'atto di regolazione non possa di per sé vietare l'utilizzo del criterio del minor prezzo in tale ipotesi, come richiesto da alcuni dei soggetti intervenuti alla consultazione, in quanto l'utilizzo dello stesso è espressamente previsto dal legislatore, al par.3.2.6 dell'atto regolatorio si suggerisce di non utilizzarlo negli affidamenti in questione, allo scopo di privilegiare la componente qualitativa della scelta.

Circa i criteri di valutazione delle offerte descritti nell'atto di regolazione, è stata accolta l'opzione proposta di riferire la desumibilità della "professionalità" non solo dal numero ma anche dalla rilevanza dei servizi svolti dal concorrente, affini a quelli oggetto dell'affidamento. Non si è ritenuto di accogliere, invece, la richiesta di specificare il riferimento anche ai servizi già svolti "identici" a quello oggetto di affidamento, dal momento che il richiamo ai servizi "affini" ben include il caso di servizi "identici". In merito al criterio di valutazione relativo alle "caratteristiche metodologiche dell'offerta desunte dall'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico", non è stata accolta la richiesta di eliminare tale criterio dal momento che esso non va riferito al compimento degli atti processuali prescritti dalla legge e/o richiesti dal Giudice bensì alle modalità di svolgimento dell'incarico che rientrano nella autonomia di organizzazione del singolo professionista. Tra queste possono rientrare anche gli aspetti relativi alla tempistica osservata dal professionista sia nella preparazione degli atti che nella informativa al cliente, per i quali non sussiste alcun elemento ostativo a considerarli elementi di valutazione, se ritenuti apprezzabili dalla stazione appaltante. A maggior ragione, in sede di stesura definitiva delle Linee guida, al par. 3.2.7, lettera b) è stato aggiunto l'inciso desunte "dal progetto globale dei servizi offerti e.", a volere sottolineare che, nella valutazione del progetto tecnico in occasione di una procedura ad evidenza pubblica, la stazione appaltante può ragionevolmente valorizzare, e quindi valutare, aspetti progettuali dell'offerta che, di norma, sfuggono ad una cognizione immediata, come in occasione dell'affidamento del singolo incarico (art. 17 del Codice).

8. Sui requisiti di partecipazione

In ordine al requisito dell'assenza di una situazione di conflitto di interesse, alcuni stakeholders hanno osservato che la relativa valutazione andrebbe differita al momento dell'affidamento del servizio legale, atteso che la sua anticipata applicazione all'atto di inserimento nell'elenco è penalizzante nei riguardi degli avvocati che, al fine di poter coltivare la mera aspettativa di un eventuale e futuro incarico di difesa o di consulenza, devono rinunciare, a priori, a qualsiasi incarico di patrocinio contro la stessa amministrazione, senza che quest'ultima sia obbligata a conferire alcun incarico.

Alcuni stakeholders hanno chiesto di inserire tra i "requisiti di partecipazione" anche l'assenza di sanzioni disciplinari negli ultimi 3/5 anni, nonché di sanzioni per violazioni al codice deontologico.

Con riferimento ai requisiti di capacità economica e finanziaria e, in particolare, al possesso di una polizza assicurativa, si è chiesto di richiamare il D.M. 22 settembre 2016 che fissa le condizioni essenziali e i massimali minimi, nonché di eliminare il riferimento ad un livello di copertura assicurativa "superiore a quello richiesto per l'iscrizione all'Albo" in realtà non previsto dalla l. 247/12 (art. 12, co. 4).

In merito ai requisiti di partecipazione dei servizi analoghi e del fatturato specifico, sono state formulate alcune opzioni relative alle modalità di imputazione degli stessi in base alla forma, individuale o collettiva, del concorrente. Precisamente, i predetti requisiti dovranno essere posseduti:

1. in caso di professionista singolo, che abbia operato in passato come professionista singolo, dalla persona fisica concorrente;

2. in caso di associazioni professionali, dai professionisti indicati quali esecutori delle prestazioni contrattuali, in virtù dell'art. 34, comma 3 del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 che non ammette l'assunzione di incarichi in proprio da parte dello studio associato;
3. in caso di società tra avvocati, dai professionisti indicati quali esecutori delle prestazioni contrattuali in virtù dell'art. 24 del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 che mette in luce come anche nel caso di un incarico conferito alla società tra avvocati, la prestazione professionale abbia una connotazione personale;
4. nel caso in cui un singolo professionista abbia maturato la propria esperienza in forma associata o presso una società tra avvocati ma attualmente operi in proprio o in altra forma associata o presso altra società tra avvocati, in ragione della personalità della prestazione, il servizio analogo e il fatturato specifico potranno essere spesi dal professionista singolo o dal professionista che venga indicato quale esecutore delle prestazioni dall'operatore economico partecipante e non già dall'associazione o dalla società presso le quali egli ha maturato la propria esperienza in passato;
5. nel caso in cui le prestazioni siano state svolte in passato da più professionisti congiuntamente e questi si presentino alla procedura attuale separatamente, entrambi potranno giovare dei servizi analoghi e del fatturato specifico per l'intero.

Uno dei soggetti intervenuti alla consultazione pubblica ha suggerito di indicare alle stazioni appaltanti la possibilità di prevedere, tra i requisiti di partecipazione, il possesso di attestazioni di conformità ad un'apposita Prassi di Riferimento per il settore dei professionisti legali, avente come oggetto "Modelli organizzativi, analisi e gestione dei rischi professionali per gli studi legali" in corso di sviluppo presso UNI, Ente Italiano di Normazione.

Alcune osservazioni hanno riguardato la tematica delle verifiche dei requisiti di partecipazione. In particolare, alcuni stakeholders hanno osservato che i controlli sui requisiti di moralità richiedono tempi che potrebbero non essere compatibili con i tempi, spesso assai ristretti, per l'affidamento di un incarico di difesa giudiziale (cioè, soprattutto, in caso di ricorso ex art. 120, co. 2 bis, d.lgs. n. 104/2010 o comunque di ricorso corredato da istanza cautelare o richiesta di decreto monocratico inaudita altera parte). Per questa ragione, si suggerisce di ipotizzare un meccanismo che preveda un controllo "a monte", ossia al momento della iscrizione del professionista nell'elenco, e, successivamente, la richiesta, ad intervalli periodici (es. semestrali), di dichiarazioni sostitutive ai sensi del d.p.r. n. 445/2000 circa la permanenza del possesso dei requisiti richiesti; l'effettivo controllo sul mantenimento dei requisiti generali potrebbe invece essere effettuato una tantum a campione.

Per le verifiche sui servizi analoghi eventualmente richiesti ai fini della partecipazione alla gara, è stato evidenziato, invece, che il dovere deontologico degli avvocati di mantenere il riserbo sui propri clienti (art. 28 del Codice deontologico) potrebbe porsi in contrasto con tali controlli.

Opzione scelta

Sul requisito relativo all'assenza di conflitti di interesse, l'Autorità ha ritenuto di accogliere l'opzione proposta dal Consiglio di Stato nel summenzionato parere n.2017/2018, secondo cui la tematica del conflitto di interesse durante l'esecuzione contrattuale è materia regolata interamente dalla deontologia professionale. Al riguardo, si è pertanto previsto, al par. 3.1.6, un richiamo all'art. 24 del Codice Deontologico Forense ferma restando l'applicabilità della disciplina recata dall'art. 80, co. 5, lett. d, in

riferimento alle previsioni di cui all'art. 42, co. 2 del Codice dei contratti pubblici, per quanto concerne il conflitto di interesse interno alla stazione appaltante durante la fase selettiva.

In merito ai requisiti di capacità economica e finanziaria, è stato altresì accolto il suggerimento di richiamare le condizioni e i massimali delle polizze stabiliti nella misura minima dal Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 12, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, al fine di indicare - come alternativa al possesso di un determinato fatturato - il possesso di una copertura assicurativa della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato con massimali e condizioni superiori a quelli minimi stabiliti dal Ministero della Giustizia (posto che il possesso di una polizza conforme a tale prescrizioni è già obbligatorio ai fini dell'iscrizione all'albo).

L'Autorità ha integrato il testo finale delle Linee guida con le indicazioni suggerite in merito alle modalità di imputazione dei requisiti di partecipazione dei servizi analoghi e del fatturato specifico, in relazione alla forma, individuale o collettiva, del concorrente.

Non è stata, invece, accolta l'opzione di richiamo tra i requisiti di partecipazione del possesso di una attestazione di conformità alla Prassi di Riferimento per il settore dei professionisti legali in corso di elaborazione presso UNI, perché tale Prassi non è stata ancora adottata.

In tema di verifiche sui requisiti di moralità, soprattutto nei casi di conferimento ad un avvocato dell'incarico di rappresentanza legale dell'amministrazione in uno dei procedimenti di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), n. 1) del Codice dei contratti pubblici è possibile che i termini prescritti dalla legge per promuovere un'azione legale o per costituirsi in giudizio siano più ristretti dei tempi necessari al compimento delle verifiche sul possesso dei requisiti di partecipazione. In tali circostanze, l'esigenza impellente di assicurare la tempestiva esecuzione dell'incarico consente all'amministrazione di chiedere all'operatore economico affidatario di dichiarare, mediante autocertificazione, resa ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, il possesso dei requisiti di moralità di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e di quelli di idoneità professionale, capacità economico - finanziaria e di capacità tecnico-professionale eventualmente fissati dall'amministrazione nel bando, nell'invito o ai fini dell'iscrizione nell'elenco oppure, in mancanza, dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo. L'amministrazione sarà tenuta ad avviare tempestivamente il controllo dei requisiti oggetto di autocertificazione, dando conto, con adeguata motivazione, nel primo atto successivo alle verifiche effettuate, della sussistenza dei relativi presupposti; in ogni caso non è possibile procedere al pagamento, anche parziale, in assenza delle relative verifiche positive. Nell'atto di conferimento dell'incarico dovrà essere previsto che, qualora a seguito del controllo sia accertato l'affidamento dell'incarico ad un operatore privo dei predetti requisiti, l'amministrazione recederà dal contratto, fatto salvo il pagamento dei servizi già eseguiti e il rimborso delle spese sostenute, nei limiti delle utilità conseguite, e che procederà alle segnalazioni alle competenti autorità.

9. Previsioni per le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi

Per i contratti sotto soglia comunitaria, è stato evidenziato che l'art. 36, c. 8, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che "le Imprese Pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale,

comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE, in particolare quelli di non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, di trasparenza a tutela della concorrenza”. Sulla base di tale quadro normativo, si chiede che venga precisato che l’Impresa Pubblica possa dotarsi di un proprio Regolamento recante anche la disciplina dell’affidamento dei servizi legali, coerente con i principi del Trattato U.E. Inoltre, si evidenzia che l’atto di regolazione dovrà tener conto della nuova formulazione dell’art. 36, c. 2, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, introdotta dal D.lgs. n. 56/2017, il quale, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, prevede l’affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta.

Sotto altro e diverso profilo, si chiede che venga chiarito che l’atto di regolazione in questione non si applica ai servizi legali affidati dall’Impresa Pubblica al di fuori dei Settori Speciali, come individuati dalla Direttiva 2014/25/UE e dal D.Lgs. 50/2016, Parte II, Titolo VI, Capo I e con riguardo alle attività che siano sottratte, in base ad una decisione della Commissione europea, al campo di applicazione della direttiva 2014/25/UE e del Codice dei contratti pubblici in quanto “direttamente esposte alla concorrenza”.

Opzione scelta

Il testo delle Linee guida prevede che per gli appalti di cui all’Allegato IX di valore inferiore alla soglia di cui all’art. 35, co. 1, lett. d) e co. 2, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, si applicano le disposizioni del Codice dei contratti pubblici e delle Linee guida n. 4, tra le quali è, quindi, compresa la previsione sopra richiamata (rif. art.36, c.8).

Con riferimento, invece, alla nuova formulazione dell’art. 36, c. 2, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, l’Autorità ha ampiamente trattato l’argomento dell’affidamento diretto nelle Linee guida n.4.

L’Autorità non ha ritenuto necessaria, pertanto, alcuna ulteriore precisazione, anche con riferimento alla definizione dell’ambito oggettivo di applicazione del Codice dei contratti pubblici per le imprese che operano nei settori speciali, trattandosi di aspetti chiaramente definiti dalla norma primaria.