

21 NOVEMBRE 2018

Dalla straordinarietà all'ordinarietà
dell'affidamento diretto del patrocinio
legale: brevi note a margine del parere
del Consiglio di Stato e delle linee
guida Anac sugli affidamenti dei servizi
legali

di **Alessandro Russo**
Dottore di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano



Dalla straordinarietà all'ordinarietà dell'affidamento diretto del patrocinio legale: brevi note a margine del parere del Consiglio di Stato e delle linee guida Anac sugli affidamenti dei servizi legali *

di Alessandro Russo

Dottore di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

Sommario: 1. Il servizio legale tra contratto d'opera intellettuale ed appalto di servizi. 2. Diversi servizi legali per diversi inquadramenti giuridici: l'art. 17 e l'Allegato IX al Codice dei contratti sotto la lente del Consiglio di Stato 3. L'affidamento diretto come procedura ordinaria per la soddisfazione del singolo bisogno di difesa: le linee guida Anac n. 12/2018 4. Conclusioni.

1. Il servizio legale tra contratto d'opera intellettuale ed appalto di servizi.

Con il parere n. 2017/2018 pubblicato il 3/08/2018 la Commissione speciale del Consiglio di Stato esprime un giudizio sulle linee guida per l'affidamento del servizio legale dell' Autorità Nazionale Anticorruzione in consultazione dal 10 aprile 2017.

La Commissione afferma preliminarmente che le linee guida sull'affidamento dei servizi legali hanno natura di provvedimento amministrativo e non sono vincolanti: le stazioni appaltanti vi si potranno discostare, motivando adeguatamente la decisione.

Il Collegio prosegue specificando che per l'affidamento dei servizi legali vengono in rilievo due particolari tipologie di contratto: il contratto d'opera intellettuale, in cui il professionista esegue la prestazione con lavoro prevalentemente proprio, non organizzato in forma imprenditoriale, *ex artt. 2222 ss. del codice civile*¹; ed il contratto di appalto di servizi, che presuppone che l'appaltatore esegua la prestazione servendosi dell'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, *ex artt. 1655 ss. del codice civile*².

Secondo la Commissione speciale il contratto d'opera intellettuale sarebbe la modalità ordinaria di affidamento del servizio legale; talvolta però il cliente richiederebbe una prestazione continuativa, resa da

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Art. 2222 c.c.: <<Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV>>.

² Art. 1655 c.c.: <<L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro>>.

uno o più avvocati organizzati che si impegnano a trattare l'intero contenzioso del cliente: <<In questo caso si tratta di un vero e proprio "servizio", vale a dire la messa a disposizione di una struttura imprenditorialmente organizzata destinata a soddisfare i bisogni del committente di volta in volta che essi si presentano. L'oggetto della prestazione, quindi, è predeterminato quanto alla sua natura giuridica (attività legale) ma il suo contenuto non è predeterminato al momento dell'affidamento del servizio, bensì si definisce al bisogno.>>³.

Il Collegio ritiene che le Pubbliche Amministrazioni di rilevanti dimensioni, che esercitano funzioni in settori ben determinati ed omogenei la cui attività può dar luogo a frequenti contenziosi, magari seriali, avvertano l'esigenza di rivolgersi ad un insieme di professionisti, organizzato, disponibile a trattare tutte le controversie nelle quali l'ente dovesse essere coinvolto. Si tratterebbe quindi di un incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali, organizzate sulle base dei bisogni dell'ente.

Così il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiederebbe un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale⁴.

2. Diversi servizi legali per diversi inquadramenti giuridici: l'art. 17 e l'Allegato IX al Codice dei contratti sotto la lente del Consiglio di Stato.

Per quanto attiene all'ambito oggettivo di applicazione del Codice dei contratti la Commissione individua nel combinato disposto degli artt. 4 e 17 c. 1 lett. d) le disposizioni che regolano la materia *de qua*⁵.

³ Cfr. Consiglio di Stato Comm. Speciale parere n. 2017/2017 par. 3.6

⁴ <<Il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è configurabile allorché l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio affidato a professionisti esterni, più articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale, ma in essa non si esaurisce.>>Cfr. Consiglio di Stato Comm. Speciale parere n. 2017/2018 par. 3.8, che cita Consiglio di Stato sez. V n. 2730/2012; si vedano anche Tar Lombardia n. 18/2014 e Corte dei conti Basilicata n. 19/2009/PAR. Anche sulla base di questi arresti Avcp emanava la Determina n. 4/2011 che escludeva dalla disciplina della tracciabilità dei flussi finanziari il patrocinio legale qualificato come: <<il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente ed inquadrabile quindi nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale.>> Il provvedimento può considerarsi superato dalla Delibera Anac del 31/05/2017 dal titolo *Aggiornamento della determina n. 4 del 7/07/ 2011, recante «Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari»* che al par. 3.3. obbliga alla disciplina della tracciabilità dei flussi finanziari anche i servizi legali esclusi dall'applicazione del Codice ai sensi dell'art. 17 c. 1 lett. d).

⁵ Art. 4: <<L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.>>. Art. 17 c. 1 lett. d): <<Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: (...) d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali: 1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato (...): 1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in un membro dell'UE, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; 1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di un membro dell'UE o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali; 2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la

Vi sono però anche i servizi legali elencati dall'Allegato IX al Codice, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17 c. 1 lett. d): la definizione di questa tipologia di prestazioni legali avviene tramite la numerazione prevista dal CPV ufficiale⁶.

Per sfuggire all'antinomia – e condurre a coerenza il “nuovo” sistema degli affidamenti legali nella Pubblica Amministrazione – il Collegio tenta un'interpretazione sistemica dei dispositivi degli artt. 4, 17 e dell'Allegato IX⁷.

Ritiene che la diversa modulazione della disciplina sarebbe da porre in relazione con la diversa tipologia di contratti aventi ad oggetto il servizio legale: l'Allegato IX, infatti, si riferirebbe a veri contratti di appalto di servizi: *<il contenuto di essi è precipuamente la messa a disposizione di una organizzazione di natura imprenditoriale (fornita da un singolo professionista o in una qualsiasi delle forme associate previste dal nostro ordinamento) al fine di soddisfare in maniera indifferenziata i bisogni via via emersi circa una rappresentanza o consulenza giuridica o documentazione giuridica o certificazione non connessa a una questione o a un affare predeterminato, ma conseguente all'insorgere della necessità e quindi del bisogno nel corso del tempo. Si tratta, come appare evidente, di una struttura contrattuale tipica del contratto di fornitura di servizi, ove la prestazione è predeterminata nei suoi contenuti sostanziali, ma non riferita a uno specifico bisogno già precedentemente individuato.>>*⁸.

questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato; 3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai; 4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali; 5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri>>.

⁶ L'art. 17 infatti non è l'unica disposizione che disciplina i servizi legali. L'art. 140, contenuto nel Capo I dedicato agli appalti nei settori speciali, assoggetta ad un particolare regime pubblicitario i servizi di cui all'allegato IX del Codice, nei quali rientrano anche i «servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi ex art. 17 c. 1 lett. d).

⁷ La Commissione sceglie - tra le tante - quell'interpretazione della norma che a suo giudizio meglio è capace di sciogliere l'aporia: selezionando i significati ammessi dal contesto giuridico di riferimento, adotta quelli che - sempre a suo giudizio - sembrano più coerenti coi principi del Codice dei contratti. Per un approfondimento sulle tecniche dell'argomentazione giuridica vedi per tutti R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011; V. VELUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, ETS, 2013 e A. GENTILI, *Senso e consenso: storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Giappichelli, 2015.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato Comm. Speciale parere n. 2017/2018 par. 4.14. Si sottopone all'attenzione del lettore l'ultimo periodo dell'arresto citato: *<<Si tratta, come appare evidente, di una struttura contrattuale tipica del contratto di fornitura di servizi>>*. A sommosso giudizio di chi scrive utilizzando il modulo retorico “*come appare evidente*” il Consiglio di Stato richiamerebbe il processo formulare del diritto romano del IV sec. a.c.. In brevissimo: con la formula del *si paret* (se risulta, se appare) al Giudice un determinato fatto allora il decisore troverà, seguendo la formula, i criteri in base ai quali deve decidere la controversia. La struttura della formula è quella di un discorso ipotetico ed alternativo: *<<se a, allora x, se non a, allora y>>*, se risulteranno integrate le condizioni per accogliere la domanda dell'attore, tu giudice condanna; se non risulteranno integrate, assolvi. Ma la risultanza non è certo oggettiva, si fonda invece sull'orientamento soggettivo del giudice: ecco che compare la retorica. Vedi appunti del *Corso di perfezionamento in Oratoria forense* presso l'Università degli Studi di Milano N. DONADIO, *Giuristi e oratori dell'antica Roma*, 2016. Quello che il Collegio vorrebbe quindi far apparire evidente, forse così evidente non è.. ed allora non riuscendo ad utilizzare gli strumenti della logica, il Collegio utilizza quelli – comunque consentiti – della

All'inverso invece la struttura contrattuale che meglio ricalca il dispositivo dell'art. 17 c. 1 lett. d) sarebbe quella disciplinata dal contratto d'opera disegnato dall'art. 2222 c.c.: si tratterebbe infatti di una prestazione attinente alla professione legale con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, espletata secondo un incarico non continuativo, bensì puntuale ed episodico, destinato a soddisfare un singolo bisogno di difesa.

I servizi legali previsti dall'art. 17 vanno quindi qualificati come contratti esclusi, ma certamente non estranei al Codice dei contratti, secondo lo schema tracciato dal parere n. 1241/2018 della stessa Commissione e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella nota sentenza n. 16/20119.

Ne consegue che i contratti aventi ad oggetto i servizi legali sono soggetti al rispetto dei principi generali del Codice dei contratti, anche quando non costituiscono appalti¹⁰.

La Commissione ritiene poi di offrire suggerimenti sulle modalità di affidamento del servizio legale, affermando che le amministrazioni dovrebbero procedere all'affidamento dell'intero contenzioso di loro interesse per una durata predeterminata (per esempio, triennale) a professionisti che siano in grado di assicurare - per le plurime competenze di cui dispongono all'interno dello studio - una complessiva attività di consulenza legale.

La scelta dei professionisti associati cui affidare la gestione del contenzioso dovrà avvenire secondo la procedura di aggiudicazione prevista dal Codice, ma la richiesta dei requisiti tecnico-professionali non dovrebbe essere eccessivamente restrittiva, per non escludere giovani concorrenti¹¹.

Individuati i servizi legali da affidare secondo le procedure semplificate di pubblicità, il Collegio analizza gli affidamenti del singolo incarico, previsti dall'art 17 c. 1 lett. d), che devono affidarsi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

retorica. Per un approfondimento sul processo formulare romano si veda G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano, lezioni istituzionali*, Led, 2005, pp. 121-128.

⁹ <<La norma intende porre un principio di rispetto di regole minimali di evidenza pubblica a tutela della concorrenza e del mercato, tali regole minimali vengono imposte ai soggetti che ricadono nell'applicazione del codice degli appalti e delle direttive comunitarie e per i contratti esclusi, comunque menzionati dal codice.>> Consiglio di Stato Ad. Pl. n. 16/2011. La Commissione speciale successivamente all'entrata in vigore del correttivo al Codice, vagliando la questione dell'inclusione attivi, afferma: <<Va sottolineato come il richiamo dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (...) è riferito dalla disposizione del codice, senza alcuna limitazione all'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice.>> Consiglio di Stato Comm. Speciale par. n. 1241/2018.

¹⁰ Il Consiglio di Stato pertanto non condivide la lettura di Anac formulata nel documento in consultazione dalla data del 17 aprile 2017; che considerava i servizi legali di cui all'Allegato IX come quelli che si realizzano prevalentemente mediante la produzione di pareri e di atti di assistenza legale non connessa alla difesa in giudizio. Ritiene invece che questi servizi siano attività – anche rese da avvocati iscritti all'albo – connotate dallo svolgimento del servizio in forma organizzata, continuativa e con rischio assunto dal professionista incaricato.

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato cit. par. 5.

Il Collegio condivide con l'Autorità Anticorruzione che: *<<il rispetto dei principi posti dall'art. 4 del Codice dei contratti, (...), imponga la proceduralizzazione nella scelta del professionista al quale affidare l'incarico di rappresentanza in giudizio (o in vista di un giudizio) dell'amministrazione, evitando scelte fiduciarie>>*¹². Per questo suggerisce la predisposizione di un elenco di professionisti, sempre aperto e pubblico, ma ristretto, in quanto maggiormente idoneo a garantire un effettivo confronto concorrenziale.

Secondo il parere del Consiglio di Stato i criteri di selezione devono muovere dalla valutazione del curriculum professionale e delle esperienze in relazione al campo di competenza dell'Amministrazione: *<<I profili da valorizzare nella scelta del professionista sono: i) l'esperienza e la competenza tecnica, da intendersi come competenza nella materia oggetto del contenzioso ovvero, anche, della questione rilevante per la sua soluzione; ii) la pregressa proficua collaborazione con la stessa stazione appaltante in relazione alla medesima questione; iii) il costo del servizio, nel caso in cui, per l'affidamento di uno specifico incarico, sia possibile riscontrare una sostanziale equivalenza tra diversi profili professionali.>>*¹³.

La Commissione suggerisce di eliminare il criterio di rotazione che difficilmente assicurerebbe una scelta rispettosa delle competenze necessarie alla soluzione della controversia; ritiene piuttosto opportuno: *<<introdurre il criterio della equa ripartizione, che contiene in sé anche il principio della tendenziale rotazione, ma permette l'attribuzione ragionata degli incarichi in funzione della loro natura, delle caratteristiche del professionista. Ciò permette, in altri termini, di esercitare quella naturale e doverosa discrezionalità che mai può essere del tutto negata alla pubblica amministrazione, pena il venir meno della sua stessa funzione amministratrice, ma che al contempo è resa ostensibile e sindacabile attraverso la motivazione.>>*.

A parere di chi scrive, ritenendo l'orizzonte disegnato dall'Autorità insufficiente, il Collegio lo abbandona ed innova il diritto, introducendo il principio dell'equa ripartizione, che permetterebbe l'attribuzione ragionata degli incarichi salvaguardando sia il principio di rotazione - che vi sarebbe contenuto - sia la discrezionalità dell'amministrazione¹⁴.

Il parere precisa inoltre che: *<<deve essere assegnata, quale modalità di decisione, particolare rilevanza alla motivazione del provvedimento di conferimento dell'incarico, poiché l'amministrazione dovrà esplicitare con chiarezza le ragioni che hanno condotto a scegliere il professionista sia pure già presente nell'elenco.>>*¹⁵.

¹² Cfr. Consiglio di Stato cit. par. 7.5.

¹³ Cfr. Consiglio di Stato cit. par. 7.10.

¹⁴ La Commissione svolge allora pienamente la sua funzione di interprete, regolatore e creatore di diritto. Non potrebbe d'altronde negarsi che: *<< il diritto non si identifica nella volontà del titolare del potere. E' piuttosto invenzione da intendersi nel significato che le dà l'etimo latino: ricerca e conseguentemente scoperta, reperimento.>>* Cfr. P. GROSSI, *La Corte costituzionale una valvola respiratoria per l'ordinamento italiano* in AA.VV., *Corte costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di Stato: tre giurisdizioni apicali*, Il Mulino, 2017 p. 62, si veda inoltre dello stesso Autore, *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017.

¹⁵ Cfr. Consiglio di Stato cit. par. 8. Sulla motivazione del provvedimento amministrativo e sul sindacato di ragionevolezza esercitato dal Giudice amministrativo si vedano tra le tantissime Consiglio di Stato sez. VI n.

Il Consiglio di Stato ammette infine anche l'affidamento diretto del singolo incarico, come procedura differenziata e straordinaria, rispetto a quella che si può definire “*selezione informale*” per l'appalto del servizio legale, ai sensi dell'art. 17 c. 1 lett. d). Ed approva anche che la scelta possa essere effettuata tra professionisti non presenti nell'elenco predisposto dall'amministrazione; è, però, necessario che la controversia presenti elementi di effettiva particolarità tali da giustificare una scelta indirizzata dalla specifica capacità professionale dell'Avvocato prescelto.

3. L'affidamento diretto come procedura ordinaria per la soddisfazione del singolo bisogno di difesa: le linee guida Anac n. 12/2018.

Nell'adunanza del 24 ottobre 2018 il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, con deliberazione n. 907/2018, emana le linee guida sull'affidamento dei servizi legali, non vincolanti.

Anac premette di aderire all'impostazione del parere reso dal Consiglio di Stato, infatti afferma: <<L'affidamento dei servizi legali costituisce appalto, (...), 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).>>¹⁶.

Subito però aggiunge che l'affidamento diretto non dovrà servire per frazionare artificialmente l'appalto: le Amministrazioni, per non incorrere nella violazione dell'art. 51 del Codice, sarebbero quindi obbligate ad una adeguata valutazione prognostica della qualità e quantità del fabbisogno di difesa nell'anno successivo a quello d'indagine, che potrebbe trovare idonea collocazione nel Documento Unico di Programmazione¹⁷.

Anac ricorda inoltre l'insormontabilità del principio sancito dall'art. 7 c. 6 del Testo Unico sul Pubblico Impiego: l'affidamento dei servizi legali a terzi sarà infatti possibile solo se all'interno dell'ente non siano presenti idonee professionalità. L'Amministrazione è quindi obbligata ad operare una ricognizione - interna e preliminare - che accerti l'impossibilità, da parte del proprio personale di svolgere l'incarico¹⁸.

5609/2014 e sez. IV n. 964/2013. La ragionevolezza costituisce quel criterio al cui interno convergono altri principi dell'agire amministrativo: l'imparzialità, l'uguaglianza, il buon andamento; vagliando la ragionevolezza del provvedimento, il Giudice censura, sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto del caso concreto, l'agire della Pubblica Amministrazione.

¹⁶ Cfr. Anac Linee guida 12/2018, Premesse.

¹⁷ Sembrerebbero riecheggiare qui le delibere della Corte dei conti Emilia Romagna nn. 74/75/77/78/2017/VSGO, che affermano: <<risponderebbe ad un criterio di buon andamento e corretta gestione delle risorse.>> l'inserimento degli incarichi di patrocinio nel DUP, pur non rientrando questo dato nel contenuto necessario del documento.

¹⁸ Art. 7 c. 6 D.Lgs. n. 165/2001 smi: <<Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria,

Così, ai sensi dell'art. 17 c. 1 lett. d), l'incarico di patrocinio legale conferito in relazione ad una lite specifica e già esistente, oppure quello in preparazione ad una controversia che potenzialmente potrebbe sfociare in una lite giurisdizionale¹⁹ ed ancora i servizi prestati da notai relativi alla certificazione e autenticazione di documenti ed infine quei servizi legali strettamente legati all'esercizio di pubblici poteri da potersi considerare fasi subprocedimentali, si configurerebbero tutti come contratto d'opera intellettuale; diverrebbe irrilevante quindi il valore economico del contratto e l'eventuale superamento della soglia comunitaria.

Facendo proprie le considerazioni del Consiglio di Stato, Anac afferma inoltre che tra i servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice rientrano tutti i servizi giuridici che non siano esclusi a norma dell'articolo 17 c. 1 lett. d): <<I relativi affidamenti costituiscono appalti e comprendono i servizi non ricompresi da un punto di vista prestazionale nell'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 17, ovvero che, su richiesta delle stazioni appaltanti e nei limiti delle istruzioni ricevute, i fornitori realizzano in modo continuativo o periodico ed erogano organizzando i mezzi necessari e assumendo il rischio economico dell'esecuzione, come nell'ipotesi di contenzioso seriale affidato in gestione al fornitore.>>²⁰.

La delibera 907/2018 esplora poi i servizi legali previsti dall'art. 17, qualificati come contratti esclusi, ma certamente non estranei al Codice: andranno così rispettati i principi previsti dall'art. 4, che Anac tenta di immergere nella materia *de qua*, concentrandosi sull'analisi principio di economicità, che imporrebbe alle

in presenza dei seguenti presupposti di legittimità: a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.>>. Si sottolinea come l'Amministrazione goda della facoltà di costituirsi legalmente tramite un proprio funzionario incaricato di fronte a diverse giurisdizioni: di lavoro fino al primo grado, tributarie sino al secondo grado, in materia d'accesso di fronte ai Tar e le opposizioni a sanzione amministrative. Inoltre ai sensi dell'art. 82 c.p.c. l'Amministrazione può costituirsi in proprio nei giudizi di fronte al Giudice di Pace fino al limite della competenza, se il funzionario dimostri al Giudice di difendere adeguatamente l'Ente.

¹⁹ Specifica meglio Anac: <<La consulenza legale può considerarsi riferita a controversie qualora sia prestata in ragione della sussistenza di un indizio concreto che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di procedimento giudiziario, arbitrale o di conciliazione e ciò ricorre quando, ad esempio, l'Amministrazione abbia ricevuto un atto di diffida o messa in mora, una richiesta di accesso agli atti ai fini di tutela o un qualsiasi altro atto da cui si evinca la potenziale attivazione di uno dei predetti procedimenti. La probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di un procedimento (...) può ritenersi sussistente, a titolo esemplificativo, nei casi in cui la questione sia oggetto di oscillazioni giurisprudenziali o quando la medesima fattispecie e/o fattispecie analoghe siano state già oggetto di un pregresso contenzioso.>> cfr. Linee Guida Anac n. 12/2018 par. 1.1.2.2.

²⁰ Cfr. Anac Linee guida 12/2018 par. 2.1. Ricorda poi l'Autorità, che ai sensi dell'art. 35 del Codice dei contratti, la soglia di rilevanza comunitaria per gli appalti di servizi elencati nell'Allegato IX è di € 750.000 nei settori ordinari e di €. 1.000.000 nei settori speciali.

Amministrazioni di accertare, prima dell'affidamento, la congruità e l'equità del compenso, nel rispetto dei parametri forensi, come disciplinati dal DM 55/2014 modificato dal DM n. 37/201821.

L'Autorità precisa inoltre che le stazioni appaltanti hanno la facoltà di valutare due o più preventivi, in questo caso: <<L'Amministrazione stabilisce discrezionalmente il numero di preventivi da confrontare, più confacente alle proprie esigenze, tenendo conto anche del valore economico dell'affidamento.>>²².

Quindi, ragionando *a contrario* – senza produrre diritto - non si può non concludere che, ai sensi dell'art. 17 c.1 lett. d), Anac ritiene legittimi gli affidamenti diretti del singolo incarico legale volti a soddisfare l'immediato bisogno di difesa dell'Ente.

Dall'emanazione del “Nuovo Codice dei contratti” lo spostamento dalla procedura selettiva in favore del motivato affidamento diretto sarebbe una novità in tema di affidamento dell'incarico legale, anche singolo. Questa lettura appare a chi superare il disegno della Commissione Speciale, che – come si è avuto modo di dimostrare - ammetteva anche l'affidamento diretto del singolo incarico, ma come procedura differenziata e straordinaria, rispetto a quella che abbiamo definito come “*selezione informale*” per l'appalto del servizio legale, *ex art. 17 c. 1 lett. d)*²³.

L'Autorità Anticorruzione decide invece di aderire pienamente alle tesi della Commissione speciale quando deroga - forse per la prima volta - al principio di rotazione in favore di quello dell'equa ripartizione degli incarichi, che da una parte eviterebbe il consolidarsi di rapporti solo con alcuni professionisti e dall'altra garantirebbe quella discrezionalità nella scelta del professionista, che ora anche Anac sembrerebbe non possa non riconoscere come fondamentale nella scelta dell'avvocato dell'Ente.

²¹ In ordine all'equità del compenso misurata in relazione ai parametri forensi, chi scrive ritiene che, ai sensi dell'art. 9 *quaterdecies* c. 3 Legge n. 172/2017, che dispone: <<La Pubblica Amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto>>, la Pubblica Amministrazione gode ancora della facoltà di applicare l'equo compenso in una forma più attenuata, potendo abbattere - pesantemente - i parametri previsti dal DM n. 55/2014 smi.

²² Cfr. Anac Linee guida 12/2018 par. 3.1.2.

²³ A sommosso giudizio di chi scrive Anac sarebbe giunta a questa conclusione – radicale - forse incalzata anche dal parere reso dal Consiglio Nazionale Forense il 15 dicembre 2017, che affermava: <<il legislatore UE ha voluto chiarire proprio quella esigenza che alla prassi era sempre stata manifesta, ossia che alcuni rapporti tra PA e avvocato sono ineliminabilmente contrassegnati da *intuitus personae* e dal tratto fiduciario, sicché sono necessariamente aperti alla scelta diretta e non possono essere irrigiditi nell'insieme di regole che, anche nella versione più alleggerita, formano il corpo dei procedimenti ad evidenza pubblica.>> (cfr. CNF parere del 15/12/2017). Non deve d'altro canto dimenticarsi che la Direttiva 24/2014/UE, al Considerando 25, afferma: <<Taluni incarichi, quali la rappresentanza in giudizio, l'assistenza ad essa collegata e i servizi legali connessi all'esercizio di pubblici poteri sono di solito prestati da organismi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti, (...). Tali servizi legali dovrebbero pertanto essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva.>>.

4. Conclusioni

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, prima, e l'Autorità Anticorruzione, poi, tentano di dare soluzione alla controversa questione dell'affidamento degli incarichi legali dopo l'emanazione del nuovo Codice dei contratti.

A giudizio di chi scrive, il Consiglio di Stato, rendendo un parere diretto alla qualificazione del caso, primariamente isolerebbe le differenti posizioni sul campo: quella degli Avvocati, interessati a non farsi "appiattare" sul Codice dei contratti, per concorrere in definitiva solo sul prezzo; quella di Anac che sembrava interessata ad una selezione che avvenisse nella maniera più imparziale e trasparente possibile; ed infine quella dell'Amministrazione, che si può ritenere mediana tra i due estremi²⁴; ma poi tenterebbe un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, per come gli si sono rivelati²⁵.

Il Collegio afferma che le linee guida non sono vincolanti, l'Amministrazione così se ne discosterà motivando adeguatamente la scelta. La conferma quasi al termine del parere della rilevanza della discrezionalità amministrativa nell'affidamento del servizio legale non fa che supportare la tesi della non vincolatività della delibera Anac.

Tuttavia il Collegio non intende sminuire l'apporto dell'Autorità alla tutela della concorrenza, dell'imparzialità e della trasparenza nei mercati dove opera la Pubblica Amministrazione. Sostiene allora – fermo - che sia l'appalto dell'intero servizio legale ai sensi dell'Allegato IX, sia quello della singola difesa,

²⁴ Anac acquisiva anche i pareri del Ministero delle Infrastrutture e di quello della Funzione Pubblica, a cui non è stato possibile avere accesso. Pur non avendolo avuto, chi scrive, considera di avere tale e tanta esperienza nell'affidamento del servizio legale della Pubblica Amministrazione da poter sostenere che i bisogni ed i timori del funzionario che procede all'affidamento dell'incarico a professionista esterno all'Ente siano quelli caratteristici di un qualsiasi utente interessato a reperire un avvocato nel mercato legale: la miglior prestazione intellettuale ad un costo il più possibile contenuto; fidandosi maggiormente di quel professionista con il quale ha già intrattenuto rapporti e con cui si è meglio relazionato. Fermi questi caratteri generali però il funzionario pubblico è "costretto" all'esecuzione al Codice dei contratti per come interpretato anche dalla Corte dei conti che ad oggi non consentirebbe affidamenti diretti, imponendo invece alle stazioni appaltanti una selezione, benché poco formalizzata, basata anche sul principio di rotazione relativa. Afferma infatti il Giudice dei conti: <<L'affidamento diretto di un incarico di patrocinio legale contrasta con la giurisprudenza consolidata di questa Corte, che esclude l'affidamento in via fiduciaria, giurisprudenza oggi avvalorata dal D.Lgs. n 50/2016. La mancanza di una procedura comparativa, infatti, viola i principi di imparzialità, pubblicità e concorrenza.>> cfr. Corte dei conti Emilia Romagna Emilia Romagna n 74/2017/VSGO; nello stesso senso Corte dei conti Emilia Romagna nn. 75,77,81/2017/VSGO.

²⁵ Sull'argomentazione giudiziale come bilanciamento, ponderazione degli interessi in gioco, che prescriverebbe all'interprete di ragionare sulla base dei concreti diritti da tutelare e che da una parte favorirebbe l'adattamento del diritto a situazioni nuove, difficilmente amministrabili nell'ambito di un tessuto di concetti astratti, mentre dall'altra rischierebbe di consegnare il testo nelle mani dell'interprete, rendendolo infinitamente manipolabile con la conseguenza di relativizzare, magari svuotandoli, diritti che nel testo – costituzionale – sembravano fraseggiarsi in termini assoluti, si veda G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, p. 4, 2006 su <http://www1.unipa.it/gpino/Conflitto%20e%20bilanciamento.pdf> ed inoltre R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, www.dirittoquestionipubbliche.org, 2002. Sulla tecnica del bilanciamento nelle decisioni della pubblica amministrazione si veda per tutti G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 7, pp. 437-451.

devono essere affidati necessariamente con selezione, procedimentalizzata i primi, informale quelli disciplinati dall'art. 17.

È invece l'Autorità Anticorruzione che con le linee guida n. 12/2018 non si adeguerebbe al parere della Commissione speciale, ma decide di doppiarlo affermando - anche se *a contrario* - l'ordinarietà dell'affidamento diretto per il singolo e puntuale bisogno di difesa.

Anac sposa in questo modo le tesi sostenute dall'Ordine degli Avvocati, che più volte ha ribadito come acquistando il bene difesa giudiziale non si acquisti certamente un bene fungibile suscettibile di rotazione o estrazione a sorte, ma un prodotto connotato da uno spiccatissimo *intuitus personae* e da una fiduciarità il cui spessore è commisurato, tra l'altro, alla responsabilità professionale di cui l'Avvocato si fa carico.

Non può non osservarsi come l'attuale posizione di Anac aggiorni e faccia acquistare rinnovato vigore un noto e già citato arresto del Consiglio di Stato: <<*il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio affidato a professionisti esterni, più articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale, ma in essa non si esaurisce.*>>²⁶

Come ci si augura di aver dimostrato, la questione ha un grado di complessità tale che certamente non risolveranno definitivamente le soluzioni proposte dal parere Consiglio di Stato e dalle successive linee guida Anac. La questione infatti, se la domanda è posta correttamente, non può trovare risposta univoca: insistere nell'esercizio del domandare significa appunto sostare in quell'apertura di senso aperto dall'esperienza stessa della domanda; che conduce a vedere quello che prima era invisibile e che spesso ha molti più significati di quelli che il ragionamento riesce a cogliere *prima facie* ²⁷.

²⁶ Cfr. Consiglio di Stato sez. V n. 2730/2012.

²⁷ Vedi A. GALVAN, *Leggere la fine della filosofia ed il compito del pensiero di Heidegger*, Ibis, 2012, p. 43. Nel medesimo senso P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit. che ricorda: <<*L'ordinamento giuridico, in quanto prodotto umano storicamente determinato, è suscettibile di modificarsi nel corso del tempo, in conseguenza di fattori traumatici o anche solo dell'evolvere della coscienza sociale, che seleziona di valori di riferimento della comunità aggiornandoli di continuo.*>> *passim*, ed inoltre S. CASSESE: <<*il fenomeno giuridico per sua stessa natura non di presta mai ad interpretazioni univoche e gli ordinamenti sono transitori e soggetti a processi di trasformazione, in senso evolutivo e degenerativo.*>>, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, 2017, p. 67. Concetti questi che immersi nel – costituzionalizzato - diritto amministrativo porterebbero ad affermare che non esiste un modello ideale di amministrazione, bensì tanti modelli amministrativi temporalizzati e storici, che tentano di adattarsi alle istanze del proprio tempo, ma che dovrebbero essere tutti convergenti nel fine del rispetto della persona, intesa come singolo e come proiezione della comunità in cui opera. Vedi appunti della relazione di A MORRONE *I principi di imparzialità e buon andamento come vincolo per il legislatore* al convegno *Azione amministrativa e rapporto col cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, presso l'Università degli Studi di Milano il 13/11/2018.