

*I SERVIZI LEGALI: NOZIONE E CENNI SULLA DISCIPLINA DI
AFFIDAMENTO*

*Giuseppe Naimo**

1. L'art. 53 del Codice dei Contratti pubblici disciplina la tipologia e l'oggetto dei contratti di lavori, servizi e forniture ed è frutto della complessa evoluzione normativa del settore. Infatti, prima dell'entrata in vigore del codice vi era un mare magnum di norme che disciplinavano i contratti pubblici. Gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria erano regolati dalla legge di contabilità dello Stato e dal relativo regolamento di attuazione, rispettivamente il RD 2440/23 e il RD 827/24. La particolarità dell'articolo 53 si trova nel co. 4 là dove è descritta una distinzione che assume rilevanza per la successiva esecuzione del contratto, ovvero la distinzione tra gli appalti a corpo e gli appalti a misura.

La recente proposta di modifica della Direttiva 2004/18/CE (COM(2011) 896 definitivo), e la sentenza del Consiglio di Stato 11.5.12, n 2730, offrono utili spunti per riesaminare *funditus* il concetto di "servizi" legali" contenuto nella normativa comunitaria, e nella correlata disciplina statale di recepimento.

Il punto 10) del "considerando" della proposta sopra richiamata prevede, infatti, che "I risultati della valutazione sull'impatto e l'efficacia della normativa UE in materia di appalti pubblici hanno dimostrato che l'esclusione di taluni servizi dalla piena applicazione della direttiva deve essere riveduta. Di conseguenza, la piena applicazione della presente direttiva viene estesa a una serie di servizi

* Avvocato presso l'Avvocatura della Regione Calabria. L'articolo è pubblicato con il consenso dell'autore e è disponibile anche sulla rivista internet di diritto pubblico LexItalia.

(quali quelli alberghieri e legali, in quanto entrambi presentano una percentuale particolarmente elevata di scambi transfrontalieri)”.

De iure condendo, la “Direttiva appalti” sarà pienamente applicabili ai “servizi legali”; *de iure condito* <in atto, pur non riconducibili immediatamente alla disciplina comunitaria e nazionale specificamente riferita ai contratti pubblici di servizi (direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE) e D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)], tali prestazioni vanno riportate alla previsione dell'allegato II B dell'art. 20 del D. Lgs. n. 163 del 2006, e secondo tale articolo, l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dagli art. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati) <v., in via meramente indicativa, Corte di Giustizia, sentenza 18.11.10, resa nella causa C 226/09, Commissione/Irlanda>; tuttavia per effetto del successivo art. 27 comma 1, d.lg. n. 163 del 2006, "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità" e l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti> si pone il problema di individuare cosa debba intendersi per “servizi legali”.

Gli articoli 49 – 62 e 101 – 106 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea impongono, infatti, di non aggiudicare appalti sopra o sotto soglia senza adeguata trasparenza e pubblicità, ed in assenza di procedura comparativa: pare quindi evidente la necessità di una corretta individuazione di quali servizi debbano essere aggiudicati mediante procedura ad evidenza pubblica (anche solo semplificata), ed il problema – ovviamente – si pone anche (ove non soprattutto) per il singolo incarico defensionale conferito dalla P.A. a difensore del libero Foro.

Una delle tesi più gettonate, per escludere dalla necessità di porre in atto procedura ad evidenza pubblica il singolo incarico difensivo (v. S. BIGOLARO, “Gli incarichi agli avvocati da parte delle Amministrazioni pubbliche”, su www.amministrativistiveneti.it) fa il riferimento all’art. 125 del Codice dei contratti, e cioè al “cottimo fiduciario”, nonché all’impossibilità di inquadrare l’avvocato come “imprenditore”, ed, infine, alla possibile inclusione del “contratto di patrocinio” tra i c.d. “contratti esclusi” di cui all’art. 19 del Codice dei contratti; la sentenza n° 2730/12 ritiene che il singolo incarico esuli *in radice* dalla Direttiva appalti, e, quindi, anche dalla normativa interna di recepimento.

Ad avviso di chi scrive, invece, una corretta esegesi della normativa di settore conduce ad esiti diametralmente opposti.

Si ritiene infatti difficilmente contestabile che il singolo incarico costituisca “contratto di prestazione di servizi” a titolo oneroso nell’accezione dell’art. 1, n. 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE, e, quindi, dell’art. 3 del D. Lgs. 163/06 (il che rende irrilevante la qualificazione come “imprenditore” del prestatore di servizi); inoltre, la tesi contraria consentirebbe – ad esempio, per il tramite del frazionamento, derivante dall’attribuzione di singoli incarichi, in ipotesi sempre allo stesso soggetto, in un arco di tempo piuttosto ristretto – un “aggiramento” delle finalità della Direttiva, e, quindi, un frazionamento arbitrario dei servizi sarebbe contrario all’effetto utile della direttiva; infine, dalla tesi contraria (ivi compresa la sentenza del Consiglio di Stato più volte sopra richiamata) non viene spiegato il perché il “singolo incarico” esulerebbe dalla definizione di “servizi legali”, mentre nel Reg. (CE) 213/08 (pubblicato su GUCE L/74 del 15.3.08), che modifica il precedente regolamento sul vocabolario comune per gli appalti pubblici(CPV), al codice CPV 86111-86120 corrisponde la descrizione “Servizi di rappresentanza legale”, al codice CPV QB32-2 corrisponde la descrizione “Per il diritto in materia di recupero crediti”; al codice CPV QB34-8 corrisponde la

descrizione “Per il diritto in materia di lesioni personali”; al codice CPV QB1 8-0 corrisponde la descrizione “procedura di appello”, ed all’Allegato II(Tavola di corrispondenza), in relazione alla Cat. 21(Servizi legali), vengono indicati sia i servizi di consulenza che quelli di rappresentanza (senza alcuna connotazione “quantitativa”), il che non può che condurre a far rientrare anche il singolo incarico nella definizione richiamata.

Evidentemente non condivisibile, pertanto, è la tesi esposta nella sentenza n. 2730/12, secondo la quale il singolo incarico sarebbe “mero contratto d’ opera intellettuale, *species* del *genus* contratto di lavoro autonomo, come tale esulante dalla nozione di contratto di appalto *ratione materiae* abbracciata dal legislatore comunitario”: pur rilevando che il Consiglio di Stato, al fine di dirimere la questione, avrebbe avuto l’obbligo, ex art. 267, par. 3, del Trattato, di rimettere questione pregiudiziale”, nella disciplina comunitaria, come sopra dimostrato, non vi è alcun aggancio che consenta di differenziare il “servizio” su base quantitativa.

Quanto ipotizzato dall’opposta tesi, in concreto, comporterebbe in molti casi una limitazione del campo di applicazione della stessa direttiva, il che è contrario ai principi dettati dalla Corte di Giustizia in materia, la quale ha precisato che tutte le nozioni giuridiche che definiscono l’ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, devono essere interpretate in senso estensivo (sentenze 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley; 8 settembre 2005, causa C-129/04, Espace Trianon e Sofibail, e 29 novembre 2007, causa C-119/06, Commissione/Italia, punto 43; conclusioni Avvocato Generale, rese nella causa C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, punto 45), nonché consentire di conformarsi agli obiettivi della rispettiva direttiva: il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è infatti diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere gli interessi degli operatori economici

stabiliti in un altro Stato membro, e quindi occorre escludere che le amministrazioni aggiudicatrici preferiscano offerenti o candidati nazionali e/o si lascino guidare nell'aggiudicazione di appalti da considerazioni non economiche.

Nell'interpretare la norma interna, comunque, l'interprete dovrà necessariamente tenere in conto la norma "recepita" (il che concorre ad evidenziare l'erroneità della tesi che esclude il singolo incarico dalla disciplina degli appalti di servizi): come chiarisce la Corte di Giustizia *"dalla giurisprudenza della Corte risulta che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta ad una situazione interna, a quelle adottate nel diritto comunitario, al fine di assicurare una procedura unica in situazioni analoghe, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze di interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (v., in particolare, sentenze 17 luglio 1997, causa C-130/95, Giloy, Racc. pag. I-4291, punto 28, e 11 gennaio 2001, causa C-1/99, Kofisa Italia, Racc. pag. I-207, punto 32). Questa considerazione è a maggior ragione valida quando la normativa nazionale che si avvale di una nozione che figura in una disposizione di diritto comunitario sia stata adottata al fine di trasporre nell'ordinamento interno la direttiva di cui la detta disposizione fa parte."* (Corte Giustizia Unione Europea, sez. II 11-10-2001, causa C-267/99, Adam, punti 28 – 29).

Il Consiglio di Stato, per giungere alla conclusione sopra riportata, fa poi riferimento alla Determinazione n° 4/11 dell'Autorità di Vigilanza per i Lavori Pubblici, nonché ad una pronuncia (19/09) della Corte dei Conti, Sez. Basilicata; inoltre, al fine di rafforzare tale conclusione, indica quale elemento discrezionale la netta differenziazione tra i servizi legali e quelli di ingegneria ed architettura, rilevando che ciò "conferma l'inesistenza di un principio generale di equiparazione tra

singole prestazioni d'opera e servizi intesi come complesso organizzato di utilità erogate con prestazioni ripetute ed organizzate”.

Proprio tale argomento cozza insanabilmente con la proposta di modifica sopra riportata: le ragioni della attuale “minore estensione”, come ricavabile con “interpretazione autentica” della Commissione, non derivano dalla diversità tra i servizi, ma da un certo interesse transfrontaliero, oggetto di ripensamento – in ordine alla sua sussistenza per i servizi legali - alla luce delle nuove valutazioni.

Quanto alla giurisprudenza contabile (la determina dell'AVCP, relativa alla tracciabilità dei flussi finanziari, si limita a rinviare alla stessa pronuncia contabile richiamata dal Consiglio di Stato), per vero, la linea interpretativa seguita dalla Sezione Basilicata non è certo quella prevalente tra la magistratura contabile: si veda, ad esempio, la Delibera n° 6/08 della Sezione della Auonomie, che, in relazione al singolo incarico, indica che “appare possibile ricondurre la rappresentanza/patrocinio legale nell'ambito dell'appalto di servizi, dovendosi fare in generale riferimento alla tipologia dei “servizi legali” di cui all'allegato 2B del d. lgs. n. 163/2006, che costituisce, ai sensi dell'art. 20 del decreto, uno dei contratti d'appalto di servizi cosiddetti “esclusi”, assoggettato alle sole norme del codice dei contratti pubblici richiamate dal predetto art. 20, nonché i principi indicati dal successivo art. 27 (trasparenza, efficacia, non discriminazione)”, o le Delibere nn° 144/08 della Sezione Calabria e 301/09 della Sezione Toscana, che giungono ad identiche conclusioni.

Quanto, ancora, al riferimento dottrinario al “cottimo fiduciario”, se è vero che l'acquisizione diretta di servizi legali potrebbe avvenire solo al di sotto dei 40.000 Euro, ai sensi dell'art. 125, comma 11, del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, tale possibilità, comunque, ricorre solo previa espressa menzione di detti servizi nel Regolamento interno della stazione appaltante relativo all'attività contrattuale in economia. Ma, considerando che la Corte di Giustizia ha sempre asserito che

“secondo costante giurisprudenza, anche se il valore di un appalto che è oggetto di una gara non raggiunge la soglia di applicazione delle direttive con cui il legislatore comunitario ha disciplinato il settore degli appalti pubblici e l'appalto di cui trattasi non rientra quindi nell'ambito di applicazione di esse, le autorità aggiudicatrici che stipulano un appalto sono cionondimeno tenute a rispettare i principi generali del diritto comunitario, come il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne discende” (v., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, punti 60 e 61; ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard, punti 20 e 21; sentenze 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, punti 16 e 17; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, punti 46-48; 14 giugno 2007, causa C-6/05, Medipac, punto 33; sentenza 21.2.08, causa C 412/04, Commissione /Italia, punti 66, 81 - 82).

Inoltre, in relazione ai principi sopra esposti, si legge nella comunicazione interpretativa della Commissione 2006/C 179/02, pubblicata su GUCE dell'1.8.06, che “La CGCE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE, «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione».

Tali norme si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive. La Corte ha esplicitamente dichiarato che «sebbene

taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato» (comunicazione, con sentenza del Tribunale di I° grado del 20.5.2010, resa nella causa T 258/06, Repubblica di Germania/Commissione, è stata interpretata nel senso che “la comunicazione non contiene nuove regole di aggiudicazione degli appalti pubblici che vadano al di là degli obblighi derivanti dal diritto comunitario vigente.” - punto 162 motivazione), può seriamente dubitarsi della compatibilità comunitaria dell’esonero anche dalla procedura “semplificata” per i servizi sotto i 40.000 euro disposta dall’art. 125, il che impone, alla P.A. come al Giudice, di disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi al diritto comunitario (sentenza Corte di Giustizia 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo).

Quanto, infine, alla possibile qualificazione di tali servizi come “servizi esclusi”, sarà sufficiente rilevare che l’espreso richiamo all’All. II B impone di considerare come erronea tale tesi.

Pertanto, può fondatamente concludersi che anche il conferimento di un singolo incarico difensivo da una Pubblica Amministrazione a difensore appartenente al libero Foro, deve rispettare le regole dettate dalla normativa comunitaria e dalla relativa normativa di recepimento in materia di appalti di servizi: ben potranno, a tal fine, le singole Stazioni appaltanti, ad inizio anno (soprattutto ove siano dotate di Avvocatura interna) individuare una ragionevole percentuale di incarichi da conferire all’esterno, e porre gli stessi a gara, garantendo così, da un lato, un notevole risparmio di risorse economiche, e, dall’altro, il pieno rispetto delle norme che presidiano tale delicata attività.