

Contratti e Appalti

Servizi legali: Costituire l'Albo fiduciario per far contenta anche la Corte dei Conti

Come se non bastasse lo scontro interpretativo in corso tra ANAC e Consiglio di Stato, sulle modalità di affidamento degli incarichi legali interviene ora anche la Corte dei Conti dell'Emilia Romagna. Il giudice contabile in due distinte pronunce ([deliberazione della Corte dei Conti, Sez. Emilia Romagna, 22 maggio 2018 n. 105, deliberazione Corte dei Conti n. 4/2018/VSGO](#)) enuncia il principio per cui *a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), anche il singolo incarico di patrocinio legale dev'essere inquadrato come appalto di servizi, affidato nel rispetto dei principi di cui all'art. 4 del citato decreto*. In vigenza del vecchio codice, la giurisprudenza amministrativa operava una distinzione tra il singolo incarico di patrocinio legale, oggetto di affidamento diretto in quanto ascrivibile al più ampio *genus* dei contratti d'opera intellettuale, e le prestazioni di durata di tipo prettamente consulenziale, rese mediante una struttura organizzativa complessa, qualificabili quali veri e propri appalti di servizi¹.

All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'ANAC con lo schema di **"Linee guida sull'affidamento dei servizi legali"** ha operato una netta inversione di tendenza, riconducendo anche i singoli incarichi di rappresentanza in giudizio nell'alveo dell'evidenza pubblica. Da qui, il necessario espletamento di una procedura comparativa, nel rispetto del criterio di rotazione, tra professionisti iscritti in appositi elenchi pubblici² e in possesso dei medesimi requisiti di partecipazione richiesti agli appaltatori dall'art. 80, d.lgs. n. 50/2016.

A fondamento della soluzione prospettata dall'Autorità, l'opinabile ricostruzione del dato normativo rinvenibile dal combinato disposto di cui agli artt. 4 e 17 co. 1, lett. d), d.lgs. n. 50/2016³ e nell'avvenuto consequenziale superamento da parte del diritto europeo della distinzione tra contratto di prestazione d'opera intellettuale e appalto.

¹Sul punto, [Consiglio di Stato n. 2730/2012](#).

²Il Giudice contabile ha precisato che detti elenchi di operatori qualificati possono essere articolati in diversi settori di competenza e che solo qualora vi siano ragioni di urgenza, motivate e non derivanti da un'inerzia dell'Ente conferente, tali da non consentire l'espletamento di una procedura comparativa, le amministrazioni possono prevedere che si proceda all'affidamento diretto degli incarichi (cfr. *deliberazione n. 4/2018 cit.*).

³Il citato art. 17, in particolare, esclude dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici l'affidamento di specifici servizi legali, tra cui la rappresentanza in giudizio, la consulenza legale prestata in pendenza o in vista dell'instaurazione di un procedimento giurisdizionale e l'assistenza connessa, anche occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri. L'art. 4 dispone che *l'affidamento dei contratti pubblici aventi a 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*.

Contratti e Appalti

Secondo la Corte, per effetto del nuovo Codice dei contratti pubblici l'incarico per l'affidamento di patrocinio legale si inquadra come **appalto di servizi in ragione della nozione di appalto accolta in ambito europeo** – più ampia di quella contenuta nel nostro codice civile – e in linea con i principi di cui all'art. 4 del codice che riconduce ai principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità l'attribuzione di servizi nell'ambito della Pubblica amministrazione.

Ne consegue che, soprattutto in presenza di un ufficio legale interno, **la scelta dell'avvocato esterno all'ente deve essere adeguatamente motivata e non può assumere carattere meramente fiduciario.**

Il "consiglio" della Corte dei Conti è quindi quello di procedere **in via preventiva con una la creazione di un elenco di operatori qualificati – redatto a seguito di una procedura trasparente e aperta, oggetto di adeguata pubblicità** – assolvendo così a monte agli obblighi di parità di trattamento e di libertà di concorrenza dotando l'Ente di uno strumento che, su base non discriminatoria, consenta la selezione degli operatori in ragione delle rispettive qualifiche e competenze.

Questa soluzione prospettata dall'Ente potrebbe anche superare il richiamato contrasto maturato tra la posizione dell'ANAC e quella del Consiglio di Stato che con [parere n. 2109/2017](#) ha bocciato la posizione espressa dall'ANAC e ha chiamato il Consiglio Nazionale Forense a esprimere parere sulla questione. Il CNF ha rilevato anzitutto come non possa certo rintracciarsi nel diritto europeo l'asserito superamento della distinzione tra appalto e contratto d'opera professionale ex art. 2230 c.c.

È, invero, **la stessa direttiva 24/2014/UE**, al considerando n. 25⁴, a prevedere la possibilità, per taluni specifici incarichi legali, di **sfuggire all'evidenza pubblica.**

Nel dettare la nuova disciplina, il legislatore europeo ha voluto chiarire proprio quella stessa esigenza che alla prassi era sempre stata manifesta, ossia il fatto che alcuni rapporti tra amministrazione e avvocato sono ineliminabilmente contrassegnati dall'intuitus personae e dal tratto fiduciario, sicché sono necessariamente aperti alla scelta diretta e non possono essere irrigiditi nell'insieme di regole che, anche nella versione più alleggerita che si voglia immaginare, formano il corpo dei c.d. procedimenti ad evidenza pubblica. (cfr. CNF nel parere del 15.12.2017)

Del resto, diversamente opinando, gli artt. 4 e 17 si porrebbero in aperta contraddizione con la fonte primaria rappresentata proprio dalla Direttiva 24/2014/UE e dal codice dei contratti pubblici, che, in materia di servizi legali,

⁴Taluni specifici incarichi, quali la rappresentanza in giudizio, l'assistenza ad essa collegata e i servizi legali connessi, anche occasionalmente, 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, 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".

Contratti e Appalti

prevede il c.d. doppio binario: accanto a quelli (di difesa in giudizio, di assistenza legale o di consulenza connessa all'esercizio di pubblici poteri) completamente avulsi dall'ambito di applicazione del codice, il legislatore ha previsto un'ulteriore tipologia di servizi legali *nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, co. 1, lett. d)*, i quali, ai sensi del combinato disposto di cui all'Allegato IX e degli artt. 140 ss., sono sottoposti a un regime procedimentale di evidenza pubblica semplificato.

A ben vedere, una lettura sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 consentirebbe di rilevare come **il legislatore della riforma abbia semplicemente inteso invocare il rispetto dei principi generali che regolano l'azione amministrativa** in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, senza per ciò solo mettere in discussione il carattere diretto e fiduciario dell'affidamento.

Del resto, la stessa Corte dei Conti, nel momento in cui richiama il principio della deroga alla procedura comparativa nei casi di urgenza, facendo così rientrare dalla finestra l'affidamento diretto, cacciato dall'ANAC fuori la porta. Non resta quindi che cercare di accontentare un po' tutti mostrandosi semplicemente fautori di buon senso: approvare un Regolamento per l'affidamento degli incarichi legali che preveda l'iscrizione all'Albo "fiduciario" (sic!) dei professionisti a seconda delle rispettive competenze e impegnarsi ad attingere dallo stesso sia nei casi di affidamento di incarichi sui quali può rilevarsi l'opportunità di valutare comparativamente le soluzioni prospettate dai diversi professionisti coinvolti nella scelta, sia sugli incarichi di resistenza in giudizio, caratterizzati ordinariamente dall'eccezionalità dell'urgenza tale da giustificare l'affidamento diretto a carattere fiduciario.

[Qui Bozza di incarico legale in via d'urgenza](#)