



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TRIESTE

Il regime giuridico degli incarichi legali

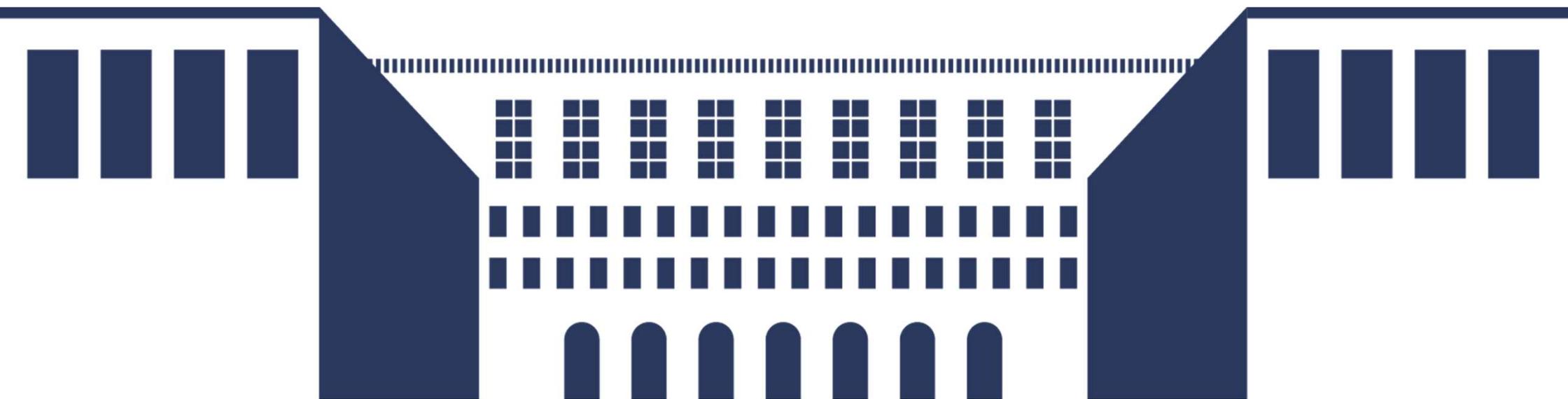
Gli affidamenti degli incarichi legali da parte
della P.A. – Incompatibilità, compensi, gare e
profili deontologici - Trieste 21 aprile 2022

Andrea Crismani



Pubblica amministrazione - **Specialità del settore dell'amministrazione della giustizia** –
Avvocati del libero foro /giuristi

RAPPORTO TRA PA e PROFESSIONISTA



Avvocati e giuristi

Avvocati / soggetti approvati, o selezionati, secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti : rapporto fiduciario Cliente-Avvocato - *“gli avvocati ... si trovano in una posizione che ha aspetti di peculiarità che oggettivamente la differenziano da quella di tutti gli altri prestatori d’opera intellettuale”*

....

- Il conseguimento del titolo di avvocato che abilita alla difesa in giudizio è di pari rango (semmai, anzi, è qualcosa ‘di più’ e non ‘di meno’) rispetto alla qualifica di ‘giurista’, ‘esponente del mondo accademico’, ‘professionista altamente qualificato’, ai quali si rivolge l’avviso.



- Non sarebbe possibile ritenere, dunque, che un giurista, per il solo fatto di aver conseguito anche il titolo di avvocato (e di essere iscritto a un Ordine professionale), non possa, per ciò solo, prestare la propria opera professionale ed intellettuale nei confronti delle Amministrazioni statali in ogni ambito stragiudiziale, laddove – invece - tale preclusione non varrebbe per altre figure professionali altamente specializzate (professori universitari, ricercatori o, semplicemente, esperti del settore) alle quali il MEF si è voluto rivolgere senza prevedere requisiti specifici in termini di titoli di studio o di abilitazione.
- CDS, IV, 07442/2021REG



- Il presunto superamento della distinzione
- tra **appalti di servizi** e **contratti d'opera professionale?**

il diritto europeo si muove per obiettivi sostanziali e non per classificazioni formali. Il diritto europeo, cioè, si occupa dell'individuazione della procedura di affidamento del contratto, lasciando impregiudicata la qualificazione della natura del medesimo, che resta disciplinato secondo le regole del diritto civile interno.

- **Economicità vs. bisogno della difesa e della fiducia?**
- **Assimilazione dell'avvocato a un'impresa?**
- **Divieto di *Gold plating* e Linee guida Anac n. 12?**



Contratto d'opera / **contratto di appalto di servizi** // NATURA PRESTAZIONI // anche un terzo genere

Gratuità

Corte dei Conti, **Giudice amministrativo**, **CGUE**, ANAC

Art. 4, 17 , art. 140 all. IX CCP

Art. 7 c. 6 TUPI I. n. 247/2012

Codice del 2006 vs. codice del 2016

Contratto incluso /**contratto escluso**/**contratto estraneo**

intuitu personae - **rapporto di fiducia** – **soggetti già qualificati** – **selezione** – **rotazione** –
equa distribuzione incarichi

evidenza pubblica/affidamento diretto / motivazione/elenchi

Prezzo/offerta /spese d'investimento /spese correnti



conferimento di incarichi legali in favore di Pubblica Amministrazione

- due anime:

1. necessità di privilegiare il risparmio di spesa in osservanza dei principi costituzionali di buon andamento e trasparenza e
 2. l'esigenza di instaurare con il professionista un rapporto fiduciario, tenendo conto della complessità della causa e della dovuta esperienza richiesta.
- **Qual è la corretta qualificazione del rapporto giuridico intercorrente tra l'avvocato e l'ente affidatario e sulle procedure da adottare al fine d'individuare il professionista maggiormente idoneo a svolgere l'incarico?**

DISCIPLINA

Art. 7 c. 6 TUPI

I. n. 247/2012

Art. 4, 17 , all. IX CCP



Art. 7 c. 6 e 6-bis Tupi (?)

- 6. Fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis, **per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, 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, oggetto e compenso della collaborazione; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico.
- Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo
- 6-bis. Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione



Art. 13 l. n. 247/2012

- 2. Il compenso spettante al professionista e' pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale.
- 5. Il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico; **((...))** è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale.



EQUO COMPENSO

- all'art. 13-bis, comma 3, legge n. 247/2012, inserito dall'art 19-quaterdecies del d.l. n. 148/2017, *“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 presente decreto”*.
- Il riferimento soggettivo previsto dall'art. 13-bis cit. alla *“pubblica amministrazione”* e quello oggettivo agli *“incarichi conferiti”* stanno piuttosto a significare - a tutela del professionista - che il compenso deve essere equo e che l'interesse privato non può essere sacrificato rispetto a quello pubblico e generale fino al punto di travalicare – nel bilanciamento dei contrapposti interessi - l'equità della remunerazione. (cds IV, 7442/21)



gratuità

- Pertanto, occorre concludere che la normativa sull'equo compenso sta a significare **soltanto che, laddove il compenso sia previsto**, lo stesso debba necessariamente essere equo, mentre non può ricavarsi dalla disposizione l'ulteriore (e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto (a meno di non sostenere, anche in questo caso, che non vi possa essere alcuno spazio per la prestazione di attività gratuite o liberali da parte dei liberi professionisti).
- La disposizione non esclude il (e nemmeno implica la rinuncia al) potere di disposizione dell'interessato, che resta libero di rinunciare al compenso – qualunque esso sia, anche indipendentemente dalla equità dello stesso – allo scopo di perseguire od ottenere vantaggi indiretti (come nel caso che ci occupa) o addirittura senza vantaggio alcuno, nemmeno indiretto, come tipicamente accade nelle prestazioni liberali (donazioni o liberalità indirette). (c.d.s. IV, 7442/21)



Rapporti con PA e con IMPRESA FORTE- ATTENZIONE AL SALTO LOGICO

- DISTINGUERE i rapporti tra professionista e “cliente forte” (art. 13 *bis* l.p.) dalla disciplina rivolta alle pubbliche Amministrazioni (art. 19 *quaterdecies*, comma 3, d.l. n. 148/2017).
- Il T.a.r. Lombardia n. 1071/21 riconosce, correttamente, che “l’applicazione della disciplina dell’equo compenso, in quanto eccezione al principio pro-concorrenziale della libera pattuizione del compenso spettante al professionista, di cui all’articolo 13, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, **soggiace a precisi limiti soggettivi**, ovvero l’appartenenza del cliente alle categorie delle imprese bancarie, assicurative o di grandi dimensioni”, **ma compie poi un salto logico che mina il successivo ragionamento allorquando estende sotto il profilo soggettivo l’applicazione della norma anche alle pubbliche Amministrazioni.**

<https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/1868-gli-incarichi-legali-della-p-a-e-le-mobili-frontiere>



L'erronea equiparazione della P.A. al "cliente forte" operata nonostante la chiara distinzione delle due ipotesi nel d.l. n. 148/2017 – ispira le successive considerazioni del giudice amministrativo.

In particolare, il Collegio estende al caso portato alla sua attenzione considerazioni che potrebbero validamente fondare una decisione relativa alla quantificazione del compenso nei soli rapporti tra professionista e imprese bancarie, assicurative o di grandi dimensioni.

L'interpretazione in forza della quale allorquando sia il professionista a quantificare il proprio compenso, non sussisterebbe il potere-dovere dell'Amministrazione di garantire che lo stesso sia "equo", **stride con la lettera e con lo spirito della norma e finisce per avallare condotte potenzialmente lesive di quell'interesse pubblico che il legislatore ha voluto tutelare.**

<https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/1868-gli-incarichi-legali-della-p-a-e-le-mobili-frontiere>



Art. 17 comma 1, lett. d) e art. 4,

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.

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 ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni:
 - 1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, 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 uno Stato membro dell'Unione europea 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 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;
- 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;



Art. 140 e all. IX CCP

- art. 140, assoggettata 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 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.**

il dibattito si è incentrato sulla distinzione tra incarichi professionali di consulenza e appalto di servizi: ancorchè nella pratica entrambe le fattispecie contrattuali possano sovrapporsi, in quanto hanno in comune l'esecuzione di servizi, sotto il profilo ordinamentale integrano istituti giuridici differenti nei **presupposti**, nell'**esecuzione** e nei limiti.



l'affidamento del singolo incarico legale

sia durante vigenza del D. Lgs. 163/2006 che del D.Lgs. 50/2016 l'orientamento prevalente in giurisprudenza è sempre stato quello di **escludere** che l'affidamento del singolo incarico legale, specialmente se di patrocinio, potesse essere assoggettato alle medesime regole procedurali previste per gli appalti di servizi; ciò in considerazione non soltanto della distinzione compiuta dal Codice Civile tra contratto d'appalto e contratto d'opera professionale, quanto soprattutto per il preminente elemento fiduciario insito nel rapporto giuridico intercorrente tra il cliente e l'avvocato.

fino all'emanazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE il diritto europeo e il diritto interno **si erano limitati a disciplinare solo in via residuale i servizi legali**, inserendoli nell'elenco delle prestazioni per le quali era previsto un regime semplificato di evidenza pubblica e generando così alcuni dubbi interpretativi su quanto fosse effettivamente ampia tale categoria.



Consiglio di Stato (11.05.2012 n. 2730)

Nel 2012 Consiglio di Stato (11.05.2012 n. 2730) sembrava fare la distinzione concettuale e giuridica tra **appalto di servizi legali** e **conferimento di singolo incarico di difesa legale** e incardina su questa distinzione una conseguente **differenziazione sul piano della disciplina delle forme di scelta del legale**. Nel primo caso ci troveremmo di fronte ad un affidamento di servizio, inteso come insieme di attività articolate e complesse che richiedono un certo livello di organizzazione dell'affidatario e che possono anche comprendere la difesa in giudizio, ma non si esauriscono in essa;

Nel secondo caso ci troveremmo invece di fronte ad un contratto d'opera professionale, e cioè ad un tipo particolare del genere del contratto di lavoro autonomo, caratterizzato da una stretta relazione fiduciaria.

Solo nel primo caso rientreremmo nel campo di applicazione delle norme sugli appalti pubblici, e conseguentemente l'avvocato, o gli avvocati andrebbero scelti sulla base di procedure ad evidenza pubblica. Nel secondo caso, invece, non vi sarebbe tale necessità, ben potendo l'amministrazione scegliere il legale senza particolari formalità



- deve esserci un *quid pluris* rispetto a un singolo incarico di patrocinio o di assistenza. Si è in presenza di un appalto quando l'oggetto è un servizio legale prestato per un determinato arco temporale e per un determinato corrispettivo: il *quid pluris* risiede nel fatto che la prestazione di patrocinio o di assistenza si inserisce in un quadro più ampio, divenendo modalità di un servizio più complesso e articolato da prestare all'Amministrazione.
- **il Consiglio di Stato segnalava altresì la specialità del settore dell'amministrazione della giustizia rispetto agli altri ambiti di amministrazione che ricadono nel campo di applicazione oggettivo del codice dei contratti pubblici:** la prestazione professionale di assistenza e difesa in giudizio va dunque inquadrata in questo contesto, e comporta una "*scelta fiduciaria*" da parte dell'amministrazione, anche se ovviamente tale scelta resta soggetta "*ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione*". Diversamente dal privato, che non ha bisogno evidentemente di motivare alcunché, il committente pubblico deve comunque realizzare un'azione amministrativa che renda possibile la verifica della congruità delle determinazioni assunte, rispetto a quello che il giudice definisce il "*bisogno di difesa da appagare*".



fino all'emanazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE il diritto europeo e il diritto interno **si erano limitati a disciplinare solo in via residuale i servizi legali**, inserendoli nell'elenco delle prestazioni per le quali era previsto un regime semplificato di evidenza pubblica e generando così alcuni dubbi interpretativi su quanto fosse effettivamente ampia tale categoria.

Sono state proprio le direttive **a distinguere per la prima volta** in maniera netta i servizi legali assoggettati ad un regime semplificato di evidenza pubblica dai servizi legali esclusi dal campo d'applicazione oggettivo della normativa in tema di appalti pubblici e specificamente dagli obblighi procedurali previsti.

Tale distinzione è stata riprodotta anche nel diritto interno: l'all. IX del D.Lgs. 50/2016 indica infatti i servizi legali diversi da quelli previsti dall'art. 17, c. 1, lett. d) del medesimo decreto, sottoponendoli al regime procedurale semplificato previsto dagli articoli 140, 142 e 143 del Codice dei Contratti. L'art. 17 citato contiene invece una serie di ipotesi di prestazioni legali, le quali, per la loro specificità, sono escluse dal campo d'applicazione oggettivo del Codice.



- A chiarire tale distinzione alla stregua del nuovo codice è soprattutto il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato numero 2017 del 3.8.2018 (che sul punto non presenta sostanziali differenze rispetto alla precedente sentenza del Consiglio di Stato 2730 del 2012).
- Sono due modelli contrattuali diversi, dunque. E l'amministrazione può avere necessità di ricorrere all'uno o all'altro dei due. Se un'amministrazione decide di dar corso ad un appalto di servizi legali, è perché le sue esigenze lo giustificano. Perché, ad esempio, intende affidare l'intero contenzioso di suo interesse per una durata predeterminata.



linee guida 12 del 2018 dell'ANAC

- Tali conclusioni sono espressamente condivise anche dalle linee guida 12 del 2018 dell'ANAC, che confermano come l'incarico legale affidato **per un'esigenza puntuale ed episodica costituisca un contratto d'opera intellettuale e non un appalto.** (T 1)
- quindi: **esiste o no un obbligo di fare una "gara" – genericamente intesa, ricomprendendovi ogni confronto comparativo – quando si affida un singolo incarico legale, al di fuori dei casi di appalto?**

La possibilità dell'affidamento diretto a un determinato professionista è ammessa dalle linee guida 12/2018 dell'ANAC "solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre."

Tali affermazioni dell'ANAC derivano da un presupposto: l'applicabilità dei generali principi posti dall'articolo 4 del codice dei contratti pubblici anche ai servizi legali esclusi di cui all'articolo 17 lett. d). E' dai principi dell'articolo 4 che l'ANAC pretende di "declinare" tutta una serie di indicazioni e regole per l'affidamento degli incarichi legali.



- Il problema non riguarda l'affidamento del servizio legale complessivamente considerato, avente ad oggetto la gestione continuativa dell'intero contenzioso dell'Ente, con organizzazione di mezzi e assunzione del rischio a carico del professionista: la giurisprudenza è pacifica nell'ascrivervi natura di appalto di servizi, con conseguente soggezione alla relativa disciplina applicativa in punto di evidenza pubblica.
- La questione si pone invece per il conferimento dei singoli incarichi defensionali, in ragione di uno specifico contenzioso: ipotesi vieppiù frequente nella prassi applicativa negli Enti, soprattutto in quelli locali di più modeste dimensioni, privi di un ufficio legale e interessato da un contenzioso modesto, che non giustifica l'esternalizzazione dell'intero servizio.



critica con riguardo all'affidamento degli incarichi legali ad hoc, riconducibili ai servizi di cui all'art. 17, c. 1, lett. d) del Codice

l'orientamento espresso dalle Linee guida assume una portata dirompente rispetto al passato; infatti l'ANAC non solo ha ritenuto che l'entrata in vigore del D. Lgs. 50/2016 abbia di fatto prodotto l'effetto di superare la distinzione tra contratto d'appalto e contratto di prestazione d'opera intellettuale e in specie di patrocinio, ma si è spinta a suggerire, attraverso una *discutibile interpretazione* dei principi previsti dall'art. 4 del Codice dei Contratti, applicabili ai contratti pubblici esclusi, una sostanziale riconduzione delle modalità d'affidamento dei servizi indicati all'art. 17, c. 1, lett. d) a regole procedurali tipiche degli appalti pubblici, nonostante la loro esplicita esclusione dal campo d'applicazione oggettivo del Codice medesimo.

c.d. effetto espansivo



Impressione di un presunto superamento della distinzione tra appalti di servizi e contratti d'opera professionale

- la nozione comunitaria di appalto sarebbe così lata da non consentire alcuna distinzione interna, e da ricomprendere qualsiasi tipo di incarico legale, compreso il singolo mandato a difendere in giudizio l'amministrazione. **Sarebbe dunque stata superata la distinzione civilistica tra contratto d'opera professionale e appalto di servizi, o, in altre parole, tale distinzione, ove rilevante per il diritto interno, non assumerebbe alcun rilievo per il diritto europeo e per il diritto nazionale che di esso costituisce trasposizione diretta, come il codice dei contratti pubblici.** Seppur espressamente esclusi, anche i singoli incarichi di rappresentanza e difesa in giudizio sarebbero comunque appalti di servizi, anche in virtù della rubrica stessa dell'art. 17 del codice, che appunto recita *“Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi”*.



Perché?

nella logica dell’Autorità di settore, un intervento di regolazione che è basato a ben vedere sulla espansione dei principi generali di cui al richiamato articolo 4, **i quali finiscono per essere dettagliati in una vera e propria procedura ad evidenza pubblica**

- Fare una “gara” tra legali è sempre difficile. E sono numerose le ipotesi in cui farlo diventa estremamente difficile o finanche impossibile. La questione è già chiaramente espressa nella sentenza del Consiglio di Stato 2730/2012: l’iter del giudizio è aleatorio, gli aspetti delle prestazioni da fornire non sono predeterminabili, mancano insomma le basi oggettive per fissare i criteri di valutazione necessari.
- Inoltre, come pure rileva il Consiglio di Stato 2730/2012, **l’attività del professionista si colloca in un contesto che è quello dell’amministrazione della giustizia, al di fuori del campo regolato dai contratti pubblici.**



Corte di Giustizia dell'Unione europea 6 giugno 2019 (C 264/2018).

gli incarichi legali sono esclusi dalla normativa appaltistica generale – ai sensi dell'art. 10, lettera d), I e II) della direttiva 24/2014, corrispondente alle ipotesi dell'articolo 17 d) del codice dei contratti pubblici – **in quanto diversi da ogni altro contratto**, perché le relative prestazioni possono essere rese “solo nell'ambito di un rapporto *intuitu personae* tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza”.

All'*intuitus personae* la Corte ricollega la libera scelta del difensore e la fiducia tra cliente e avvocato, e ne ricava la difficoltà di descrivere oggettivamente le qualità attese dal legale incaricato.

E alla riservatezza nel rapporto tra avvocato e cliente la Corte ricollega la salvaguardia del pieno esercizio dei diritti di difesa e la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato, che potrebbe essere minacciata dal dover precisare le condizioni di attribuzione dell'incarico.



Sul carattere fiduciario

L'applicazione di tali principi all'affidamento dei singoli incarichi legali di cui all'art. 17, c. 1, lett. d) ccp **renderebbe impossibile ritenere che la scelta dell'avvocato esterno possa essere connotata da carattere fiduciario**; ne conseguirebbe - secondo tale orientamento - che la scelta dell'avvocato maggiormente idoneo debba avvenire previa costituzione di un elenco di operatori qualificati, dell'impiego dei principi di equa ripartizione o di rotazione e senza che l'ente possa compiere un affidamento diretto, il quale dovrebbe porsi sempre come ipotesi eccezionale, dovuta alla necessità di procedere con urgenza e sempre a condizione che essa non sia mai motivata dall'inerzia dell'ente



- I servizi legali possono partecipare, “direttamente o indirettamente, **all’esercizio di pubblici poteri** e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela di interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche”: ciò che pure li rende incomparabili con ogni altro servizio.

L’art. 10 della dir. 2014/24/UE non prevede che i servizi legali esclusi siano soggetti a principi come quelli indicati dall’art. 4 del D. Lgs. 50/2016.

..... la possibilità che la sottoposizione dei servizi indicati dall’art. 10 della direttiva citata, riprodotti in maniera identica dall’art. 17 del Codice dei Contratti, possa avvenire secondo l’interpretazione fornita dall’ANAC nelle Linee guida sembra così costituire una non corretta trasposizione della direttiva medesima, dal momento che essa si pone in contrasto con la finalità perseguita dai considerando n. 1, 4 e 25 della dir. 2014/24/UE.



- Dal principio di economicità infatti l'ANAC fa discendere la necessità di una valutazione comparativa tra più preventivi, pur riconoscendo che *“il risparmio di spesa non dovrebbe essere il criterio di guida nella scelta che deve compiere l'amministrazione”*. Tale opzione appare disallineata rispetto alle norme vigenti dell'ordinamento forense, che pure rendono oggi – dopo le modifiche della legge per la concorrenza (legge n. 124 del 2017) – obbligatoria e non più a richiesta la previa comunicazione *“in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale della (ndr) prevedibile misura del costo della prestazione”* (art. 13, comma 5, l. 247 del 2012). Ma appunto trattasi di misura *“prevedibile”*, e tale disposizione va coordinata con quella che precede, in base alla quale *“il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico”*. In buona sostanza, il preventivo non può che essere, per le prestazioni legali, che un preventivo di massima, relativo agli oneri ipotizzabili, mentre è frequente il caso in cui vi siano oneri appunto non ipotizzabili previamente.



Contratti estranei e non esclusi?

- QUINDI l'affidamento diretto e opportunamente motivato, che, in base all'esclusione espressa dei servizi legali predetti, dovrebbe essere la regola, **diventa secondo ANAC l'eccezione**, praticabile solo per ragioni di urgenza (peraltro non addebitabili all'amministrazione) o nei casi di incarichi consequenziali (i diversi gradi di giudizio) o complementari (rispetto ad altri incarichi sulla medesima materia). (CNF)



- Anche se non viene fatta una gara, vanno rispettati i principi dell'azione amministrativa
 - Se viene fatta una gara, è una gara.
- Comunicazione n. 1/2020 approvata dal Consiglio Direttivo dell'Unione Nazionale degli Avvocati Amministrativisti il 9.1.2020



incarichi di studio e consulenza secondo la Corte dei conti sez. contr.- si applicano agli incarichi legali?

Sezioni Riunite della Corte dei conti nella delibera n. 6/2005, richiamata da consolidata giurisprudenza contabile, che ha distinto: a) *gli incarichi di studio*, b) *le consulenze* vere e proprie, sono da intendersi come richieste di pareri ad esperti e con esse l'amministrazione intende acquisire un giudizio finale idoneo ad orientare l'azione dei propri organi e c) *gli incarichi di ricerca*.

il contenuto delle tre descritte categorie coincide e concretizza un contratto di prestazione d'opera intellettuale (artt. 2229-2238 del cod. civ.), riconducibile alla *locatio operis*, in cui assume carattere centrale la personalità della prestazione resa dall'esecutore.

Cosicché, la nozione appena descritta resta concettualmente distinta dalla nozione di appalto di servizi, caratterizzato da una prestazione resa da un operatore economico con organizzazione strutturata, priva di caratterizzazione personale.

- SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO
 - PER L'EMILIA-ROMAGNA
 - LINEE GUIDA RIGUARDANTI INCARICHI DI
 - COLLABORAZIONE, CONSULENZA, STUDIO E
 - RICERCA, AI FINI DELL'ADEMPIMENTO DI CUI
- ALL'ART. 1, COMMA 173 DELLA L. N. 266/2005 Deliberazione 16 novembre 2021 n. 241 /2021/INPR



Corte dei conti, Sez. giurisd. Lazio, sentenza dell'8 giugno 2021, n. 509,

gli incarichi legali non sono stati riconosciuti equiparabili alle c.d. consulenze esterne, alle quali si applica il regime degli artt. 7 comma 6 del d.lgs 165/2001 e dell'art. 110 comma 6 del TUEL 267/2000, ma, 23 in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, n. 2730 del 2012; Comm. Speciale n. 2109 del 2017 e n. 22017 del 2018) e con gli indirizzi dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, sono stati **inquadrati tra le prestazioni di lavoro autonomo professionale** il cui affidamento, sia pur rispettoso dei principi generali in tema di trasparenza ed economicità, è caratterizzato da un preminente elemento fiduciario. La fattispecie negoziale dell'appalto di servizi potrebbe configurarsi **solo ove la prestazione richiesta al professionista non si esaurisca nel solo patrocinio legale a favore dell'ente**, configurandosi quale modalità organizzativa di un servizio più complesso e articolato (C. Conti sez. contro. Basilicata de. 19/2009/par.; C. Conti sez. contr. Umbria del 137/2013/Par.



il Collegio è dell'avviso che i mandati di patrocinio in giudizio affidati dalla Consip, di cui si discute, non erano soggetti ad una procedura di evidenza pubblica.

La **contraria tesi, sostenuta dal requirente, si basa su una controversa interpretazione** della disciplina riguardante l'affidamento di incarichi di patrocinio legale da parte della pubblica amministrazione, inquadrati nell'ambito di veri e propri appalti di servizi; interpretazione sicuramente minoritaria durante il previgente d.lgs. n. 163 del 2006, solo in parte rivista dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016 ed, attualmente, del tutto superata alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria.

In ogni caso, una lettura sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, consente di rilevare come il legislatore della riforma, con il richiamo all'art. 4, più che delineare una vera e propria procedura comparativa, abbia inteso invocare il rispetto generale dei principi generali che regolano l'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, non escludendo la possibilità di un affidamento diretto e fiduciario dei servizi legali



Contratto di patrocinio

- le modalità di conclusione del contratto di patrocinio integrano una disciplina speciale rispetto ai contratti in cui sia parte una pubblica amministrazione, sia (di regola) con riferimento ai soggetti legittimati alla sottoscrizione che in relazione ai requisiti di forma.
- il contratto di patrocinio può ritenersi concluso anche per effetto del conferimento della procura ad litem accettata dal professionista con il concreto esercizio della rappresentanza giudiziale mediante la sottoscrizione dell'atto difensivo, prospettandosi una peculiare fattispecie negoziale idonea a soddisfare l'obbligo di forma scritta ad substantiam e ad escludere la ricorrenza di un'ipotesi di nullità sotto il profilo in esame. Tuttavia, al fine di scongiurare la non consentita disapplicazione delle regole giuscontabili, è sempre **necessario che il conferimento dell'incarico sia accompagnato o seguito da un accordo avente ad oggetto l'importo del compenso** (come oggi previsto dall'art. 13, c 2 l. n. 247 2012) muovendo dall'obbligo di preventivo più volte richiamato dalle disposizioni di legge. Tale pattuizione, infatti, costituisce il presupposto cui l'ordinamento subordina la registrazione dell'impegno di spesa e non può, dunque, mai essere pretermessa. Ovviamente, la riconosciuta validità – **anche in assenza di contestuale accordo sul compenso** – del contratto di patrocinio non costituisce ostacolo giuridico alla prospettazione della necessità che l'accordo sia tempestivamente esteso alla disciplina della principale prestazione cui è tenuto l'ente che ha conferito l'incarico.
- **Corte dei conti, Sez. Molise, [del. n. 35/2021](#)**



'nuovo mercato' delle libere professioni - Cfr. Cds 7442/21

- Se è vero (come è vero) che nel quadro costituzionale ed eurounitario vigente **la prestazione lavorativa a titolo gratuito è lecita** e possibile e che il 'ritorno' per chi la presta può consistere anche in un vantaggio indiretto (arricchimento curriculare, fama, prestigio, pubblicità), la funzione amministrativa, da svolgere nel rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, non può non incentrare la sua concreta azione sui cardini della prevedibilità, certezza, adeguatezza, conoscibilità, oggettività ed imparzialità dei criteri di formazione dell'elenco al quale attingere e di affidamento degli incarichi.
- La tenuta costituzionale del sistema basato sulle richieste di prestazioni gratuite da parte delle Pubbliche Amministrazioni **si può ammettere solo se è previamente previsto un meccanismo procedimentale che dia idonee garanzie circa il fatto che la concreta azione amministrativa sia ispirata a criteri, canoni e regole di assoluta imparzialità** nella selezione e nella scelta dei professionisti, di modo che in **questo 'nuovo mercato' delle libere professioni** nessuno abbia ad avvantaggiarsi a discapito di altri.



Natura giuridica?

- Appalto ex art. 140 o art. 4?
- **Le caratteristiche sin qui elencate non corrispondono ad alcuno degli elementi costitutivi e caratterizzanti il rapporto di lavoro autonomo o l'affidamento mediante appalto dei servizi legali.**
- l'adesione del professionista, all' **invito ad offrire** contenuto nell'avviso impugnato, reca indubbiamente – **a chi ha la volontà, il tempo, il modo e la possibilità (oltre alla capacità professionale) di svolgere la consulenza richiesta** - una sicura gratificazione e soddisfazione personale per avere apportato il proprio personale, fattivo e utile contributo alla “cosa pubblica”.



È richiesta una procedura

- necessaria determinatezza che – sola – può assicurare la soglia inderogabile dell'imparzialità dell'azione amministrativa, poiché non sono stati testualmente indicati criteri ispirati alla trasparenza e regole oggettive e predeterminate e non discriminatorie.
- L'Amministrazione, nella sua discrezionalità, qualora ritenga di indire una nuova selezione, sceglierà le modalità pratiche ed operative più opportune per attuare i principi sopra enunciati, le quali dovranno essere:
 - a) efficaci, cioè produrre un effetto utile per i soggetti interessati;
 - b) oggettive, cioè basate su criteri verificabili e attinenti ai dati curricolari;
 - c) trasparenti, cioè basate su dati e documenti amministrativi accessibili;
 - d) imparziali, cioè tali da consentire la valutazione equa ed imparziale dei concorrenti;
 - e) procedimentalizzate, cioè idonee ad assicurare, anche mediante protocolli e modelli di comportamento, che non si verifichino favoritismi o, all'inverso, discriminazioni, nella selezione e nella attribuzione degli incarichi;
 - f) paritarie, cioè che le distinzioni di trattamento debbono rispondere a criteri di stretta necessità, proporzionalità ed adeguatezza del mezzo rispetto allo scopo;
 - g) proporzionali, cioè tali da assicurare la rispondenza relazionale tra il profilo professionale scelto e l'oggetto dell'incarico, anche sulla base del dato curricolare e di esperienza;
 - h) pubbliche, cioè prevedibili e conoscibili;
 - i) rotative, compatibilmente con la necessità di rendere efficace ed effettiva l'azione amministrativa.

