



Autorità Nazionale Anticorruzione

Documento di Consultazione

L'affidamento di servizi legali

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| PREMESSA | 3 |
| 1. I SERVIZI LEGALI EX ART. 17, COMMA 1, LETT. D) DEL CODICE | 4 |
| 1.1 La rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un arbitrato, in una conciliazione o in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali e la consulenza legale fornita in preparazione di uno di tali procedimenti | 6 |
| 1.2 I servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai..... | 7 |
| 1.3 I 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..... | 7 |
| 1.4 Altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri | 8 |
| 2. I SERVIZI LEGALI DI CUI ALL'ALLEGATO IX DEL CODICE..... | 8 |
| 3. LE PROCEDURE DA SEGUIRE PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI LEGALI..... | 9 |
| 3.1 L'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d) del Codice | 9 |
| 3.2 Le procedure di affidamento dei servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice..... | 13 |

PREMESSA

Nell'ambito della propria attività istituzionale, l'Autorità ha ricevuto diverse richieste di chiarimenti in ordine alle procedure da seguire per l'affidamento dei servizi legali alla luce della nuova disciplina contenuta nel Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito "Codice").

L'art. 17, comma 1, lett. d), del Codice¹ - rubricato «*Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi*» - elenca, infatti, alcune tipologie di servizi legali che, da un lato, riconduce nell'alveo degli appalti di servizi ma, dall'altro, esclude dall'ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni codicistiche.

Tale articolo non è, tuttavia, l'unica disposizione del Codice a far riferimento ai 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 (che per il resto devono ritenersi assoggettati alla generalità delle disposizioni codicistiche), nei quali rientrano anche i «*Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)*». Il citato Allegato IX individua l'ambito di applicazione non solo delle disposizioni di cui al richiamato art. 140, ma anche di quelle contenute negli artt. 142, 143 e 144 che, dettando un regime "alleggerito", complessivamente integrano il Capo II del Codice, attualmente rubricato «*Appalti nei servizi sociali*» (ma che nello schema di decreto legislativo che sarà adottato ai sensi dell'articolo 1, comma 8, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, nella versione attualmente all'esame delle Camere, è più correttamente rubricato «*Appalti di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari*»).

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

Le nuove disposizioni normative sopra richiamate, nella misura in cui ripartiscono i servizi legali in due categorie - una ricompresa entro l'ambito di applicazione del nuovo Codice (sebbene con uno speciale regime pubblicitario) e l'altra esclusa - hanno generato dubbi interpretativi sull'esatto perimetro di tali categorie.

¹ L'art. 17, comma 1, lett. d), del D.lgs. n. 50/2016 stabilisce che le disposizioni del Codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi 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 1.1), 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.*

A seguito delle perplessità manifestate dagli operatori del settore, l'Autorità ritiene necessario elaborare un atto di regolazione ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice, finalizzato a fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per l'esatta individuazione delle tipologie di servizi legali rientranti nell'elenco di cui all'art. 17 e di quelle rientranti nella categoria di cui all'Allegato IX, e per le modalità di affidamento di tali servizi.

Si sollecitano gli stakeholder a trasmettere le proprie osservazioni in ordine alle indicazioni contenute nel presente documento di consultazione.

1. I SERVIZI LEGALI EX ART. 17, COMMA 1, LETT. D) DEL CODICE

La disciplina contenuta nel codice supera la distinzione, che si era affermata nel previgente quadro normativo, tra il conferimento del singolo incarico di patrocinio legale e l'attività di assistenza e consulenza giuridica. Il primo caso era sottratto alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006 in quanto qualificato come "contratto d'opera intellettuale", in ragione del fatto che il prestatore d'opera, pur avendo l'obbligo di compiere, dietro corrispettivo, un servizio a favore del committente, senza vincolo di subordinazione e con assunzione del relativo rischio, esegue detto servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza una necessaria organizzazione. Il secondo caso, invece, era qualificato come appalto di servizi, in quanto l'attività di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera (autonomia rispetto al committente), si differenzia da quest'ultimo poiché la prestazione è eseguita con organizzazione di mezzi e personale che fanno ritenere sussistente, assieme al requisito della gestione a proprio rischio, la qualità di imprenditore commerciale caratterizzata da una specifica organizzazione. Conseguentemente, si riteneva che la scelta fiduciaria del patrocinatore legale fosse esclusivamente soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730), mentre l'attività di assistenza e consulenza giuridica dovesse essere affidata nel rispetto degli artt. 20 e 27 del d.lgs. n. 163/2006.

La stessa Autorità, nella determinazione n. 4/2011 (recante «Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136»), aveva ritenuto che il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, fosse inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, in base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede qualcosa in più, «*un quid pluris per prestazione o modalità organizzativa*» (cfr. anche Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 19/2009/PAR).

Tale distinzione non può più considerarsi attuale. Sul punto, giova evidenziare che sia l'art. 17 che l'Allegato IX del Codice costituiscono pedissequo recepimento dell'art. 10 e dell'allegato XIV della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 10 e dell'Allegato IV della direttiva 2014/23/UE, dell'art. 21 e dell'allegato XVII della direttiva 2014/25/UE (di analogo tenore). In considerazione del recepimento fedele nell'ordinamento interno delle disposizioni contenute nelle direttive, si ritiene che l'analisi ermeneutica delle disposizioni in esame debba muovere dall'analisi della fonte europea recepita.

Come evidenziato anche dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo di recepimento delle suddette direttive, la nozione comunitaria di appalto è molto lata e ben più ampia

della nozione italiana, come desunta dal codice civile. Su questa scia il legislatore europeo ha ricondotto ogni attività professionale legale in favore delle pubbliche amministrazioni nel concetto generale di appalto di servizio legale, non operando alcuna distinzione tra incarico singolo e occasionale, eseguito dal professionista con lavoro prevalentemente proprio (senza una necessaria organizzazione) e incarico di assistenza e consulenza giuridica eseguita con organizzazione di mezzi e personale. Il legislatore europeo si è limitato a distinguere all'interno del concetto generale di "appalto di servizio legale" le attività da escludere dall'ambito oggettivo di applicazione delle direttive, prevedendo, per tutte le altre, l'applicazione del regime giuridico "alleggerito" prescritto per i servizi di cui ai sopra citati Allegati XIV, IV e XVII (è chiaro, infatti, il carattere "residuale" attribuito espressamente ai servizi legali rientranti nei predetti Allegati). Peraltro, giova rilevare che gli appalti "esclusi" dall'ambito oggettivo di applicazione delle direttive comunitarie sono stati comunque oggetto di attenzione da parte della Commissione Europea, che con la Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02 ha fornito indicazioni relativamente al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici». Ciò conferma l'importanza di attribuire alla nozione di "appalto pubblico" una sua autonomia rispetto alla corrispondente nozione civilistica interna, proprio al fine di definire l'ambito di applicazione degli atti, anche solo interpretativi, emanati a livello comunitario.

Al riguardo, appaiono di notevole interesse le considerazioni espresse dalla Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Lombardia, nel parere 162/2016/PAR, del 30 maggio 2016. In particolare, per quel che qui rileva, la Corte afferma che alcuni rapporti negoziali, qualificabili, per il diritto civile, come contratti d'opera o di opera intellettuale, sono stati attratti, in punto di procedure per l'affidamento, alla disciplina dettata dal codice D.lgs. 50/2016, che, in esecuzione a specifiche direttive comunitarie, nel delineare l'ambito oggettivo di applicazione, contiene una definizione di "contratto di appalto di servizi" molto più ampia di quella del codice civile, attraendo anche negozi qualificabili come contratti d'opera o di opera intellettuale².

Indipendentemente dalla qualificazione civilistica del contratto di affidamento dell'incarico per la prestazione di servizi legali (attribuibile in base alle categorie giuridiche interne: prestazione d'opera intellettuale o appalto di servizi), è possibile ritenere che, ai fini della disciplina dettata dal Codice, l'affidamento di tale incarico deve essere ricondotto alla categoria degli appalti di servizi e, a seconda della tipologia di incarico, lo stesso dovrà essere inquadrato nell'elenco di cui all'art. 17 oppure nella categoria residuale di cui all'Allegato IX. La distinzione è, quindi, basata sulla tipologia di attività svolta.

È utile precisare che l'operatività dell'esclusione in parola è subordinata unicamente alla sussistenza del requisito oggettivo della riconducibilità del servizio a una delle tipologie di servizi legali elencate all'art. 17, comma 1, lett. d), mentre prescinde dall'eventuale superamento della soglia di rilevanza comunitaria.

² E, ancora, la Corte chiarisce che "Il codice dei contratti pubblici adotta certamente una nozione ampia di appalto di servizi, che comprende, in alcuni casi, anche l'attività del professionista intellettuale. Si tratta di nozione finalizzata ad estendere l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 (in aderenza, da ultimo, alle direttive comunitarie del 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE, tese a favorire il confronto concorrenziale fra operatori economici, la libera circolazione di servizi ed il diritto di stabilimento). Tale nozione, come accennato, non si ripercuote, tuttavia, sulle definizioni di contratto di prestazione d'opera, di prestazione d'opera intellettuale o di appalto di servizi, come delineate dal codice civile, posto che il codice dei contratti pubblici è teso a disciplinare le procedure di affidamento di un'ampia gamma di contratti, che, pur definiti come "appalto", comprendono una serie eterogenea di negozi civilistici (per esempio, somministrazione, mandato, trasporto, assicurazione etc., cfr. art. 1, comma 1, lett. dd), ii) ed ss) del d.lgs. n. 50 del 2016)".

1.1 La rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un arbitrato, in una conciliazione o in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali e la consulenza legale fornita in preparazione di uno di tali procedimenti

Passando all'esame delle fattispecie di servizi legali contemplate dall'art. 17, co. 1, lett. d), ai n.ri 1 e 2 è richiamata la rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un arbitrato, in una conciliazione o in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali e la consulenza legale fornita in preparazione di uno di tali procedimenti.

La fattispecie di cui al citato n. 1 riguarda gli incarichi di patrocinio legale che possono essere svolti solo dai soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato nello Stato membro di provenienza. Al riguardo, si evidenzia che ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense», l'iscrizione ad un albo circondariale è "condizione" per l'esercizio della professione di avvocato e che possono essere iscritti solo coloro che hanno superato l'esame di Stato disciplinato dall'art. 46 della predetta legge o l'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato prima della data di entrata in vigore della medesima legge, oltre a specifiche categorie professionali individuate al richiamato art. 2. Pertanto, per quanto riguarda i soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato in Italia è necessaria altresì l'iscrizione ad un albo circondariale.

Si rileva, inoltre, che quanto sopra è in linea con il già citato art. 2 della L. 247/2012, che al comma 5 prevede che sono attività "esclusive" dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali.

L'esclusione dall'ambito oggettivo di applicazione del nuovo pacchetto di direttive europee è motivata dalla circostanza che i servizi legali in questione sono prestati da organismi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti (v. Considerando 25 della direttiva 2014/24/UE). Ciò può essere ricondotto alla specificità della funzione difensiva e alla primaria rilevanza giuridica dei diritti alla cui tutela essa è preposta. Tenuto conto della *ratio* della norma e per le considerazioni già sopra espresse, si ritiene che la norma faccia riferimento sia ai singoli incarichi di patrocinio legale, occasionali ed episodici, in quanto affidati in vista di un già individuato procedimento giurisdizionale, d'arbitrato o di conciliazione, sia alle fattispecie in cui l'affidamento dell'incarico di patrocinio legale richiede una specifica organizzazione, risultando continuativo, predeterminato nella durata e più complesso rispetto alla singola difesa giudiziale.

In relazione ai suddetti procedimenti, sono esclusi dall'applicazione del codice anche le consulenze legali fornite in preparazione degli stessi 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. Si tratta dei servizi di assistenza e consulenza legale prodromici ad un'attività di difesa in un procedimento di arbitrato, di conciliazione o giurisdizionale, anche solo eventuale, prestati - come nella fattispecie di cui al n. 1 - da cittadini abilitati all'esercizio della professione di avvocato. Anche in questo caso si ritiene che, per quanto riguarda i soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato in Italia, gli stessi devono essere iscritti ad un albo circondariale. Ciò è in linea anche con la previsione contenuta nell'art. 2, comma 6, della citata L. n. 247/2012, laddove stabilisce che «l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività

giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati».

La norma non chiarisce quando una consulenza legale debba considerarsi “in preparazione” di uno specifico procedimento, né in cosa debba consistere l’indizio concreto che lasci presagire che la questione in oggetto possa divenire oggetto del procedimento. Si ritiene che tale fattispecie ricorra, ad esempio, allorquando l’amministrazione abbia necessità di un parere legale preventivo volto ad acquisire gli elementi necessari per valutare la possibilità di tutela di una propria posizione giuridica soggettiva attraverso la promozione di uno dei procedimenti di cui al punto 1 o per valutare l’eventuale fondatezza di una pretesa da altri vantata nei propri confronti e le possibili strategie difensive, ivi compresa l’opportunità di addivenire ad una conciliazione.

Si ritiene, inoltre, che vi sia un “indizio concreto” e una “probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento”, ad esempio, nel caso in cui l’amministrazione abbia ricevuto un atto di diffida o messa in mora, o quando sia stata già convenuta in uno dei predetti procedimenti, o quando la medesima fattispecie e/o fattispecie analoghe siano state già oggetto di uno dei predetti procedimenti.

1.2 I servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai

In base al tenore letterale della disposizione in esame è possibile ricondurre alla presente tipologia di servizi non qualsiasi attività notarile, ma soltanto quella concernente i servizi di certificazione e di autenticazione di documenti.

Mentre l’attività di certificazione attiene all’attestazione di fatti, stati o qualità, l’attività di autenticazione può riguardare l’autentica di firma (art. 2703 c.c.), che consiste nell’attestazione da parte del notaio della provenienza di un atto da parte del soggetto che lo ha firmato, o l’autentica di fotografia, che consiste nell’attestazione da parte del notaio che la fotografia esibita è quella della persona interessata.

Anche in questo caso l’esclusione dall’ambito oggettivo di applicazione del nuovo pacchetto di direttive europee e, di conseguenza, del Codice è riconducibile alla specificità della funzione certificativa o di autenticazione svolta dal notaio e alla rilevanza pubblicistica di tali servizi per il valore probatorio connesso ai relativi atti. In considerazione di ciò e per le osservazioni sopra espresse, si ritiene che l’esclusione riguardi sia i singoli incarichi occasionali che quelli conferiti ad un notaio in modo continuativo con una durata predeterminata.

1.3 I 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

In considerazione della specificità della funzione legale svolta e della primaria rilevanza giuridica dei diritti alla cui tutela essa è preposta, sono esclusi dall’ambito oggettivo di applicazione del nuovo pacchetto di direttive europee e, di conseguenza, del Codice i servizi forniti, alternativamente, da:

- a) “fiduciari”;
- b) “tutori designati”;
- c) “fornitori di servizi legali designati da un organo giurisdizionale dello Stato”;
- d) “fornitori di servizi legali designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di organi giurisdizionali dello Stato”.

Occorre rilevare che il legislatore italiano ha recepito pedissequamente la corrispondente norma europea senza adattarla alle previsioni contenute nel diritto interno.

Al riguardo, si rileva che il nostro ordinamento contempla numerose ipotesi di prestatori di servizi legali designati da organi giurisdizionali, per alcuni dei quali è già prevista l'istituzione di albi o elenchi e le relative modalità di formazione da parte di apposite disposizioni normative. A titolo meramente esemplificativo, si richiama il caso dell'Albo degli amministratori giudiziari di cui all'art. 35 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, istituito con il decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14 presso il Ministero della giustizia, ai fini dell'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati. Allo stesso modo l'art. 179-ter c.p.c. prevede che presso ogni tribunale è istituito un elenco dei professionisti che provvedono alle operazioni di vendita nei procedimenti di espropriazione immobiliare.

Pertanto, ferma restando l'applicazione di eventuali disposizioni speciali che disciplinino elenchi o albi per la nomina da parte di organi giurisdizionali di soggetti deputati allo svolgimento di servizi legali, si ritiene che anche in tali casi l'individuazione del singolo professionista dovrà essere effettuata dall'organo competente nel rispetto dei principi generali individuati all'art. 4 del Codice.

1.4 Altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri

L'utilizzo del termine "connessione" suggerisce che i servizi legali in questione debbano essere strettamente legati all'esercizio di pubblici poteri. Ciò potrebbe accadere qualora la prestazione del servizio costituisca presupposto logico dell'esercizio del potere, in modo tale da porsi alla stregua di una fase del procedimento in cui il potere pubblico è esercitato. Si indica, a titolo meramente esemplificativo, il caso di affidamento dell'incarico di collaborazione alla predisposizione di specifiche regolamentazioni di competenza dell'amministrazione (come le norme della variante del Piano di governo del territorio).

2. I SERVIZI LEGALI DI CUI ALL'ALLEGATO IX DEL CODICE

Come già evidenziato, i servizi legali individuati all'art. 17 del Codice non esauriscono il novero dei servizi legali oggetto di attenzione da parte del Codice.

L'Allegato IX al Codice individua l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 140, 142, 143 e 144 del Codice. Ai sensi dell'art. 35, commi 1 e 2, del Codice la soglia di rilevanza comunitaria per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati nell'Allegato IX è di €. 750.000 nei settori ordinari e di €. 1.000.000 nei settori speciali. Tra i servizi di cui all'Allegato IX del Codice rientrano, per quel che qui interessa, anche quelli con Codice CPV da 79100000-5 a 79140000-7 e 75231100-5³.

³ Di seguito si riportano le declaratorie riferite ai CPV indicati dalla norma:

| | |
|------------|-----------------------------------------------------------------|
| 79100000-5 | Servizi giuridici |
| 79110000-8 | Servizi di consulenza giuridica e di rappresentanza |
| 79111000-5 | Servizi di consulenza giuridica |
| 79112000-2 | Servizi di rappresentanza legale |
| 79112100-3 | Servizi di rappresentanza delle parti interessate |
| 79120000-1 | Servizi di consulenza in materia di brevetti e diritti d'autore |

Appare evidente come taluni dei suddetti servizi legali ricomprendano le fattispecie elencate all'art. 17 del Codice tra gli appalti di servizi esclusi, ciò che chiarisce la previsione normativa che affianca i suddetti CPV secondo la quale si tratta di «*Servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)*». Posto che i servizi legali già specificamente individuati all'art. 17 devono essere esclusi dal novero dei servizi individuati all'Allegato IX, ne deriva che in quest'ultima categoria rientrano soprattutto quei servizi che si realizzano prevalentemente mediante la produzione di pareri e di atti di assistenza legale non connessa alla difesa in giudizio. Si tratta, quindi, di attività stragiudiziale non riservata agli avvocati iscritti all'albo ai sensi del già richiamato art. 2, comma 6, della L. n. 247/2012, ma che può essere svolta anche da altre categorie professionali dotate di formazione equivalente (consulenti del lavoro, commercialisti, etc).

La ratio di un regime alleggerito applicabile ai servizi legali è chiarita dal Considerando 116 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui «*taluni servizi legali riguardano esclusivamente questioni di puro diritto nazionale e sono pertanto offerti generalmente solo da operatori ubicati nello Stato membro interessato e hanno di conseguenza anche una dimensione limitatamente transfrontaliera. Dovrebbero pertanto rientrare solo nel regime alleggerito, con una soglia di 750.000 EUR. Gli appalti di servizi legali al di sopra di tale soglia possono rivestire interesse per vari operatori economici, quali gli studi legali internazionali, anche su base transfrontaliera, in particolare ove riguardino questioni giuridiche aventi come fonte o contesto il diritto dell'Unione o il diritto internazionale oppure questioni giuridiche che interessano più di un paese*».

3. LE PROCEDURE DA SEGUIRE PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI LEGALI

3.1 L'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d) del Codice

Con riferimento agli specifici servizi legali esclusi dall'ambito oggettivo di applicazione del Codice ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. d), rileva quanto disposto dall'art. 4 del Codice, secondo cui «*L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, 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*». Il vincolo teleologico che caratterizza l'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni impone che anche i contratti pubblici esentati dal puntuale rispetto delle procedure previste dal Codice non possano essere affidati come se si trattasse di un incarico *intuitu personae*, in cui è sufficiente dimostrare il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, dovendo invece seguire alcune regole minime, espresse dai principi generali individuati al richiamato art. 4, discendenti dal TFUE, che devono presiedere all'affidamento. Al riguardo, giova ricordare che la Corte di giustizia ha chiaramente affermato il principio secondo cui la nozione Eurounitaria di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale, con la conseguenza che non può essere operata una distinzione tra concorrenza commerciale e concorrenza professionale.

| | |
|------------|-------------------------------------------------------------------|
| 79121000-8 | Servizi di consulenza in materia di diritti d'autore |
| 79121100-9 | Servizi di consulenza in materia di diritti di autore di software |
| 79130000-4 | Servizi di documentazione e certificazione giuridica |
| 79131000-1 | Servizi di documentazione |
| 79132000-8 | Servizi di certificazione |
| 79132100-9 | Servizi di certificazione della firma elettronica |
| 79140000-7 | Servizi di consulenza e informazione giuridica |

L'art. 4 del Codice riprende il contenuto del previgente art. 27 del D.lgs. 163/2006, rispetto al quale, tuttavia, da un lato, aggiunge i principi di pubblicità e di tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, dall'altro, non impone la consultazione di almeno 5 operatori economici prima dell'affidamento.

Ad esclusione dei principi di tutela dell'ambiente e di efficienza energetica, difficilmente riferibili a servizi di natura legale, i principi informativi degli affidamenti dei contratti esclusi possono essere declinati con specifico riferimento ai servizi legali esclusi dall'ambito oggettivo di applicazione del codice, nei termini che seguono.

Economicità: impone alle amministrazioni un uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto. In considerazione della natura dei servizi in questione e dell'importanza della qualità delle relative prestazioni, il risparmio di spesa non dovrebbe essere il criterio di guida nella scelta che deve compiere l'amministrazione; tuttavia, il richiamo all'economicità implica la necessità di tener conto dell'entità della spesa. A titolo meramente esemplificativo nella motivazione sull'affidamento dell'incarico si può giustificare il compenso pattuito sulla base di un confronto con la spesa per precedenti affidamenti, con gli oneri riconosciuti da altre amministrazioni per incarichi analoghi ovvero con i parametri fissati nel decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, «Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, nonché di una valutazione comparativa di due o più preventivi. In quest'ultimo caso, trattandosi di servizi esclusi dall'ambito di applicazione del codice, l'amministrazione stabilisce discrezionalmente il numero di preventivi da confrontare, più confacente alle proprie esigenze, tenendo conto anche del valore economico dell'affidamento.

Efficacia: richiede la congruità degli atti posti in essere dalle amministrazioni rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati; con riferimento all'affidamento di servizi legali, tale principio va declinato tenendo conto che alcune di tali attività si risolvono in obbligazioni di mezzi e non di risultato. Tuttavia, alla luce di tale principio, può assumere rilevanza - nelle valutazioni che l'amministrazione è tenuta a effettuare per l'affidamento, ad esempio, dell'incarico di rappresentanza legale in un procedimento giurisdizionale - la presenza di un pregresso contenzioso che si è concluso con esito positivo per l'amministrazione medesima.

Imparzialità: richiede una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e, quindi, l'assoluto divieto di favoritismi e di discriminazione; pertanto, tale principio impone che l'appalto sia aggiudicato conformemente alle regole procedurali fissate all'inizio e che la stazione appaltante maturi la sua decisione finale da una posizione di terzietà rispetto a tutti i concorrenti, senza essere indebitamente influenzata nelle sue decisioni da interessi politici di parte o di singole imprese o di singoli individui. Tale principio è posto a garanzia della parità di trattamento degli operatori economici.

Parità di trattamento: richiede che gli operatori economici si trovino in una situazione di "eguaglianza formale", ossia di reciproca parità rispetto al modulo procedimentale seguito dalla stazione appaltante. Pertanto, è necessario che tutti gli offerenti abbiano accesso allo stesso volume di informazioni in modo da escludere vantaggi ingiustificati per uno specifico offerente, che siano adeguati i termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta, in modo da consentire a tutti di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare un'offerta in maniera consapevole; i criteri di selezione non devono essere discriminatori e devono essere eliminati gli ostacoli o le restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione.

Trasparenza: consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di conoscibilità delle procedure di gara, ivi comprese le ragioni che sono alla base delle scelte compiute dall'amministrazione, anche al fine di consentire il controllo sull'imparzialità della selezione. La consistenza della motivazione delle scelte compiute dall'amministrazione, il cui onere risponde innanzitutto ad un principio generale dell'azione amministrativa (oltre che ad istanze di trasparenza degli affidamenti contrattuali della pubblica amministrazione), dal momento che è volto ad assicurare scelte non arbitrarie, deve essere correlata al valore e all'importanza del contratto. L'obbligo di trasparenza non impedisce inoltre all'amministrazione aggiudicatrice di adottare misure per limitare il numero di candidati invitati a presentare un'offerta a condizione di farlo in modo trasparente e non discriminatorio, fornendo informazioni adeguate sui meccanismi di selezione dei candidati che saranno inseriti nell'elenco ristretto.

Proporzionalità: richiede l'adeguatezza e l'idoneità dell'azione amministrativa rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento. Tale principio impone, quindi, di formulare requisiti di partecipazione proporzionati all'oggetto e al valore dell'appalto, nonché di predisporre procedure la cui complessità sia proporzionata alla tipologia di contratto che si intende affidare.

Pubblicità: richiede che i soggetti interessati abbiano un agevole accesso, in tempo utile, a tutte le informazioni necessarie relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato, in modo da consentire l'eventuale manifestazione di interesse da parte dei professionisti interessati. L'amministrazione dovrà scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei propri affidamenti ai sensi dell'art. 17 del Codice avuto riguardo all'importanza dell'appalto per il mercato, tenuto conto in particolare del suo oggetto, del suo importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato. Una forma di pubblicità adeguata è data da un avviso pubblico sul sito istituzionale della stazione appaltante, che si caratterizza per l'ampia disponibilità e facilità di utilizzo e per la convenienza sotto il profilo dei costi. Il mancato ricorso ad adeguate forme di pubblicità è giustificato negli stessi casi in cui il Codice consente deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario, a condizione di rispettare le condizioni enunciate per una di tali deroghe. Il principio di pubblicità in esame richiede anche la pubblicazione dell'avviso sui risultati della selezione.

Anche per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17 del Codice (così come per i contratti sotto soglia di cui all'art. 36, comma 2, gli operatori economici a cui richiedere preventivi per una valutazione comparativa possono essere selezionati da elenchi previamente costituiti dall'amministrazione mediante una procedura trasparente e aperta oggetto di adeguata pubblicità e pubblicati sul proprio sito istituzionale, così da restringere tra essi il confronto concorrenziale al momento dell'affidamento. In tal caso è necessario pubblicare sul sito istituzionale dell'amministrazione un avviso indicativo finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse per essere inseriti in un elenco di professionisti, eventualmente suddiviso per settore di competenza. L'avviso indica i requisiti richiesti per l'iscrizione (sul punto, v. *infra*) e le eventuali categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco. La selezione dall'elenco degli operatori qualificati avviene sulla base di criteri non discriminatori e nel rispetto del principio di rotazione, onde evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese e favorire la distribuzione tra gli operatori economici delle opportunità di essere affidatari di un contratto pubblico. Nell'ipotesi di costituzioni in giudizio impellenti e non conciliabili con i tempi sia pur stretti e semplificati richiesti dall'attuazione dei principi in argomento, è da considerarsi ammissibile un'estrazione a sorte dall'elenco o una scelta diretta, ma motivata.

L'iscrizione dei soggetti interessati provvisti dei requisiti richiesti deve essere consentita senza limitazioni né temporali, né quantitative. Qualora ciò fosse ritenuto non attuabile per esigenze gestionali non superabili attraverso opportune misure organizzative, la scelta di prevedere determinate finestre temporali entro le quali è possibile presentare la richiesta di iscrizione deve essere compensata con una maggiore frequenza di tali finestre. Anche l'eventuale previsione di un numero massimo di iscritti (misura non solo di fatto limitativa della concorrenza ma tendenzialmente anche contraria all'interesse dell'amministrazione che dovrebbe tendere a disporre della platea più ampia possibile di soggetti qualificati tra cui selezionare gli affidatari del servizio) deve garantire comunque un numero di candidati iscritti nell'elenco idoneo a garantire una sufficiente concorrenza.

In linea generale, occorre osservare altresì che, con riferimento ai requisiti di partecipazione, il possesso di inderogabili requisiti di moralità da parte dei soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di appalti pubblici rappresenta un fondamentale principio di ordine pubblico, trova applicazione anche negli affidamenti riguardanti appalti in tutto o in parte esclusi dall'applicazione del Codice. Esso risponde, infatti, all'esigenza di assicurare l'affidabilità del soggetto che contratta con la pubblica amministrazione. Pertanto, per gli appalti di servizi legali di cui all'art. 17 del Codice, la stazione appaltante può non esigere il medesimo rigore formale di cui all'art. 80 del Codice e gli stessi vincoli procedurali ma ha comunque l'obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti generali di cui al citato art. 80. Tale verifica va effettuata necessariamente nei confronti dei soggetti inseriti nell'elenco in occasione delle specifiche procedure per cui sono interpellati ma nulla impedisce alla stazione appaltante di richiedere il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80 anche ai fini dell'iscrizione nell'elenco.

Con particolare riferimento al requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. d), ossia assenza di una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, del Codice non diversamente risolvibile, si rappresenta che in base alle predette disposizioni l'operatività di tale causa di esclusione scatta unicamente quando la situazione di conflitto di interessi non sia risolvibile o non sia risolta tramite la misura prevista dall'art. 42 di astensione del personale della stazione appaltante coinvolto in tale situazione. Pertanto, le stazioni appaltanti non possono sancire a priori il divieto di partecipazione nei casi di conflitto di interesse anche potenziale. Diversamente, si ritiene che possa essere previsto come requisito per l'iscrizione nell'elenco il non avere in corso, in qualità di difensore di altre parti, il patrocinio per cause promosse contro la stazione appaltante, trattandosi di requisito che recepisce il principio di prevenzione dei conflitti di interessi contrapposti sancito dall'art. 24 del codice deontologico forense, secondo cui l'avvocato deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente o interferire con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale (v. Delibera ANAC n. 1158 del 9 novembre 2016 – AG 45/2016/AP).

Per ciò che concerne i requisiti speciali, anche nel caso di appalti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, le stazioni appaltanti hanno facoltà di richiedere, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, requisiti minimi di idoneità tecnica ed economica. Sul punto, si rinvia alle osservazioni formulate nel paragrafo che segue in relazione all'affidamento dei servizi legali inclusi nell'ambito di applicazione del Codice.

Resta fermo che, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare un maggiore confronto concorrenziale, anche per gli appalti "esclusi" le stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità, possono ricorrere alle procedure ordinarie previste per gli appalti sopra soglia o a quelle semplificate per gli appalti sotto soglia.

Il rispetto dei suddetti principi informatori aiuta a garantire un uso efficiente del denaro pubblico e a prevenire corruzione e favoritismi.

3.2 Le procedure di affidamento dei servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice.

Al di sotto delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1, lett. d) e comma 2, lett. c) del Codice – rispettivamente, euro 750.000 nei settori ordinari ed euro 1.000.000 nei settori speciali - i servizi legali di cui all'Allegato IX devono essere affidati secondo quanto previsto per gli affidamenti sottosoglia dalle disposizioni codicistiche e dalle Linee Guida della scrivente Autorità n. 4, approvate con Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, recanti “Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”.

Al superamento delle predette soglie si applica la disciplina codicistica e, in particolare, le previsioni speciali previste dagli artt. 140, per i settori speciali, e 142 per i settori ordinari che dettano un regime pubblicitario alleggerito. Eccezion fatta per il predetto regime pubblicitario differenziato, trova applicazione la disciplina codicistica generale.

In relazione ai requisiti di partecipazione che possono essere richiesti per i servizi in parola, si richiama – per quelli di carattere generale – quanto sopra osservato in ordine al motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. d).

Per i requisiti di carattere speciale, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria possono essere richiesti livelli minimi di fatturato globale, che devono comunque essere proporzionati al valore dell'affidamento; per consentire la partecipazione alla selezione anche di giovani professionisti, in alternativa al fatturato, può essere richiesta altra documentazione considerata idonea, quale un sufficiente livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali, superiore a quello richiesto per l'iscrizione all'Albo.

In considerazione della natura dei servizi legali, eseguiti per lo più con lavoro prevalentemente proprio del professionista, assumono certamente specifica rilevanza sia i requisiti di idoneità professionale che i requisiti di capacità tecnica e professionale. Per i primi, la stazione appaltante dovrà richiedere l'iscrizione in Albi o Elenchi laddove necessaria per l'espletamento del servizio legale oggetto di affidamento. Per la capacità tecnica e professionale, da individuare in relazione all'oggetto e all'importo dell'affidamento, le stazioni appaltanti potranno richiedere l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore oggetto dell'incarico.

In riferimento al criterio di aggiudicazione, i servizi legali non rientrano nelle fattispecie individuate dall'art. 95, comma 4, del Codice per le quali è consentito l'utilizzo del criterio del minor prezzo. Invero, trattandosi di servizi di natura intellettuale per essi è espressamente previsto dall'art. 95, comma 3, lett. b), del Codice l'obbligo di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo nel caso di servizi di importo superiore a 40.000. Pertanto, il criterio del minor prezzo può essere utilizzato solo per gli affidamenti di contratti di importo inferiore a 40.000 euro. Al riguardo, giova evidenziare che la natura dei servizi in questione e l'importanza degli interessi alla cui tutela è preposta l'attività difensiva suggeriscono, anche per gli affidamenti di minor valore, l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo, che consente di selezionare il professionista

cui affidare l'espletamento dei servizi legali richiesti attraverso sub-criteri tali da valorizzare la qualità del professionista, sulla base di credenziali di esperienza e di competenza.

Al riguardo, l'Autorità ritiene che, alla luce della disposizione del nuovo Codice – secondo cui l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto, in cui rientrano anche l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto (art. 95, comma 6) – i criteri di valutazione delle offerte possono essere individuati nei seguenti:

- a) professionalità e adeguatezza dell'offerta desunta dal numero di servizi svolti dal concorrente affini a quelli oggetto dell'affidamento;
- b) caratteristiche metodologiche dell'offerta desunte dall'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico;
- c) ribasso percentuale unico indicato nell'offerta economica;
- d) titoli accademici o professionali attinenti alla materia oggetto del servizio legale oggetto di affidamento.

Con riferimento ai sub-criteri e sub-pesi sulla base dei quali la commissione giudicatrice dovrà valutare la migliore offerta, si rappresenta, a titolo meramente esemplificativo, che:

- per il criterio di valutazione individuato alla precedente lett. a) (professionalità e adeguatezza dell'offerta) può farsi riferimento al numero e al valore economico degli incarichi pregressi assunti dal concorrente;
- per il criterio di valutazione individuato alla precedente lett. b) (caratteristiche metodologiche dell'offerta) può farsi riferimento a proposte di miglioramento e di innovazione dei servizi offerti rispetto a quelli descritti nella documentazione di gara.

A ciascun criterio di valutazione debbano essere attribuiti, nei documenti di gara, i fattori ponderali secondo un principio di proporzionalità e adeguatezza e nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 95, comma 8, del Codice.

Nell'ottica di garantire la qualità della prestazione, i fattori ponderali, per ciascun criterio, devono mantenersi all'interno di parametri da determinarsi anche avendo riguardo al tipo di formula prescelta. Per quanto riguarda l'offerta economica non deve essere attribuito un punteggio elevato al prezzo nel caso in cui sia previsto l'utilizzo di formule che incentivano molto la competizione sui ribassi percentuali (es. interpolazione lineare) e viceversa non deve essere attribuito un punteggio ridotto nel caso di utilizzo di formule che disincentivano la concorrenza sul prezzo (formule concave, come quella cosiddetta bilineare). Al riguardo, si sottolinea che il vantaggio delle formule concave è quello di scoraggiare offerte con ribassi eccessivi (poiché ricevono un punteggio incrementale ridotto) e di limitare l'inconveniente, evidenziato per il metodo dell'interpolazione lineare, di valorizzare eccessivamente differenze contenute in termini di prezzo.