



## CONVEGNO

### LE ULTIMISSIME NOVITA' IN MATERIA DI ANTICORRUZIONE

*20 marzo 2018*

#### L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI LEGALI: LINEE GUIDA ANAC E GIURISPRUDENZA

- Abstract – Di Riccardo Patumi

##### **1. L'istituto e la normativa**

Prima dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici la giurisprudenza della Corte dei conti si era consolidata nel considerare l'affidamento del singolo incarico di patrocinio legale come integrante un contratto d'opera intellettuale.

La magistratura contabile riteneva che detta tipologia d'incarico, non potesse essere oggetto di affidamento diretto, dovendo essere attribuita a seguito di procedura comparativa, aperta a tutti i possibili interessati, nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza.

La prevalente giurisprudenza amministrativa invece, riteneva che l'affidamento di un incarico di patrocinio legale potesse essere operato direttamente, in via fiduciaria.

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, nel 2016, occorre procedere a una nuova ricostruzione della disciplina applicabile agli incarichi aventi a oggetto l'affidamento di un singolo patrocinio legale che, da tale data, dev'essere inquadrato come appalto di servizi, sulla base del disposto di cui all'art. 17 (del nuovo codice dei contratti pubblici) il quale stabilisce che la rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in un procedimento giudiziario dinanzi a organi giurisdizionali, dev'essere considerata come un contratto di servizi escluso dall'applicazione del codice. In tal modo, il legislatore implicitamente sembra aver ricondotto il singolo patrocinio legale ad un appalto di servizi, seppure allo scopo di escludere l'applicazione della disciplina del codice.

Il codice dei contratti pubblici, inoltre, afferma l'applicabilità, ai servizi esclusi e quindi al singolo incarico di patrocinio legale, dei principi di cui all'art. 4 del codice; pertanto, deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità.

##### **2. La posizione della Corte dei conti**

La Corte dei conti, Sezione regionale per l'Emilia-Romagna, con diverse delibere, le prime delle quali pubblicate nell'aprile del 2017, ha espressamente aderito alla ricostruzione appena esposta, per la quale alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, anche il singolo incarico di patrocinio legale dev'essere inquadrato come appalto di servizi, nel rispetto dei principi previsti dall'art. 4, escludendo la possibilità di una scelta diretta.

La citata Sezione, inoltre, richiamando una precedente delibera dell'Anac, ha affermato che gli enti pubblici ben possono attuare i principi di cui all'art. 4, mediante previsione di un elenco di

operatori qualificati, costituito a a seguito di una procedura aperta, elenco dal quale selezionare gli operatori che saranno invitati a presentare le offerte, sulla base di un principio di rotazione.

Il sistema si chiude con la previsione che in presenza di ragioni di urgenza, tali da non consentire l'espletamento di una procedura comparativa, gli enti pubblici possono procedere a un affidamento diretto degli incarichi dettagliatamente motivato, sulla base di un criterio di rotazione. Nel caso in cui siano stati istituiti elenchi di operatori qualificati, l'affidatario dev'essere individuato tra gli avvocati iscritti in detti elenchi.

### **3. La bozza di linee guida Anac**

La bozza di linee guida Anac in materia di servizi legali, in consultazione dal 10 aprile al 10 maggio 2017 e non ancora pubblicata, ha contenuti sostanzialmente coincidenti con quelli che emergono dalle deliberazioni della Sezione di controllo per l'Emilia-Romagna: la necessità, alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, di inquadrare anche il singolo affidamento di servizi legali come appalto di servizi in ragione dell'art. 17 del citato codice e dei principi espressi dall'art. 4, nel rispetto dei quali possono essere istituite liste di accreditamento.

Una differenza tra la posizione dell'Anac e della Corte, è che l'Anac in caso di urgenza ammette non solo l'affidamento diretto, come la Sezione di controllo per l'Emilia-Romagna, ma altresì l'individuazione dell'avvocato mediante sorteggio tra i legali iscritti in lista. Quest'ultima soluzione in realtà lascia qualche dubbio in merito all'esigenza di garantire pienamente l'alta professionalità del soggetto che svolgerà l'incarico.

### **4. La posizione del Consiglio di Stato**

Il Consiglio di Stato nel sospendere l'espressione del parere sulle linee guida Anac ha espresso alcune interessanti considerazioni.

Importante il riferimento alla verificabilità delle scelte, all'efficiente impiego del denaro pubblico e, ovviamente ineccepibile, quello alla tutela della concorrenza tra i professionisti, così come quello secondo il quale la selezione del contraente dev'essere necessariamente orientata a individuare il professionista più adatto allo svolgimento della prestazione richiesta.

Qualche perplessità, tuttavia, consegue all'accenno ad una "rilevante, anche se non esclusiva, componente fiduciaria delle scelte", che pure, afferma il Consiglio di Stato, dovrebbe essere tenuta in considerazione.

### **5. Il parere del Consiglio nazionale forense**

Il 15 dicembre dello scorso anno, il Consiglio nazionale forense ha approvato il parere che il Consiglio di Stato aveva chiesto di acquisire.

Tale parere sottolinea la particolare natura del contratto di patrocinio e il suo possibile accostamento al mandato, nonché il ruolo dell'avvocato che espleti anche la rappresentanza in giudizio oltre che l'assistenza, circostanze dalle quali deriverebbe un'accentuazione dell'intuitus personae sottostante il rapporto e la fiduciarità del rapporto, con la conseguente possibilità di un affidamento diretto, che sarebbe compatibile con il combinato disposto di cui agli artt. 17 e 4 del codice dei contratti pubblici. L'art. 4, infatti, secondo il C.N.F., evocerebbe solo il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa.

Le conclusioni, non condivise da chi vi parla, sembrano portare alle estreme conseguenze l'avviso espresso dal Consiglio di Stato circa la "rilevante, anche se non esclusiva, componente fiduciaria delle scelte" degli affidamenti in argomento, accogliendo una ricostruzione radicalmente diversa da quella espressa dalla Corte dei conti, nonché dall'Anac.

### **6. Posizione del TAR**

Il giudice amministrativo, successivamente alla pubblicazione dei principi affermati dal Consiglio di Stato in sede consultiva, ha avuto modo di esprimersi in sede giurisdizionale con sentenza del TAR per il Lazio n. 150 del 9 gennaio 2018, avente a oggetto il ricorso presentato da due Consigli dell'Ordine degli avvocati contro la costituzione di elenchi di avvocati da parte di Equitalia, ricorso respinto poiché la costituzione di detti elenchi è stata giudicata legittima.

Il TAR, dopo aver considerato l'affidamento del singolo patrocinio come appalto di servizi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, ha fatto salva la procedura regolamentata da Equitalia, basata su elenchi e sull'affidamento degli incarichi sulla base della rotazione, in alcuni casi affiancata all'offerta economica più conveniente e di una procedura selettiva basata sul confronto concorrenziale, nonché sull'offerta economica tra 3 avvocati iscritti all'elenco.

Pertanto, pur non essendo stato affrontato direttamente il tema relativo alla legittimità di un affidamento diretto, ha fatto salva una procedura basata sugli elenchi e sulla selezione concorrenziale non fiduciaria.

## **8. Conclusioni**

Riassumendo, al momento si fronteggiano due posizioni:

- una espressa dalla Corte dei conti con le prime pronunce che hanno affrontato la materia, e dall'Anac con la bozza di linee guida (che, appunto, in quanto bozza, ben potrebbe essere modificata), secondo la quale gli enti pubblici, devono affidare incarichi di patrocinio legale sulla base di una procedura comparativa aperta alla generalità degli interessati, eventualmente tramite liste di accreditamento, (ovviamente fatti salvi i casi di urgenza):

- quella sostenuta dal Consiglio nazionale forense, che ritiene ancora legittima una scelta diretta.

In posizione di confine si pone il Consiglio di Stato che, come visto, parla sì di necessità del più efficiente impiego del denaro pubblico e di una maggiore tutela della concorrenza, ma anche di componente fiduciaria delle scelte.

Probabilmente, i tempi sono maturi per riconoscere finalmente la necessità di affidare i servizi legali a seguito di una procedura comparativa aperta, superando gli affidamenti diretti, evitando il perpetrarsi di condotte che, nel corso degli anni, hanno cagionato rilevanti danni all'erario.