

Gli incarichi Legali, incarichi fiduciari o incarichi clientelari ?

**di Mirko NESI (m.nesi75@gmail.com)
Avvocato, Esperto di Appalti pubblici.**

1. Gli affidamenti degli incarichi di patrocinio legale - L'annosa problematica degli affidamenti degli incarichi di patrocinio legale trova un importante approfondimento, sebbene poi in parte sconfessato dal Consiglio di Stato, da parte del TAR Lazio – Latina (**sentenza n. 604/2011**), secondo il quale verrebbe violato il principio generale che impone che l'affidamento di incarichi professionali da parte della PA debba avvenire previa selezione comparativa tra i professionisti.

I giudici di primo grado, richiamando la disposizione di cui all'articolo 27, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito per brevità Codice dei contratti pubblici o semplicemente Codice), avevano ritenuto che anche il conferimento del singolo incarico legale rientrasse nell'ambito dei servizi legali di cui all'allegato II B del codice, e quindi anche in tale ipotesi dovessero applicarsi i principi tipici dell'evidenza pubblica.

I primi giudici hanno posto a fondamento della decisione di accoglimento l'assunto della riconduzione al conferimento del singolo incarico legale nella categoria dei "servizi legali" di cui all'allegato II B (n. 21) del codice, traendo da tale premessa, l'applicazione a tale fattispecie, ai sensi dell'articolo 20, delle norme di cui agli articoli 65, 68 e 225 del medesimo codice e dei principi valevoli per i contratti esclusi ai sensi dell'articolo 27.

I giudici di prima cure hanno aderito all'orientamento ermeneutico secondo cui sia l'assistenza e consulenza giuridica di carattere continuativo quanto il conferimento del singolo incarico di patrocinio legale sarebbero riconducibili nell'unica ed onnicomprensiva nozione di "servizi legali" di cui al punto 21, dell'allegato II B del Codice degli appalti.

A sostegno della tesi il Tribunale ha valorizzato l'ampiezza della nozione di appalto di servizi abbracciata dal codice, comprensiva anche di affidamenti a beneficio di liberi professionisti oltre che di imprenditori, ritenendo che il riferimento letterale ai "servizi", sarebbe sintomatico, con l'uso del plurale, della volontà di comprendere sia il caso del conferimento del singolo incarico che l'ipotesi dell'attribuzione, in termini generali, di un incarico di consulenza-difesa dell'ente per un determinato periodo di tempo. Il Tribunale ha soggiunto che alla differenziazione delle due fattispecie non è dato pervenire per il tramite della valorizzazione del carattere fiduciario del singolo incarico, posto che l'*intuitus personae* è tratto che caratterizza in modo identico e indefettibile qualsiasi incarico professionale, ivi compreso quello dell'affidamento del complesso delle attività di consulenza e di patrocinio per un certo periodo di tempo.

2. L'affidamento di un incarico di difesa in giudizio deve essere preceduto da gara - La posizione del TAR Lazio, Latina, sez. I, n. 604/2011. - Il giudice di 1° grado ha ritenuto che il conferimento a un avvocato di un incarico professionale avente a oggetto la difesa in un giudizio di un ente pubblico sia riconducibile all'affidamento di "servizi legali" nell'accezione di cui all'allegato II B del codice appalti.¹

Difatti secondo i giudici di primo grado: *"non sarebbe corretto ritenere – come suggerito dai resistenti - che la disposizione in questione sia applicabile solo al caso di affidamento di un incarico di tipo generale (cioè avente a oggetto la consulenza e/o difesa in giudizio dell'ente per un determinato periodo di tempo) e non anche al conferimento di singoli incarichi professionali, come nella specie, dato che anche in quest'ultimo caso si tratta pur sempre di affidamento di un servizio e la normativa non prevede la limitazione in*

¹ Corte dei Conti - Sezione Regionale di Controllo per il Veneto - Delibera n. 7/2009/par.

questione (che, d'altra parte, ove fosse riconosciuta, si tradurrebbe in un istituzionale strumento per eludere la necessità della procedura comparativa, dato che, per evitare quest'ultima, sarebbe sufficiente conferire singoli incarichi di consulenza e assistenza)".²

Il codice degli appalti, nell'elencare all'allegato II B i servizi in parte "esclusi" dall'applicazione dello stesso codice e dopo aver stabilito nell'articolo 19 che sono interamente esclusi dalla sua disciplina i "servizi di arbitrato e di conciliazione" e i rapporti di lavoro, contempla al numero 21 i "servizi legali". Quindi il problema che si pone consiste nello stabilire se il conferimento di un singolo incarico professionale a un avvocato costituisca o meno un "servizio legale", con conseguente applicabilità al suo conferimento degli articoli 65, 67 e 225 e dei principi fissati dal successivo articolo 27. La risposta negativa non potrebbe anzitutto essere giustificata in relazione alla circostanza che l'incarico al legale concreta un contratto d'opera e un rapporto, non con un imprenditore ma con un libero professionista.

L'applicazione del codice degli appalti infatti non presuppone che la controparte dell'amministrazione sia un imprenditore, tant'è vero che l'art. 3 del codice al comma 22, qualifica come «operatore economico» l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi", ed al comma 19 stabilisce che con i termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» si designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE). Del resto tipici appalti di servizi sono quelli che hanno ad oggetto servizi di ingegneria ed in particolar modo di progettazione (art. 90 e seguenti del codice) in cui la controparte dell'amministrazione può essere, come spesso poi accade, un libero professionista; ciò dimostra quindi che la disciplina del

codice può applicarsi anche quando l'amministrazione debba procurarsi la prestazione di un libero professionista; d'altra parte la circostanza che l'articolo 19 escluda dall'applicazione del codice l'affidamento dei "servizi di arbitrato e di conciliazione" è un chiaro indice del fatto che le prestazioni degli avvocati sono riconducibili alla nozione di servizio.

Ulteriore conferma della qualificabilità dell'attività libero professionale degli avvocati in termini di servizio si trae dalla definizione data in merito dal D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, norma di Attuazione della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein) relativa ai servizi nel mercato interno, secondo cui il servizio è "qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione; i servizi non economici non costituiscono servizi ai sensi del presente decreto", mentre il prestatore è "qualsiasi persona fisica avente la cittadinanza di uno Stato membro o qualsiasi soggetto costituito conformemente al diritto di uno Stato membro o da esso disciplinato, a prescindere dalla sua forma giuridica, stabilito in uno Stato membro, che offre o fornisce un servizio"³; a conferma di ciò si deve evidenziare che il medesimo testo normativo, all'articolo 7, esclude, invece, dalla sua applicazione i servizi prestati da notai.

Insomma le attività dei professionisti legali in linea di principio costituiscono un servizio per cui l'attività professionale degli avvocati è astrattamente riconducibile alla categoria dei "servizi legali" dell'allegato II B del codice degli appalti. Quindi i giudici di primo grado hanno ritenuto che: "La soluzione restrittiva non appare poi giustificabile in base al carattere fiduciario dell'incarico, dato che: a) la fiduciarietà è caratteristica di qualsiasi incarico conferito a un professionista (si pensi agli incarichi di progettazione); b) la fiduciarietà non è

² Tar Lazio Latina n. 604/2011.

³ Articolo 8 del citato decreto.

certo assente nel caso di affidamento del complesso delle attività di consulenza e di patrocinio per un determinato periodo di tempo (anzi, se si vuole, in un caso del genere l'elemento fiduciario è persino maggiore dato che non è possibile sapere in anticipo spessore, complessità e "delicatezza" delle attività che saranno svolte); c) nel caso in cui il ricorso all'evidenza pubblica sia incompatibile con il rispetto di termini processuali (cioè nel caso di un'urgenza per così dire "assoluta") non è precluso il ricorso a un affidamento diretto; lo stesso articolo 27 pone la condizione della "compatibilità con l'oggetto del contratto" e questa ampia formula dimostra che la previsione legislativa ha un certo margine di flessibilità.

Non appare poi possibile distinguere il caso del conferimento del singolo incarico dal caso del conferimento in termini generali dell'incarico di consulenza-difesa in giudizio dell'ente per un dato periodo di tempo, nel primo in cui la deroga sarebbe giustificata in ragione del carattere fiduciario dell'incarico e della necessità di assicurare il rispetto di termini processuali.

3. L'incarico al legale non passa attraverso l'appalto pubblico. La posizione del Consiglio di Stato 11/05/2012, n. 2730 – Gli enti locali non hanno l'obbligo di esperire una "gara" per affidare un singolo incarico di patrocinio legale. Questo è il principio espresso dal Consiglio di Stato, Sez. V, che ha invece evidenziato, contrariamente al TAR, che sussistono profonde differenze tra i generici servizi legali e l'incarico di patrocinio/difesa legale, cioè tra l'attività continuativa o comunque non episodica di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla complessità dell'oggetto, da una specifica organizzazione rapportata alla predeterminazione della durata, dalla predeterminazione del compenso, e

l'espletamento del singolo incarico di patrocinio legale.⁴

I giudici d'appello, ribaltando l'esito del giudizio di primo grado, hanno ritenuto che il conferimento del singolo incarico episodico, non costituisce un appalto di servizi, ma integra un contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica, i giudici d'appello con la sentenza citata hanno precisato : *"...il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorché l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce...."*⁵

Al contrario, il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, presidiato dalle specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'articolo 27 del codice dei contratti pubblici, ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'iter del giudizio, della non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e della conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici.^{6 7}

⁴ G. Trovati, "Patrocinio legale senza gara", in Il Sole24Ore, 15/5/2012.

⁵ Consiglio di Stato 11/05/2012, n. 2730.

⁶ F. Barbensi: l'affidamento di un incarico di difesa in giudizio non deve essere preceduto da gara (www.appaltiecontratti.it 12/6/2012).

Ad avviso del Consiglio di Stato, al conferimento previa gara di un singolo incarico legale si frapporterebbero i seguenti ostacoli:

“a) l'impossibilità di stabilire le specifiche tecniche fissate dal committente (art. 68 cod.contr.);

b) l'aleatorietà del giudizio e dunque non predeterminabilità degli aspetti temporali delle prestazioni e degli aspetti economici;

*c) l'assenza di basi oggettive su cui costruire i criteri di valutazione delle candidature”.*⁸

La conclusione cui perviene il Consiglio di Stato, è in linea con le nuove tendenze della giurisprudenza contabile, in particolare di Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Basilicata. In questo parere la Corte dei Conti lucana, andando contro quanto disposto dalla Corte dei Conti, Sezione Regionale del Veneto, n. 7/2009, aveva argomentato: *“i servizi legali di cui all'allegato II B [del d.lgs. 163/06] sarebbero oggetto di appalto solo se e quando la prestazione fosse riconducibile a tale tipo di contratto. In altre parole il servizio legale per essere oggetto di appalto richiederebbe un quid pluris, per prestazione o per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale.... sembra allora alla Sezione che l'appalto sia configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente ma si configuri come modalità organizzativa del servizio”.*⁹

In conclusione, il conferimento del singolo incarico per la difesa in giudizio di un ente non è soggetto alla disciplina del Codice prevista per i servizi legali di cui all'allegato II B, anche se si devono comunque essere rispettati i principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione al fine

⁷ Federico Gavioli: L'incarico al legale non passa attraverso l'appalto pubblico.

⁸ Consiglio di Stato 11/05/2012, n. 2730

⁹ Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 19/2009/PAR

di rendere possibile la valutazione della scelta fiduciaria effettuata, rispetto alle esigenze di difesa dell'ente.

La riproposizione della nozione di servizi legali nella legislazione, comunitaria e nazionale, successiva, limita l'ambito di operatività della categoria ai soli affidamenti di servizi legali conferiti mediante un appalto, ossia un contratto caratterizzato da un *quid pluris*, sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità, rispetto al contratto di conferimento dell'incarico difensivo specifico, integrante mero contratto d'opera intellettuale, *species* del *genus* contratto di lavoro autonomo, come tale esulante dalla nozione di contratto di appalto *ratione materiae* abbracciata dal legislatore comunitario. In altre parole, il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce.

L' Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, intervenuta incidentalmente sulla questione per via della problematica dell'applicazione della legge sulla tracciabilità dei flussi finanziari, con la determina n. 4 del 7 luglio 2011, affermava: *“Devono ritenersi sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti di servizi non prioritari compresi nell'allegato II B; tra i servizi indicati nel citato allegato figurano quelli legali che, quindi, rientrano nel perimetro delle disposizioni in esame. Si evidenzia la stretta contiguità tra le figure dell'appalto di servizi e del contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui agli articoli 2230 c.c. e seguenti: pertanto la stazione appaltante assume l'onere della*

corretta qualificazione giuridica della fattispecie. A riguardo, si ritiene che il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, sia inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, in base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richieda qualcosa in più, "un quid pluris per prestazione o modalità organizzativa"¹⁰

Affidare *intuitu personae* un patrocinio legale non significa ovviamente ritenere che l'ente locale sia *legibus solutus*. In primo luogo spetta agli atti fondamentali di ciascun Ente (Statuto, regolamento di organizzazione, ovvero regolamento sul conferimento degli incarichi) regolamentare la materia individuando l'organo competente a decidere e i principi generali cui quest'organo debba attenersi, che sono in genere la rigorosa motivazione, l'economicità, il criterio di rotazione, la specializzazione per materia dell'avvocato. In secondo luogo è evidente che la presenza all'interno della struttura di un dipendente con l'abilitazione per l'esercizio forense limita in modo stringente la possibilità di conferire incarichi all'esterno in un rapporto di eccezione e regola.

Ad avviso del Consiglio di Stato *La tesi sostenuta dal Tribunale non tenga nel debito conto la differenza ontologica che, ai fini della qualificazione giuridica delle fattispecie e delle ricadute ad essa conseguenti in materia di soggezione alla disciplina recata dal codice dei contratti pubblici, connota l'espletamento del singolo incarico di patrocinio legale, occasionato da puntuali esigenze di difesa dell'ente locale, rispetto all'attività di assistenza e consulenza giuridica, caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. Tali elementi di differenziazione consentono, infatti, di concludere che, diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto*

complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisca appalto di servizi legali ma integri un contatto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica.¹¹

In tal senso depone anche la prescrizione che, per l'affidamento di tali servizi, pretende l'indicazione delle specifiche tecniche fissate dal committente (art. 68 del codice), così configurando la condizione, non compatibile con un mero contratto di patrocinio legale isolato, per permettere l'apertura dell'appalto alla concorrenza (vedasi il ventinovesimo "considerando" alla direttiva n. 18 del 2004). Inoltre una conferma in tal senso può desumersi dal quarantasettesimo "considerando" della medesima direttiva n. 18/2004 alla stregua dei condivisibili rilievi svolti da Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Balilicata deliberazione n. 19/2009. *"Posto che negli appalti pubblici di servizi, i criteri di aggiudicazione non devono influire sull'applicazione delle disposizioni nazionali relative alla remunerazione di taluni servizi, quali ad esempio le prestazioni degli architetti, degli ingegneri o degli avvocati", il prezzo di tali servizi, così determinato, di per sé solo, non sarebbe idoneo a garantire quella valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza, che ammette soltanto l'applicazione di uno dei due criteri di aggiudicazione, quello del prezzo più basso e quello della offerta economicamente più vantaggiosa. Da quanto precede non sembra, dunque, che il legislatore comunitario si sia preoccupato di regolare le modalità di affidamento dei contratti del tutto esclusi dall'ambito della disciplina degli appalti pubblici. Tra questi, il contratto di lavoro autonomo avente a oggetto il patrocinio legale, stipulato con un'amministrazione aggiudicatrice".*

¹⁰ AVCP, determina n. 4 del 7 luglio 2011.

¹¹ Consiglio di Stato 11/05/2012, n. 2730.

Le norme in tema di appalti di servizi vengono in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo in un servizio, da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato; solo con riguardo ad un appalto così strutturato, l'obbligo del committente di indicare, adeguandole alla natura del servizio, le specifiche tecniche che consentono di definire l'oggetto dell'appalto e le modalità della prestazione, assume concreta valenza selettiva delle offerte presentate proprio nell'ambito di un servizio organizzato e strutturato. Per converso, il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, presidiato dalle specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'articolo 27 del codice dei contratti pubblici, ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'*iter* del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici.

Lo stesso codice dei contratti pubblici, nel dettare una specifica disciplina, di natura speciale, dei servizi di ingegneria e di architettura volta a enucleare un sistema di qualificazione e di selezione per determinate tipologie di prestazioni d'opera, conferma l'inesistenza di un principio generale di equiparazione tra singole prestazioni d'opera e servizi intesi come complesso organizzato di utilità erogate con prestazioni ripetute ed organizzate.

Difatti non è casuale, del resto, che la stessa giurisprudenza comunitaria sia

sempre stata investita, con riguardo alla professione forense, di questioni riconducibili al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi all'interno degli Stati membri, censurando, perché di ostacolo alla concorrenza, la inderogabilità dei minimi tariffari, sulla quale è poi intervenuto il legislatore interno col richiamato "decreto Bersani"

4. Conclusioni – Nonostante la sentenza del Consiglio di Stato in commento, vi sono indici rilevanti di un orientamento tendente a qualificare le prestazioni professionali rese da avvocati, tanto in sede giudiziale che stragiudiziale, quali "servizi", sia pure in una accezione talmente ampia da farvi rientrare non solo il compimento di un servizio inteso quale risultato della prestazione, ma anche la c.d. prestazione di diligenza professionale in sé considerata di natura intellettuale, resa da professionisti iscritti in appositi albi. In tal senso, già la legge n. 31 del 9 febbraio 1982, regolante la libera prestazione "di servizi" da parte degli avvocati cittadini comunitari, rubricava come "servizi professionali" quelli di cui trattasi; infine da ultimo, il c.d. "decreto Bersani", all'art. 2 del D.L. 223/2006, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali usa l'espressione "servizi professionali", secondo una linea di continuità con la elencazione dei "servizi" contenuta nell'art. 50 del Trattato C.E., che in tale categoria espressamente include anche le "attività delle libere professioni", fornite normalmente dietro retribuzione, al fine di vietare restrizioni alla loro libera prestazione all'interno della Comunità. Difatti il Trattato CE ricomprende, tra le prestazioni di servizi, quelle rese nell'ambito dell'attività delle libere professioni e, del resto, il D.Lgs. n. 163 del 2006 ("Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture"), adeguandosi alla Direttiva CE n. 18/2004, ha inserito nell'allegato II B anche i servizi legali tra quelli aggiudicabili mediante appalto, la cui disciplina, tuttavia, richiamata dall'art. 20 di detto Codice, è ristretta all'osservanza

dei soli artt. 68, 65 e 225 del predetto Codice.

La direttiva 2004/18/CE raccomanda che *“Per quanto riguarda i servizi di cui all'allegato II B [tra cui, appunto, i servizi legali], le disposizioni della presente direttiva dovrebbero far salva l'applicazione di norme comunitarie specifiche per i servizi in questione”* (diciottesimo “considerando”). Quindi il legislatore comunitario ha voluto con ciò intendere che la disciplina introdotta con l'ultima direttiva sugli appalti non va a sovrapporsi a quella risultante dalle direttive specificamente regolanti i singoli servizi le quali, senza ricondurre la prestazione professionale da conferire allo schema dell'appalto, hanno già posto le condizioni per garantire al prestatore di tali servizi l'accesso libero al mercato dei paesi comunitari, in ossequio ai diritti di libertà sanciti dal Trattato CE.

In proposito, deve osservarsi, che il legislatore comunitario è intervenuto quando si è trattato di indicare, con espresso riferimento alle prestazioni professionali, le modalità attraverso le quali raggiungere il risultato di dare effettività e concretezza all'obiettivo indicato dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera c) del Trattato CE, eliminando ogni ostacolo alla libera circolazione di persone e servizi tra Stati membri. Tale obiettivo si è inteso raggiungere, innanzitutto, prevedendo l'approvazione di direttive miranti al reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e altri titoli abilitativi che consentano l'esercizio della professione in ogni paese comunitario. È soprattutto con la direttiva 2005/36/CE del 7.9.2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali - che ha superato la precedente direttiva 1998/5/CE, recepita con D.Lgs. n. 96 del 2.2.2001 - che sono state poste le condizioni idonee a garantire la libera circolazione e il libero accesso al mercato delle professioni.

In effetti l'estensione operata dal legislatore nazionale di principi comunitari

a fattispecie che sarebbero escluse dall'ambito di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici risponde anche a precisi orientamenti sia della Corte di Giustizia, secondo la quale *“sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato”*¹², che del Consiglio di Stato, secondo il quale *“i principi generali del Trattato [libertà di stabilimento (art. 43); libera prestazione dei servizi (art. 49); parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 43 e 49); trasparenza e non discriminazione (art. 86)], valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla concessione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti”*¹³.

Tali indicazioni hanno trovato riscontro nell'art. 27 del Codice, che ha esteso a tutti i contratti di servizi, sebbene totalmente esclusi dall'ambito proprio della direttiva sugli appalti, l'osservanza dei principi generali di derivazione comunitaria, tra cui il principio di concorrenzialità che impone la valutazione comparativa tra almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. Ciò consente, peraltro, di rendere applicabili anche ai contratti di lavoro autonomo di patrocinio legale le indicazioni elaborate dalla Commissione europea con la “Comunicazione interpretativa” relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici”.¹⁴

¹² C.giust., 3 dicembre 2001, causa C-59/00, par. 20, Bent Moustén Vestergaard.

¹³ Ad. Plenaria, 1/2008.

¹⁴ Comunicazione 2006/C 179/02, in G.U.C.E., 1 agosto 2006 – comunicazioni e informazioni.

D'altro canto, occorre costatare che non sempre l'incarico di patrocinio legale, di cui qui si discute, è conferito a un legale solo nel momento in cui sorge il bisogno di difesa giudiziale; si tratta, in tal caso di un incarico episodico, legato alla necessità contingente. In altri casi la prestazione in argomento è inserita in un più articolato quadro di attività professionali, organizzate sulla base dei bisogni rappresentati dall'Ente.

Si deve ritenere preferibile la tesi che riconduce il contratto di patrocinio legale, sia quello circoscritto alla rappresentanza in giudizio, quanto esteso anche alla difesa giudiziale, nell'ambito del contratto d'opera intellettuale regolato dall'art. 2230 c.c. e ss.

Diverso invece è il conferimento di incarico per prestazioni che prevedano, oltre al patrocinio legale delle vertenze che sorgeranno entro un arco di tempo determinato, anche l'attività di consulenza legale a favore dell'Ente. Riassumendo quanto fin qui detto, se ne ricava che l'incarico professionale di patrocinio, che viene conferito a un legale nel momento stesso in cui sorge il bisogno di difesa giudiziale dell'ente:

- a) è riconducibile al contratto d'opera intellettuale;
- b) il suo inquadramento sistematico lo colloca nell'ambito delle prestazioni di lavoro autonomo;
- c) resta escluso dall'ambito delle collaborazioni autonome, pur essendo queste prestazioni d'opera intellettuale.

I servizi legali sono stati ora riproposti nell'allegato II B al D.Lgs. n. 163/2006 tra quei servizi per il cui affidamento (in virtù del richiamo operato dall'art. 20) trovano applicazione, esclusivamente, gli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura), 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Gli appalti di servizi in questione, giova ribadire, non sono disciplinati, dunque, da tutte le disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006, ma soggiacciono solo a quel nucleo minimo di specifiche

regole sopra indicate¹⁵, oltre al rispetto dei principi generali richiamati dall'art. 27 del Codice (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità), previo invito ad almeno cinque concorrenti, "se compatibile con l'oggetto del contratto".

Vero è, invece, che il contratto di patrocinio legale, quale fonte di un rapporto di lavoro autonomo, ove non inserito in un contesto strutturato e organizzato più ampio, soggiace ai principi del diritto comunitario richiamati dall'art. 27 del Codice, che impone una procedura selettiva "se compatibile con l'oggetto del contratto", con le ulteriori precisazioni e i suggerimenti operativi indicati nella Comunicazione della Commissione europea.^{16 17 18}

Sembra, dunque, assumere un sempre più marcato rilievo la possibilità (solo di recente) concessa al professionista di organizzare e strutturare quella che, tradizionalmente, era una prestazione di lavoro autonomo, in un servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità che spetta solo all'ente conferente dover indicare, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato, avvalendosi degli spazi consentiti dall'art. 2 del citato D.L. 4 luglio 2006, n. 223, (c.d. Decreto Bersani).

In conclusione si deve ritenere che l'appalto di servizi legali sia configurabile allorché l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce. Ciò comporta che, in quanto modalità organizzativa, essa sia strutturata e organizzata dal professionista, con mezzi

¹⁵ TAR Puglia-Lecce, 30 marzo 2007, n. 1333

¹⁶ TAR Puglia, n. 5053/06.

¹⁷ TAR Calabria, Sezione R.C., n. 330/2007

¹⁸ TAR Campania- Napoli, (sentenza n. 4855/2008),

propri, per far fronte alle utilità indicate dall'ente conferente in un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato. Così inteso, il servizio legale non può, evidentemente, essere affidato se non con le più specifiche modalità indicate dall'art. 20 del Codice, come interpretate dalla più volte citata Comunicazione della Commissione europea, alle quali si aggiungono quelle residuali dell'art. 27, che espressamente prevedono l'invito ad almeno cinque concorrenti.¹⁹

Seppure la procedura di affidamento non ricalchi, in questi casi, i rigidi canoni previsti dal Codice dei contratti pubblici, occorre comunque considerare che l'invito deve essere adeguatamente pubblicizzato (ove non ricorrano situazioni di estrema urgenza, risultanti da eventi imprevedibili) e formulato in modo da rendere espliciti gli elementi minimi affinché sia salvaguardato il risultato utile voluto dal legislatore in ordine al rispetto dei principi di derivazione comunitaria di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.²⁰

5. Considerazioni pratiche - Chi scrive non ritiene pienamente condivisibile l'approdo (speriamo non definitivo) della giurisprudenza amministrativa, in forza dell'arresto avutosi con la sentenza del Consiglio di Stato in commento, in ordine al carattere superfluo e non necessario di una "gara" per l'affidamento di patrocini legali esterni. Né possono valere a contrastare le esigenze di trasparenza e rotazione le prescrizioni, seppure ridotte del codice in merito, riguardo l'obbligo della Stazione Appaltante indicare delle specifiche tecniche (art. 68 del Codice), che rappresentano la condizione per permettere l'apertura dell'appalto alla concorrenza, così come non può essere motivo ostativo alla concorrenza, e si badi bene alla gara informale a 5 ma soprattutto alla rotazione, la presunta impossibilità di confrontare tra loro i *curricula* di valenti avvocati sul piano nazionale, che operano

da anni per la difesa in giudizio di enti pubblici, con incarichi accademici, e pubblicazioni su riviste giuridiche, e così via. Né possono rilevare le difficoltà di predeterminare il corrispettivo economico in base all'attività presunta, vista anche la recente modifica normativa che obbliga l'avvocato a presentare nei confronti del cliente provato un preventivo scritto, ciò deve valere a maggior ragione (più semplice se il contenzioso è davanti al giudice amministrativo, ma davvero complesso se si svolge davanti al giudice civile).²¹

Né tantomeno può incidere sulla necessaria e quantomeno opportuna gara informale nella scelta dell'avvocato, la tempistica dell'affidamento, anche nei casi in cui l'ente pubblico in veste di resistente/convenuto subisce la notifica di un ricorso o di una citazione; ad esempio la discussione al TAR di una richiesta di sospensiva in materia di procedure di evidenza pubblica (appalti, affidamenti, ecc.), l'udienza in camera di consiglio per la discussione e deliberazione sull'accoglimento dell'istanza cautelare del ricorso è fissata prontamente dalla Sezione del T.a.r. trascorsi dieci giorni dal compimento delle formalità di notifica e iscrizione; anche questa problematica operativa potrebbe essere risolta o con l'esperimento di una gara che sia volta ad affidare la difesa in giudizio dell'ente per un determinato periodo di tempo (una sorta di accordo quadro con indeterminatezza sia del numero che delle tempistiche delle prestazioni da rendersi da parte del professionista incaricato) o mediante l'istituzione di un albo aperto da cui attingere di volta in volta la rosa (cinque) di professionisti a cui chiedere rapidamente una quotazione.

E' chiara e palese la resistenza degli enti a procedere in tal senso secondo i principi ispiratori del Trattato CE, poiché sino ad oggi gli incarichi di patrocinio legale sono sempre stati affidati dagli organi politici,

¹⁹ TAR Sardegna, I, 26 giugno 2007, n. 1355.

²⁰ TAR Lazio, III quater, 8 luglio 2008, n. 6443.

²¹ L. Oliveri, "Obbligo di gara per selezionare i professionisti", in Italia Oggi, gennaio 2012.

che potevano scegliere liberamente a chi affidare la rappresentanza in giudizio dell'ente, secondo il principio dell'*intuitu personae* o sarebbe meglio il caso di dire secondo il principio dell'*intuitu clientis*, nella più becera visione della spartizione politica. La gestione degli affidamenti di patrocinio legale o meglio dei servizi legali, intendendo per tali sia l'assistenza e consulenza giuridica di carattere continuativo quanto il conferimento del singolo incarico di patrocinio legale, ai sensi dell'articolo 20 e quindi conseguentemente delle norme di cui agli articoli 65, 68 e 225 del medesimo codice e dei principi vevoli per i contratti esclusi ai sensi dell'articolo 27, permetterebbe una serie notevole di vantaggi, innanzitutto il rispetto del principio di cui all'art. 97 della Costituzione Repubblicana, economie di scala, riduzione dei tempi di affidamento.²² Tali obiettivi si potrebbero ottenere come detto sia con l'esperimento di una gara che sia volta ad affidare la difesa in giudizio dell'ente per un determinato periodo di tempo (una sorta di accordo quadro) sia con l'istituzione di un albo aperto da cui attingere di volta in volta i professionisti in ragione dei loro curricula e delle loro esperienza; purché tale albo sia realmente aperto, nel senso che una volta istituito, non vengano selezionati sempre i soliti professionisti, scelti secondo il famigerato principio dell'*intuitu personae*.

²² G. Fortini, "Affidamento patrocini legali nella P.a.: dagli incarichi professionali all'appalto di servizi", in www.forumpa.it, 2010.