

**L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI LEGALI
ALLA LUCE DELLE LINEE GUIDA 12/2018**

A cura di ARIANNA CUTILLI

L’auspicio di vedere recepite le istanze del Consiglio Nazionale Forense e dall’Unione Nazionale Amministrativisti, espresse nei rispettivi pareri sulle Linee Guida dell’A.N.A.C. per l’affidamento dei servizi legali, è andato mestamente deluso con la pubblicazione delle “Linee Guida n. 12 – Affidamento dei servizi legali”, approvate dall’Autorità il 24 ottobre 2018¹.

L’A.N.A.C. ha, infatti, condiviso e recepito il parere reso dal Consiglio di Stato², che già aveva tralasciato le profonde riflessioni sulla natura e le delicate implicazioni della professione forense, accuratamente rilevate dal C.N.F., elidendo qualsiasi possibilità di reputare ancora fiduciaria la scelta del professionista.

I servizi legali esclusi, di cui all’art. 17, primo comma, lett. d), d.lgs. 50/2016.

Una delle maggiori criticità rilevate nello schema di Linee Guida posto in consultazione era stata proprio la discrasia tra la normativa europea, così come quella interna, e la scelta dell’A.N.A.C. di procedimentalizzare anche l’individuazione del professionista affidatario delle attività elencate dall’art. 17, primo comma, lett. d), d.lgs. 50/2016, assimilando gli incarichi in argomento a quelli indicati nell’Allegato IX.

Nelle Linee Guida approvate, infatti, l’A.N.A.C. ha nuovamente declinato i principi annoverati nell’art. 4 del d.lgs. 50/2016, al cui rispetto devono comunque informarsi gli affidamenti dei servizi esclusi, introducendo una vera e propria procedura comparativa, cogente per le amministrazioni, il cui sotteso dovere, a detta dell’Autorità, è quello di:

- formulare requisiti di partecipazione che tengano conto dell’oggetto e del valore dell’affidamento, nonché di predisporre procedure proporzionate alla complessità dell’incarico;
- valutare l’eventuale esito positivo di un pregresso contenzioso nella materia oggetto di affidamento;
- confrontare più preventivi;

¹Delibera n. 907 del 24 ottobre 2018, consultabile su www.anticorruzione.it

²Consiglio di Stato, parere n. 2017 del 3 agosto 2018.



- garantire ai concorrenti termini adeguati per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta.

Spingendosi oltre, l'Autorità delinea delle vere e proprie c.d. *"best practice"* per l'affidamento dei servizi legali, individuabili nella preliminare costituzione di elenchi di professionisti alla cui formazione si perverrebbe mediante una procedura trasparente e aperta, avviata dalla pubblicazione di un avviso sul sito istituzionale dell'ente interessato e svolta con la verifica del possesso dei requisiti da parte degli aspiranti all'iscrizione nonché con l'analisi dei curricula.

La selezione del professionista iscritto in elenco dovrebbe, così, avvenire mediante valutazione comparativa che tenga conto dell'esperienza e della competenza, dell'eventuale pregressa collaborazione con l'amministrazione nonché, nel caso in cui i diversi profili professionali siano sostanzialmente equivalenti, del costo del servizio.

Trascurabile, quindi, il residuo margine per la modalità d'affidamento diretto dei servizi legali in parola, confinata ai soli casi di consequenzialità o complementarietà tra incarichi, oltre a quelli di assoluta particolarità della controversia ovvero della consulenza.

È evidente come gli effetti di siffatta procedimentalizzazione siano ben distanti non solo dai rilievi effettuati in sede di consultazione dello schema di Linee Guida ma, soprattutto, dalla volontà del legislatore europeo.

Rileva, in proposito, il Considerando n. 25 della Direttiva 2014/24/UE che esplicita l'esclusione dall'applicazione del Codice degli Appalti dei servizi legali confluiti nell'art. 17, comma 1, lett. d), d.lgs. 50/2016, in quanto prestati da soggetti selezionati *"secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti"*. V'è allora da chiedersi quale sia la *ratio* di assoggettare a procedure comparative, che, di fatto, sono le stesse disciplinate dal Codice dei Contratti Pubblici, servizi che lo stesso legislatore europeo riconosce rispondere a criteri differenti rispetto a quelli riconducibili alle procedure ad evidenza pubblica.

Inevitabilmente, ritorna alla memoria la considerazione espressa dal Consiglio di Stato nel parere interlocutorio n. 2109 del 06 ottobre 2017, alla stregua del quale l'introduzione di una procedura di affidamento, come delineata dall'ANAC nello schema di Linee Guida in consultazione, avrebbe violato, e ad oggi viola, il divieto di *gold plating*³ (benché l'A.N.A.C.

³Vedasi art. 31, primo comma, lett. c), l. 24 dicembre 2012., n. 234



lo abbia espressamente negato⁴); una macchinazione senza dubbio inutile e inaccettabile, seppure ormai ampiamente condivisa e avallata anche dalla Corte dei Conti.

La Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia-Romagna, nella deliberazione n. 144/2018, recante *“Unione di Comuni della Romagna forlivese Unione montana (FC) – Relazione sui servizi legali attribuiti nel 2015”*, nel rilevare alcune criticità emergenti dagli incarichi affidati dall'ente, ha affermato, sul punto, che *“L'affidamento diretto di un incarico di patrocinio legale al di fuori di una procedura comparativa si pone in contrasto con la giurisprudenza consolidata di questa Corte, poiché in contrasto con i principi di imparzialità, pubblicità e concorrenza”*.

Se fossimo in un Paese di *common law*, sarebbe corretto affermare: *“Dura iurisprudencia, sed iurisprudencia!”*. Ma cosa succede se l'interpretazione giurisprudenziale è frutto di un'eccessiva, e non richiesta, regolamentazione, concepita da un'autorità spoglia di qualunque titolo, giammai neppure da essa acquisibile, che possa identificarla con il potere legislativo?

Appare ineluttabile, ormai, doversi arrendere all'involuzione della professione forense, sempre più vittima di logiche concorrenziali e mercantili che ne determinano uno svilimento amaro e deludente.

Lascia attoniti la pungente affermazione resa dal Consiglio di Stato nel parere dell'agosto 2018, che teorizza l'imposizione, per effetto dello stesso art. 4 del d.lgs. 50/2016, della procedimentalizzazione nella scelta del professionista al quale affidare un servizio che, tuttavia, il codice medesimo ritiene “escluso”, *“evitando scelte fiduciarie ovvero motivate dalla “chiara fama” (spesso non dimostrata) del professionista”*. Ne consegue che le amministrazioni, anche qualora debbano affidare incarichi di rappresentanza in giudizio, che, evidentemente, coinvolgono gli interessi dell'incaricante, siano tenute a informarsi ai principi di imparzialità che rendono la scelta del professionista qual procedimento asettico ed oggettivo, esattamente alla stregua della procedura preordinata alla scelta dell'affidatario dei servizi di pulizia o del fornitore di cartucce per stampanti. Aberrare la scelta fiduciaria, imposta, invece, dal codice deontologico che regola la professione forense e annoverata tra i suoi principi generali⁵, significa adottare passivamente una normativa europea, senza la pretesa di adeguarla al nostro ordinamento interno, non solo a scapito dei professionisti ma,

⁴Vedasi Relazione AIR alle Linee Guida n. 12

⁵Art. 11, secondo comma, Cod. Forense *“Il rapporto con il cliente e con la parte assistita è fondato sulla fiducia”*.

in particolare, di intuitive e rilevanti ragioni attinenti ai contenuti di fiduciarità di incarichi professionali dai plurimi e delicati risvolti, quali quelli legali.

I servizi legali di cui all'Allegato IX del d.lgs. 50/2016

Non si ponevano, e non si pongono tuttora, dubbi sulle modalità di affidamento dei servizi legali annoverati dall'Allegato IX, concernenti attività non ricomprese in quelle individuate dall'art. 17, primo comma, lett. d) e che, nella pratica, si sostanziano nell'instaurazione di un rapporto stabile e organizzato tra professionista e pubblica amministrazione.

Come già previsto nello schema di Linee Guida, per gli affidamenti sotto soglia, ossia di valore inferiore ad € 750.000,00⁶, i servizi dovranno essere affidati secondo le modalità indicate per i medesimi dal Codice, nonché dalle Linee Guida A.N.A.C. n. 4.

Diversamente, per gli affidamenti di valore pari o superiore, troverà applicazione, oltre alle disposizioni generali per gli affidamenti sopra soglia, il regime alleggerito di cui agli art. 140 e 142 del Codice, inerente alla pubblicazione degli avvisi e dei bandi.

Per gli affidamenti in predicato, precisa l'A.N.A.C., dovrà applicarsi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per garantire l'efficienza e la qualità del servizio, scongiurando che la scelta dell'affidatario sia determinata dal solo risparmio di spesa. A tal fine, l'A.N.A.C. suggerisce, quali criteri di valutazione, il numero e la rilevanza di servizi analoghi già svolti, nonché le modalità del loro svolgimento, i titoli accademici e professionali e, naturalmente, il ribasso percentuale.

Conclusione

Muta, drasticamente, così, alla luce delle novelle normative, la peculiare figura del legale, inopinatamente assimilata alla generalità dei fornitori di servizi, a seguito della vulnerazione del carattere fiduciario del rapporto tra avvocato e assistito. Le Linee Guida adottate, disattendendo la normativa europea, hanno, di fatto, sottoposto all'obbligo di procedura comparativa entrambe le categorie di servizi legali, anche quelli esclusi, rendendo, pertanto, impossibile rinvenire quell'*intuitu personae* da sempre profilo caratterizzante il mandato conferito ad un avvocato. Una professione, quella forense, destinata viepiù a fuoriuscire dall'alveo delle professioni intellettuali "liberali" e scadere al rango di mera fornitrice di servizi quantitativamente, economicamente, profilativamente misurabili ma qualitativamente inappetibili. Sic transit gloria mundi!

⁶cf. art. 35, primo comma, lett. d).



IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
Rivista giuridica