

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

ROMA

Ricorre

la **Camera Amministrativa distrettuale degli avvocati di Lecce, Brindisi e Taranto** (P. IVA. 03628890752) con sede in Lecce alla Via Rubichi n. 23a, in persona del legale rappresentante p.t., avv. Roberto Gualtiero Marra, che ricorre anche in proprio in qualità di avvocato, ai fini del presente atto tutti elettivamente domiciliati in Roma al Corso del Rinascimento n. 11 presso lo studio dell'avv. Valeria Pellegrino (C.F. PLLVLR65L55H501S; fax 0832/256273; pec: valeria.pellegrino@pec.it) che, unitamente e disgiuntamente all'avv. Giuseppe Misserini (C.F. MSSGPP73D01L049G Fax 0997361639 Pec misserini.giuseppe@oravta.legalmail.it), li rappresenta e difende in virtù di mandato speciale in calce al presente atto

contro

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE, in persona del Presidente p.t.,

per l'annullamento

in parte qua delle “*Linee guida n. 12 - Affidamento dei servizi legali*”, approvate dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018 e pubblicate in G.U. del 13 novembre 2018 e della contestuale e presupposta Relazione AIR.

* * *

FATTO

1. Le impugnate Linee Guida n. 12 concernenti l'*affidamento dei servizi legali* sono state approvate dal Consiglio dell'ANAC a valle di un complesso *iter* avviato dalla medesima Autorità con la pubblicazione, ai sensi dell'art. 213 c. 2 DLgs 50/16 che disciplina il potere di regolazione di ANAC in materia di contratti pubblici, di un primo *documento di consultazione*, adottato con deliberazione 05.04.17, sul quale è stata avviata una consultazione pubblica cui

hanno partecipato 28 soggetti pubblici/privati interessati (stazioni appaltanti, associazioni di categoria, ordini professionali e operatori economici).

All'esito ANAC ha elaborato e trasmesso il testo definitivo al Consiglio di Stato che con un primo interlocutorio parere dell'Adunanza della Commissione speciale 06.10.17 (n. affare 01502/2017) ha invitato ANAC ad acquisire i pareri di ulteriori enti.

Sono quindi stati acquisiti i pareri del CNF, del Ministero della Giustizia, di quello delle Infrastrutture, del Dipartimento delle Politiche Europee presso la Presidenza del consiglio dei Ministri e, da ultimo, il definitivo parere della predetta Commissione speciale del Consiglio di Stato 09.04.18.

In esito al suddetto parere l'Autorità ha elaborato la versione definitiva delle *Linee guida*, poi approvate con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018 e pubblicate nella G.U. del 13.11.18.

2.1. Preliminarmente alla esposizione dei plurimi profili di illegittimità che affliggono l'atto impugnato è opportuno rammentare che la problematica delle modalità di affidamento degli incarichi legali non è nuova, essendo già stata affrontata a seguito dell'emanazione del DLgs 163/06.

All'esito di tale riflessione si era formata una prevalente giurisprudenza (*cfr.* in specie Cons. St., V, n. 2730/2012) che aveva operato una sorta di *summa divisio* fra l'attribuzione di un singolo incarico professionale, riconducibile al contratto di prestazione d'opera intellettuale e caratterizzata dalla natura fiduciaria del rapporto e dal prevalente apporto personale del professionista incaricato, e l'attribuzione di incarichi di natura continuativa aventi ad oggetto l'intero contenzioso dell'ente per uno o più anni, nei quali prevale l'elemento organizzativo della struttura messa a disposizione dal professionista incaricato e pertanto ricondotta al novero dei servizi.

Solo questi ultimi venivano quindi ricompresi nei *servizi legali* di cui all'allegato II-B del DLgs 163/06 (categoria n. 21), mentre gli incarichi singoli, proprio perché inquadrabili nello schema della prestazione d'opera ed in alcun

modo riconducibili allo schema dell'appalto di servizi, erano invece integralmente esclusi dall'ambito di applicabilità del DLgs 163/06 e soggetti ai limiti e alle regole generali dell'azione amministrativa (imparzialità, buon andamento, obbligo di motivazione ecc.).

2.2. A seguito tuttavia dell'emanazione del DLgs 50/2016 si è diffusa la tesi (come si vedrà priva di fondamento giuridico ed anzi frontalmente in contrasto con il diritto europeo) che riconduce tutti gli incarichi legali, di qualunque natura o entità, a prestazioni di servizi a vario titolo assoggettabili all'evidenza pubblica. A tale tesi ha aderito ANAC sin dalla adozione del *documento di consultazione*, ritenendo:

- da un lato che ai *servizi legali* elencati all'art. 17 c. 1, lett. d), DLgs 50/16 a prescindere dall'importo, dalla tipologia contrattuale e dall'oggetto dell'incarico (singolo ovvero seriale), non fosse applicabile il codice ad eccezione del solo art. 4;

- dall'altro che ai *servizi legali*, individuati nell'Allegato IX (cpv da 79100000-5 a 79140000-7 e 75231100-5) in termini residuali (ossia “*nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lett. d)*”) ed identificati da ANAC nella consulenza giuridica “*non connessa alla difesa in giudizio*”, fossero applicabili:

- gli artt. 140-144, ossia un regime di evidenza pubblica c.d. *alleggerito* analogo a quello dei servizi sociali, ove superiori alla soglia di rilevanza europea, pari ad €. 750.000,00 nei settori ordinari e €. 1.000.000,00 in quelli speciali;

- le linee guida n. 4/2016 in materia di contratti pubblici sottosoglia, ove di importo inferiore alle predette soglie.

2.3. Nel procedimento si è quindi innestato il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato - Adunanza 09.04.18, che se da un lato ha confermato il superamento già ravvisato da ANAC del principio di estraneità dei singoli incarichi legali alle regole e ai principi dell'appalto pubblico di servizi, dall'altro

ha affermato che i servizi legali di cui all'art. 17 c. 1, lett. d), DLgs 50/16 (in particolare quelli sub n. 1 e n. 2) e quelli di cui all'Allegato IX sarebbero in parte sovrapponibili nell'oggetto, sicché l'individuazione del regime giuridico applicabile dipenderebbe dalla forma contrattuale scelta dall'Amministrazione. In particolare l'art. 17 DLgs 50/16 concernerebbe gli incarichi singoli, cui si applica il solo art. 4 del DLgs concernente l'affidamento dei contratti pubblici esclusi; mentre gli incarichi seriali ricadrebbero nell'allegato IX e quindi nel regime di evidenza pubblica *alleggerito* di cui agli artt. 140-144.

2.4. A tale diversa opzione interpretativa ha aderito ANAC nel testo definitivo delle Linee guida n. 12, confermando altresì la necessità di procedimentalizzare il conferimento di tutti gli incarichi legali finalizzati alla difesa in giudizio e quindi sia degli incarichi singoli, esclusi ex art. 17 cit. dall'ambito di applicazione del Codice, sia degli incarichi continuativi concernenti l'intero contenzioso dell'ente parzialmente assoggettati al Codice ex art. 140 e ss.

3. Tale regolamentazione è per più profili illegittima alla stregua dei seguenti

MOTIVI

A. DELLA RADICALE ILLEGITTIMITA' DELLE LINEE GUIDA.

I. Violazione e/o falsa applicazione dei considerando n. 4, 5, 6, 24, 25 e 116 e degli artt. 10 c. 1, lett. d), e 74 in combinato disposto con l'allegato 14, ottavo alinea, della direttiva UE 26.02.14 n. 24. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17 c. 1, lett. d), 140, 142 e dell'allegato IX ottavo alinea DLgs 50/16. Incompetenza. Violazione art. 1 c. 1, lett. a), Dlgs 11/16. Questione di pregiudizialità comunitaria e di legittimità costituzionale dell'art. 4 DLgs 50/16.

0. Con il presente motivo di ricorso si intende contestare la radicale illegittimità che permea l'impostazione di fondo delle Linee guida impugnate, frutto di un'interpretazione evidentemente distorta delle norme europee e conseguentemente delle norme interne di attuazione.

1.1 Nella previgente Direttiva n. 2004/18 il riferimento ai *servizi legali* era

rinvenibile alla riga 21 dell'allegato II-B. Dai CPV ivi riportati emergeva come per il legislatore europeo del 2004 tra i *servizi legali* rientrassero anche quelli di *rappresentanza legale* (cpv 79112000-2 e 79112100-3) oltre che di *consulenza* di vario genere. Ai servizi dell'allegato II-B, ivi compresi quelli legali, era dedicato l'art. 21 della citata direttiva (pedissequamente trasposto nell'art. 20 del Dlgs 163/06) a mente del quale "*L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 (che disciplinava le specifiche tecniche) e dall'articolo 35, paragrafo 4 (recante la disciplina degli avvisi di aggiudicazione)*".

A fronte di tale combinato quadro normativo la giurisprudenza interna ha ritenuto che "*Le norme in tema di appalti di servizi di cui al codice dei contratti pubblici vengono in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato. Per converso, il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale..., non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'art. 27 del c. contr. pubbl., ad una procedura concorsuale di stampo selettivo, la quale è 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 delle 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. L'attività del professionista nella difesa e nella rappresentanza dell'ente, infatti, è prestazione d'opera professionale che non può essere qualificata in modo avulso dal contesto in cui si colloca, "id est" l'ambito dell'amministrazione della giustizia, settore statale distinto e speciale rispetto ai campi dell'attività amministrativa e regolati del codice dei contratti pubblici. Resta inteso che l'attività di selezione del difensore dell'ente pubblico, pur non soggiacendo all'obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale soggetta ai*

principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare” (Cons. St., Sez. V, n. 2730/12, cit.).

È stata quindi enucleata nel nostro ordinamento una specifica ipotesi di attività difensiva, quella concernente il singolo e circoscritto incarico, non inquadrabile come appalto di servizi legali e quindi totalmente estranea all’ambito applicativo del DLgs 163/06 (e quindi sia alle norme applicabili ai servizi dell’allegato II B - che pure includevano l’attività difensiva e di rappresentanza - sia ai principi applicabili *ex art. 27 DLgs 163/06 ai “contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi”*).

1.2. La normativa europea in materia ha tuttavia subito importanti modifiche con la direttiva n. 2014/24.

In essa, infatti, viene confermata nell’allegato 14 la categoria dei *servizi legali* con i relativi CPV di riferimento di cui all’allegato II B della precedente direttiva. Ma diversamente che nella precedente fonte normativa i *servizi legali* inclusi nell’allegato 14 sono identificati oltre che mediante i CPV anche in negativo e cioè *“nella misura in cui non siano esclusi a norma dell’articolo 10, lettera c bis (rectius lettera d, essendo l’unica a contemplare i servizi legali)”*.

Orbene, il citato art. 10 costituisce, quanto alla materia dei servizi legali, un evidente elemento di novità, atteso che per la prima volta stabilisce, per quanto qui d’interesse, che *“La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi: d) concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:*

- i) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell’articolo 1 della direttiva 77/249/CEE del Consiglio ⁽²⁹⁾:

- in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro, un paese terzo o dinanzi a un’istanza arbitrale o conciliativa internazionale; oppure

- in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità

pubbliche di uno Stato membro o un paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali;

- ii) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui alla presente lettera, punto i), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento in questione, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 77/249/CEE”.

È quindi di solare evidenza che l'attività tipica dell'avvocato – ossia la rappresentanza in giudizio e l'attività di consulenza finalizzata alla difesa in un giudizio instaurato o instaurando (anche se solo probabile) – sia stata per la prima volta esclusa dal legislatore europeo dal novero dei *servizi legali* soggetti all'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici.

Mentre i servizi legali diversi, concernenti la consulenza giuridica non connessa ad una attività difensiva attuale o futura, ricadono ove sopra soglia nell'allegato 14 e quindi nell'ambito di applicazione della direttiva UE n. 2014/24, ed in particolare del titolo III (“*Particolari regimi di appalto*”), Capo I (“*Servizi sociali e altri servizi specifici*”), articoli 74 (“*Aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici*”), 75 (“*Pubblicazione degli avvisi e dei bandi*”) e 76 (“*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*”).

Ad oggi, quindi, la distinzione a livello europeo tra servizi legali soggetti alla disciplina degli appalti e servizi legali non soggetti a tale disciplina è chiaramente legata all'oggetto della prestazione: a quella **tipica** dell'avvocato e ad esso **riservata** (attività difensiva o strettamente connessa) non è applicabile la disciplina degli appalti, a prescindere dalla forma contrattuale attraverso cui si concretizza in ciascuno stato membro l'attribuzione dell'incarico.

Una tale distinzione era estranea alla precedente direttiva nella quale da un lato i servizi legali erano identificati esclusivamente tramite l'elenco dei cpv dall'altro non erano individuati servizi legali esclusi.

Le predette disposizioni europee sono state trasposte nell'art. 17, c. 1, lett. d),

DLgs 50/16, che individua in conformità alla direttiva i servizi legali esclusi dall'applicazione del Codice, e negli artt. 140 e 142, che disciplinano in combinato con l'allegato IX quelli invece soggetti ad alcuni articoli del Codice.

2.1. Il richiamato mutamento normativo, che era (ed è) presupposto necessario per interpretare la normativa interna e quindi per forgiare il contenuto delle Linee Guida, era stato ben colto da ANAC nel documento di consultazione laddove evidenziava che la “*distinzione*” tra i due servizi (quelli dell'allegato IX e quelli dell'art. 17) è quindi basata “*sulla tipologia di attività svolta*”. Al paragrafo 2 veniva infatti precisato che “*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 (necessariamente) riservata agli avvocati*”.

La conclusione è stata però del tutto ribaltata nel testo finale delle Linee Guida nel quale i servizi legali vengono considerati come un *unicum* indistinto e il *discrimen* tra le due discipline viene ancora una volta fatto risalire all'oggetto dell'incarico. In particolare, quanto agli incarichi difensivi, quello singolo ricadrebbe nell'alveo dell'art. 17, mentre quello concernente l'intero contenzioso dell'ente ricadrebbe tra i servizi dell'allegato IX.

Si è quindi tornati alla originaria *summa divisio*, con la precisazione che si sarebbe comunque di fronte ad un appalto di servizi da regolare, seppur in maniera diversa, anche mediante linee guida ANAC.

Quanto agli incarichi di cui all'art. 17, la fonte del potere di regolamentazione riverrebbe dall'art. 4 del medesimo DLgs 50/16, secondo cui “*L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità,*

parita' di trattamento, trasparenza, proporzionalita' , pubblicita', tutela dell'ambiente ed efficienza energetica"; mentre per gli incarichi ricadenti nell'allegato XI risiederebbe negli artt. 140 e 142 del Codice.

2.2.0. Si tratta tuttavia di conclusioni che, seppur aderenti all'autorevole interpretazione del Consiglio di Stato, non possono essere condivise perchè stridono con le norme europee in epigrafe indicate, nella parte in cui il legislatore europeo ha **espressamente escluso** le attività di rappresentanza e difesa tipiche dell'avvocato dal novero degli appalti pubblici di servizi di rilievo europeo.

2.2.1. Ciò si evince non solo dall'art. 10 della direttiva n. 2014/24 (che pure potrebbe trarre in inganno nella misura in cui sembra comunque ritenere che l'attività difensiva rientri nell'appalto di servizi); ma anche e soprattutto dai considerando 25 e 116, che chiariscono la *ratio* sottesa ai successivi artt. 10 e 74.

Il considerando 25, infatti, nel chiarire l'esclusione di cui al successivo art. 10, stabilisce che *“Taluni servizi legali comportano la rappresentanza dei clienti in procedimenti giudiziari da parte di avvocati... Tali servizi legali sono di solito prestati da organismi o persone selezionate o designate secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti, come può succedere ad esempio per la designazione dei pubblici ministeri in taluni Stati membri. Tali servizi legali dovrebbero pertanto essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva”*; mentre il considerando 116, riferendosi ai servizi legali di cui all'allegato 14 della direttiva al fine di giustificare il regime *alleggerito*, afferma che *“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”.

È quindi evidente come, per il legislatore europeo, l'attività di rappresentanza, tipica dell'avvocato (art. 10 lett. d. n. 1) e quella ad essa strettamente connessa (n. 2) sia esclusa dall'ambito applicativo della direttiva non certo per insondabili ragioni discrezionali bensì perché ritenuta ontologicamente incompatibile con le **norme di aggiudicazione degli appalti**; ciò soprattutto in fase di *designazione/selezione* dell'avvocato in ragione della fiduciarietà dell'incarico difensivo, ma anche della difficoltà di individuare a monte tutte le attività che compongono la prestazione dell'avvocato, essendo questa condizionata dalle decisioni dell'autorità giurisdizionale terza rispetto sia all'avvocato sia alla parte rappresentata, e quindi conseguentemente il loro valore economico.

In tal senso si era peraltro espresso il CNF nel parere che ANAC ha totalmente ed immotivatamente trascurato sebbene ritenuto testualmente “necessario” dal Consiglio di Stato (*cfr.* CdS 2109/2017). Afferma in particolare il CNF che “*il contratto di patrocinio non è un comune contratto d'opera professionale perché contiene uno specialissimo potere di rappresentanza che ne enfatizza il profilo fiduciario*”; e che “*l'attività del difensore munito del patrocinio si svolge in un contesto del tutto diverso sia da quello che riguarda il contratto di appalto sia, in verità, da quello che riguarda il contratto d'opera professionale di per sé, ed essa, attuando valori primari dell'ordinamento, garantisce la protezione di diritti costituzionali fondamentali*”. Affermazioni chiarissime, ma – appunto - totalmente ignorate e contraddette dalle impugnate linee guida.

A completamento di quanto sin qui detto non può non valorizzarsi anche il considerando 5, a mente del quale “**La prestazione di servizi sulla base di disposizioni legislative, regolamentari dovrebbe esulare dall'ambito di**

*applicazione della direttiva. In alcuni Stati membri ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, per taluni servizi amministrativi pubblici quali la **fornitura di determinati servizi alla comunità, come i servizi connessi alla giustizia**”.*

Orbene, non vi è dubbio che l'attività difensiva, contrariamente ad altre attività libero-professionali ovvero imprenditoriali, è soggetta in tutti gli Stati membri quanto ad accesso e modalità di esercizio, ad una complessa regolamentazione, che in Italia è di rango sia legislativo sia regolamentare. E ben può essere collegata, soprattutto ove si pensi alla funzione costituzionale dell'avvocato, alla fornitura di un servizio alla comunità connesso alla giustizia. Basti ricordare che nessun processo può celebrarsi senza avvocato (!).

2.2.2. Ciò non vuol dire che qualora la parte rappresentata sia una p.a. la fase pre-incarico ovvero di esecuzione siano del tutto libere; tutt'altro. Le norme interne possono e devono prevedere tutte le modalità necessarie a garantire la parte pubblica e quindi l'efficienza della prestazione, così come le singole amministrazioni possono e devono poter vagliare le competenze dell'incaricato ovvero imporre il possesso di requisiti o l'adempimento di oneri a garanzia della prestazione (ad esempio pretendendo che l'incaricato abbia esperienza nello specifico settore in cui ricade la controversia, imponendo specifici oneri di informazione ovvero la copertura assicurativa per i danni causati nell'esercizio della professione, pretendendo la preventiva determinazione di massima dei costi e modulandone una parte in base al risultato e così via). Tutte opzioni che dovranno trovare ingresso nella motivazione dei provvedimenti di incarico, comunque generalmente obbligatoria *ex art. 3, L. n. 241/90*.

Ciò che non è possibile e legittimo fare, alla stregua del considerando 25 e dell'art. 10 della direttiva è assoggettare gli incarichi difensivi e di rappresentanza alle *norme di aggiudicazione degli appalti*.

In tale prospettiva deve quindi essere interpretato l'art. 4 del DLgs 50/16, il quale peraltro non ha riscontro nella direttiva 2014/24.

L'unica interpretazione compatibile con le norme europee dell'art. 4 cit. è quella

di ritenere che ogni amministrazione sia tenuta a valorizzare in fase di affidamento dell'incarico, dandone conto in motivazione, tanto l'elemento fiduciario quanto il perseguimento dell'efficienza della prestazione.

A tal fine numerose sono le norme che nel nostro ordinamento vengono in soccorso delle p.a., a partire dalla complessa regolamentazione dell'attività forense, la quale norma integralmente l'attività dell'avvocato, dall'acquisizione dei titoli abilitativi, alla disciplina nell'esercizio della professione, alle modalità di determinazione del compenso.

2.3. Dalla assoluta estraneità delle *norme di aggiudicazione degli appalti* all'affidamento degli incarichi difensivi deriva *in primis* l'assoluta incompetenza di ANAC ad intervenire mediante linee guida, quand'anche non vincolanti nonché la violazione dell'art. 213 c. 1 DLgs 50/16.

Questo attribuisce infatti ad ANAC *“la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi... nei limiti di quanto stabilito dal presente codice”*.

Va da sé che contratti stipulati da p.a., d'appalto o di prestazione d'opera che siano, del tutto esclusi dall'applicazione del codice (così come lo sono dalle direttive UE) non possano essere soggetti al potere regolatorio dell'Autorità, essendo necessario e sufficiente che ogni amministrazione nei limiti delle vigenti leggi attribuisca gli incarichi difensivi mirando alla realizzazione dei principi di cui al citato art. 4.

Del tutto erroneamente ANAC ritiene invece sussistere il proprio potere di regolazione, sull'erroneo presupposto che si tratti - quanto agli incarichi singoli - di contratti *esclusi* ma non *estranei* al codice (regolabili quindi ex art. 4 DLgs 50/16) e quanto agli incarichi convenzionali finalizzati alla rappresentanza e difesa in giudizio di contratti ricadenti nell'allegato IX DLgs 50/16.

Così non è per tutto quanto sopra esposto, con conseguente necessità di annullare le linee guida per assoluta incompetenza dell'autorità emanante.

3. Diversamente opinando, e cioè ove si ritenesse che per il tramite dell'art. 4

DLgs 50/16 il legislatore italiano abbia voluto proceduralizzare l'attribuzione di incarichi difensivi assoggettandoli a *norme* anche solo latamente riconducibili a quelle *di aggiudicazione degli appalti* e così conseguentemente abilitando ANAC ad intervenire con Linee Guida, evidente sarebbe il contrasto del combinato disposto tra l'art. 17 c. 1 lett. d) e l'art. 4 DLgs 50/16 con la normativa comunitaria.

Innanzitutto con l'art. 10 della dir. UE 2014/24 e con il considerando 25, che escludono tutti gli incarichi difensivi dall'applicazione della direttiva in quanto incompatibili con le *norme di aggiudicazione degli appalti*, ma anche con il considerando n. 4, a mente del quale *“La crescente diversità delle forme di intervento pubblico ha reso necessario definire più chiaramente il concetto stesso di appalto. Questo chiarimento in quanto tale non dovrebbe tuttavia ampliare l'ambito di applicazione della presente direttiva rispetto a quello della direttiva 2004/18/CE”*.

Se dunque dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE e quindi del DLgs 163/06 erano pacificamente esclusi gli incarichi difensivi singoli (cfr. Cons. St., sez. V, n. 2730/12 *cit.*), non vi è ragione di ritenere oggi il contrario; tanto più in presenza di una esclusione esplicita nell'art. 10 della dir. 2014/24 ed in assenza nella direttiva di una norma analoga all'art. 4 del DLgs 50/16.

Non è infatti per nulla condivisibile quanto afferma ANAC nella relazione AIR di accompagnamento alle Linee guida secondo cui l'esclusione rinvenibile nella direttiva *“comporta unicamente quale diretta conseguenza la riespansione del potere di regolamentazione in capo al legislatore nazionale”*.

Nessuna riespansione vi può essere ove ciò ampli l'ambito applicativo della previgente direttiva, così come nessuna riespansione può tollerarsi in contrasto con la direttiva medesima.

Da ciò la necessità che l'on.le TAR valuti la necessità di rinviare alla CGUE la questione pregiudiziale di compatibilità dell'art. 4 DLgs 50/16, per come interpretato da ANAC, con la direttiva 2014/24 ed in particolare con l'art. 10 c.

1, lett. d, (esclusione di tutti gli incarichi difensivi dall'ambito della direttiva) in combinato disposto con l'allegato 14 (esclusione dai servizi legali di tutti gli incarichi difensivi) e con i considerando n. 4 (necessità di non ampliare l'ambito della precedente direttiva 2004/18), 5 (esclusione delle prestazioni di servizi disciplinate dallo Stato connesse alla giustizia) e 25 (incompatibilità tra le norme di aggiudicazione degli appalti e l'attribuzione di incarichi difensivi).

4.0. A ciò deve aggiungersi, sempre nella prospettiva in cui si ritenga che non sia praticabile un'interpretazione degli artt. 17 e 4 DLgs 50/16 conforme al diritto UE, che gli stessi presentano altresì evidenti profili di incostituzionalità.

4.1. *In primis* per eccesso di delega. La legge delega n. 28/01/16 n. 11 stabiliva infatti all'art. 1 c. 1, lett. a), tra i *principi e criteri direttivi specifici* cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'*attuazione delle direttive* il “*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*” (c.d. divieto di *gold plating*).

È però ammesso dalla stessa ANAC che il legislatore ha normato l'attribuzione degli incarichi difensivi ritenendo di poter riesperire il proprio potere di regolamentazione.

Ciò viola evidentemente il divieto di *gold plating*, come peraltro adombrato nel corso dell'istruttoria dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel primo parere del 14.09.17.

4.2. Appare inoltre violato anche l'art. 24 Cost., il quale con riferimento al diritto di difesa della p.a. deve essere coniugato con la generale sindacabilità degli atti amministrativi stabilita dall'art. 113 Cost.

Ne deriva che il diritto di difesa delle amministrazioni pubbliche, che è contrappeso della generale contestabilità dei loro atti, non può essere compresso ed aggravato, pena la violazione del citato art. 24, al di là di quelli che sono i generali principi e le regole dell'azione amministrativa, ad oggi cristallizzati in linea generale nella L. n. 241/90, a sua volta applicativa dell'art. 97 Cost.,

nonché nelle norme che regolano la contabilità degli enti pubblici da applicarsi a qualunque tipologia di esborso sopportata dalla p.a.

*

Il motivo che precede contesta radicalmente il presupposto da cui muove l'atto impugnato, ossia l'inclusione di qualsivoglia attribuzione di incarichi difensivi nell'ambito di applicabilità della normativa comunitaria e quindi - sia pure a mezzo dell'art. 4 DLgs 50/16 - nell'ambito applicativo di quest'ultimo e, ancor più in generale, l'applicabilità a tali incarichi di norme anche solo latamente riconducibili a quelle di aggiudicazione degli appalti e quindi conseguentemente contesta la competenza di ANAC in materia di attribuzione di incarichi difensivi.

Nei motivi che seguono si formulano invece specifiche censure per la denegata ipotesi in cui venga condivisa l'interpretazione normativa presupposta alle Linee Guida con conseguente riconoscimento di un potere più o meno ampio di regolazione di ANAC anche in materia.

*

B. DELLA ILLEGITTIMITA' IN TEMA DI SERVIZI LEGALI EX ART. 17, COMMA 1, LETTERA D), DEL CODICE CONTRATTI PUBBLICI

II. Eccesso di potere per violazione del principio di semplificazione e di efficacia dell'azione amministrativa; illogicità ed irragionevolezza manifeste; disparità di trattamento. Carezza di istruttoria.

Il paragrafo 1 delle impugate Linee guida riconduce ai servizi legali di cui all'art. 17, c. 1. lett. d), del Codice l'incarico affidato per un'esigenza puntuale ed episodica della s.a..

A tal riguardo, le Linee guida specificano che *“in tale ipotesi si configura la tipologia del contratto d'opera intellettuale, di cui agli artt. 2229 e ss. c.c., e non assumono rilevanza, ai fini della disciplina applicabile alla procedura di selezione, il valore economico del contratto e l'eventuale superamento della soglia di rilevanza comunitaria”*.

Dunque, secondo ANAC, quale che sia il valore economico del servizio legale *ex art. 17, co. 1, lett. d)* – in ipotesi anche di poche migliaia di euro - le Stazioni appaltanti sono tenute, sempre e comunque, a seguire le procedure di affidamento, invero tutt'altro che agevolate, di cui al par. 3.1.

Si tratta di previsione illegittima in quanto afflitta da tutti i vizi rubricati.

Davvero incomprensibile è, infatti, la soluzione proposta da ANAC ove solo si consideri che, stando alle stesse Linee guida, i servizi legali di cui all'All. IX di valore fino ai 40.000 euro – il cui affidamento costituisce un vero e proprio appalto – ben possono essere affidati, ai sensi dell'art. 36, c. 1, lett. a), del Codice e in ossequio anche alle Linee Guida ANAC n. 4, in via diretta.

Al contrario, i contratti d'opera professionale di cui all'art. 17, co. 1, lett. d) - esclusi dall'ambito di applicazione oggettivo del Codice – devono essere affidati secondo le complesse procedure coniate dalle stesse Linee guida, fra cui quella dell'affidamento diretto risulta essere del tutto eccezionale anche nei casi - i più ricorrenti – di contratti d'opera professionale di valore inferiore ai 40.000 euro!

Peraltro, come ampiamente dedotto *sub I*, la Direttiva n. 2014/24 esclude dal suo ambito di applicazione proprio i servizi di rappresentanza in giudizio, nonché quelli di consulenza legale fornita in preparazione di un giudizio.

Nonostante ciò, il provvedimento impugnato, relativamente proprio ai servizi legali esclusi, e, dunque, con scelta innovativa dell'ordinamento, impone procedure di individuazione dell'avvocato a cui affidare il contratto d'opera professionale difensivo o di consulenza ben più severe rispetto a quelle imposte per i servizi legali inclusi nell'ambito di applicazione del Codice.

D'altronde, non va sottaciuto che la scelta dell'avvocato a cui conferire un singolo incarico *ad hoc* secondo procedure non contemplate dalla direttiva 2014/24/UE per i servizi legali di cui all'All. IX del Codice, risulta, al di là del vizio di incompetenza già denunciato, in contrasto con la stessa natura dell'atto di regolazione oggetto di consultazione.

Il Codice non rinvia, sul punto, ad alcuna tipologia delle linee guida che

l'ANAC ha il potere di emanare in vista della puntualizzazione dei precetti normativi recati dallo stesso Codice ovvero del supporto delle s.a. nella sua attuazione: l'atto di regolazione in questione, invero, è stato elaborato da ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice.

Da tanto discende la necessità di una regolazione che risulti ispirata al principio di *self-restraint* onde evitare profili di innovatività della regolazione stessa non contemplati dal vigente ordinamento.

III. Violazione art. 36 Cost. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 *quaterdecies* DL 148/2017 (conv. con L. 172/2017). Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 13-*bis* della L. 247/2012. Violazione del principio dell'equo compenso. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza. Carezza di istruttoria.

Le Linee guida al paragrafo 3.1.2. - nel declinare il principio di economicità da rispettare nell'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, co. 1, lett. d), del Codice – affermano che la congruità del compenso dell'avvocato da incaricare possa essere giustificata attraverso una delle seguenti alternative motivazioni:

- confronto con la spesa per precedenti affidamenti;
- confronto con gli oneri riconosciuti da altre amministrazioni;
- confronto con i parametri fissati dal decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, come modificato ad opera del decreto ministeriale 8 marzo 2018, n. 37;
- valutazione comparativa di due o più preventivi.

Tali modalità motivazionali, fra loro alternative, violano il principio dell'equo compenso e la normativa rubricata che allo stesso dà attuazione.

Ed invero, al di là dell'ipotesi del confronto con i parametri fissati dal d.m. n. 55/2014, tutte le altre tipologie di motivazione in ordine alla congruità, o meno, del compenso del legale prescindono del tutto dal rispetto dell'art. 19 *quaterdecies*, co. 3, del d.l. n. 148/2017 (conv. con l. n. 172/2017), nonché dell'art. 13-*bis* della l. n. 247/2012 e, dunque, ben possono condurre a sue pattuizioni ben lontane dalla determinazione di un compenso equo.

Infatti, la spesa per precedenti affidamenti, o gli oneri riconosciuti da altre amministrazioni, o, ancora, le somme indicate nei due o più preventivi acquisiti, ben possono riferirsi a dei compensi non equi in quanto non proporzionati alla quantità e alla qualità del lavoro da svolgere, al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione legale, e non conformi ai parametri previsti dal DM n. 55/2014, requisiti questi che, ai sensi dell'art. 13-*bis*, co. 2, della l. n. 247/2012, rendono equo il compenso dell'avvocato.

Tale eventualità, invero, è tutt'altro che remota ove solo si consideri, da un lato, che, sino all'entrata in vigore del principio dell'equo compenso (avvenuta solo sul calare del 2017), le p.a. sono spesso riuscite a "spuntare" compensi ben al di sotto dei parametri di cui al DM n. 55/2014 e tutt'altro che proporzionati, *in peius*, alla quantità, alla qualità, al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione legale affidata; dall'altro, che, pur nella vigenza dell'art. 13-*bis* della l. n. 247/2012, l'ordinamento, al di là della nullità delle clausole considerate vessatorie ai sensi dei commi 4, 5 e 6 dell'art. 13-*bis* e dei suoi possibili risvolti disciplinari, non sanziona in alcun modo la pattuizione di compensi "non equi".

Ecco, dunque, che ritenere assolto l'obbligo di motivazione, gravante sulle Amministrazioni in vista del rispetto del principio di economicità, attraverso il riferimento ai confronti con la spesa o gli oneri di altri affidamenti di servizi legali, ovvero alle valutazioni comparative di almeno due preventivi, significa non tener conto, in alcun modo, del rispetto del principio dell'equo compenso.

Peraltro, a ben vedere, persino il richiamo ai parametri fissati dal DM 55/2014 non appare, *ex se*, capace di dare piena attuazione al principio dell'equo compenso in materia di affidamento dei servizi legali. Ai sensi dell'art. 13-*bis* della L. 247/2012, la conformità a tali parametri rappresenta uno solo degli elementi di valutazione in base ai quali considerare equo il compenso dell'avvocato, unitamente alla proporzione alla quantità ed alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione legale: ebbene, di tali ulteriori parametri di valutazione della equità, o meno, del

compenso, nessuna traccia vi è nelle linee guida impugnate.

Infine, come già accennato, non va sottaciuto – ed il rilievo rischia di essere sconcertante – come l’elencazione, sia pur esemplificativa, delle tipologie di motivazione finalizzate a dimostrare il rispetto del principio di economicità nell’affidamento dei servizi legali di cui all’art. 17 del Codice riguarda, esclusivamente, la sola congruità del compenso dell’avvocato e non anche la sua equità: evidente, dunque, la violazione dell’art. 19 *quaterdecies*, c. 3, del DL 148/2017 (conv. con L. 172/2017), nonché dell’art. 13-*bis* della L. 247/1992, non a caso mai richiamati da ANAC.

IV. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 1 L. 241/90. Violazione dei principi di efficacia ed economicità dell’azione amministrativa. Violazione e/o falsa applicazione art. 3 L. 241/90. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza. Carenza di istruttoria. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 19 *quaterdecies*, c. 3, del DL n. 148/2017 (conv. con L. 172/2017), nonché dell’art. 13-*bis* della L. 247/1992.

Il paragrafo 3.1.3 delle Linee guida disciplina le modalità di costituzione di elenchi di avvocati da consultare in vista dell’affidamento di un servizio legale di cui all’art. 17, co. 1, lett. d), del Codice.

Secondo l’ANAC, l’iscrizione in tali elenchi degli avvocati interessati “*deve essere consentita senza limitazioni né temporali, né quantitative*”.

La previsione di elenchi “sempre aperti a tutti” è invalida per violazione dei principi di efficacia ed economicità dell’azione amministrativa, così come attentamente rilevato dal Consiglio di Stato nel parere n. 02017/2018.

Il Supremo Organo consultivo, infatti, ha suggerito (invano!) la predisposizione di un elenco ristretto di professionisti o studi legali, comunque idoneo a garantire un effettivo confronto concorrenziale, atteso che un elenco ampio risulta troppo oneroso e complesso da gestire per la p.a., in contrasto proprio con i generali principi di efficacia ed economicità di cui all’art. 1, L. 241/90.

Al contrario, il provvedimento impugnato, in totale assenza di motivazione sul

punto, si pone in “frontale contrasto” con il parere del Consiglio di Stato, accogliendo una soluzione interpretativa diametralmente opposta a quella fatta propria dal Consesso consultivo.

Sempre il paragrafo 3.1.3, nell’individuare i criteri sulla cui scorta operare la selezione dall’elenco degli avvocati ivi iscritti contempla, sia pur in via residuale per l’ipotesi di sostanziale equivalenza tra diversi profili professionali, il criterio del “costo del servizio”.

Anche in questo caso nessun riferimento al principio dell’equo compenso ed alla relativa normativa applicativa viene operato, con la conseguenza che, persino per tale ipotesi, il corrispettivo della prestazione professionale affidata ben potrebbe essere non proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro da svolgere, al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione legale, nonché non conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al DM adottato ai sensi dell’art. 13, c. 6, della L. 247/2012.

Evidente, dunque, la violazione dell’art. 19 *quaterdecies*, c. 3, del DL 148/2017 (conv. con L. 172/2017), nonché dell’art. 13-*bis* della L. 247/1992.

V. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 36 d.lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 3 L. 241/90. Motivazione contraddittoria, ambigua e perplessa. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza. Carenza di istruttoria.

Il paragrafo 3.1.4.1 delle Linee guida, nell’ammettere l’affidamento diretto nei casi di consequenzialità tra incarichi o di complementarietà con altri, specifica che tale possibilità di affidamento diretto deve essere “*indicata nel bando o nell’avviso relativo all’affidamento del primo incarico, con richiesta di formulazione dell’offerta anche per la prestazione opzionale*”.

La specificazione appena riportata è illegittima sotto diversi angoli prospettici.

In primo luogo per discostarsi, in totale assenza di qualsivoglia motivazione, dal parere del Consiglio di Stato n. 02017/2018 (paragrafo 8) che, correttamente, ammette l’affidamento diretto giustificato dalla complementarietà o

conseguenzialità “*se ben motivato in tal senso*”. Per il Consiglio di Stato, dunque, affinché l’affidamento diretto giustificato dalla complementarità o consequenzialità sia valido è sufficiente che la p.a. motivi puntualmente in ordine alla effettiva sussistenza dei caratteri di complementarità o consequenzialità del successivo incarico rispetto a quello già conferito.

Non una parola ANAC spende per giustificare il radicale superamento del parere reso dai Giudici di Palazzo Spada.

In secondo luogo, l’opzione accolta dalle linee guida è, *ex se*, in contrasto con lo stesso istituto dell’affidamento diretto che, come noto, ai sensi dell’art. 36 del d.lgs. 50/2016 incontra un solo limite: quello del valore della commessa che non deve superare i 40.000 Euro.

Peraltro, la soluzione coniata da ANAC rievoca la figura dell’affidamento di nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all’operatore economico aggiudicatario di un appalto iniziale sulla base di un confronto concorrenziale avviato a seguito della pubblicazione di un bando o di un avviso.

Senonché, tale fattispecie nulla ha a che vedere con l’affidamento diretto, potendo la stessa consentire l’uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell’art. 63, c. 5, DLgs 50/2016.

Evidenti sono, sul punto, la contraddittorietà, la ambiguità e la perplessità delle Linee guida.

VI. Violazione e/o falsa applicazione Direttiva n. 2014/24/UE. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 4, 17 e 80 d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per contraddittorietà. Violazione e/o falsa applicazione art. 3 L. 241/90. Eccesso di potere per carenza d’istruttoria.

Linee guida, al paragrafo 3.1.5, nell’occuparsi della tematica dei requisiti di moralità, affermano che “*la stazione appaltante ha comunque l’obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti generali di cui al citato articolo 80*”.

Molteplici i vizi di legittimità che affliggono tale passaggio.

Anche in questo caso, viene in rilievo, in prima battuta, l'insanabile contrasto con il parere del Consiglio di Stato, secondo cui (paragrafo IX parere n. 02017/2018), la verifica dei “*requisiti di moralità*” avrebbe dovuto “*essere lasciata alla esclusiva competenza dell'ordine professionale: ciò comporta che la preclusione all'affidamento dell'incarico può ammettersi solo in caso di sanzione disciplinare irrogata dall'ordine professionale*”.

In totale assenza di motivazione e senza nemmeno citare la posizione espressa dal Supremo Consesso consultivo, ANAC ritiene, invece, che, sia pur in maniera meno rigorosa, le Amministrazioni debbano verificare il possesso in capo ai concorrenti dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice.

Inoltre, la soluzione accolta sul punto dalle Linee guida è, insanabilmente, contraddittoria ed in contrasto, sotto altro profilo, con il predetto parere.

Proprio in adesione di quest'ultimo, le linee guida n. 12/2018, mutando l'originario orientamento espresso nel documento di consultazione, affermano che i servizi legali di cui all'art. 17, co. 1, lett. d), del Codice, costituiscano dei contratti d'opera professionale, assoggettati non già al rispetto dell'intero corpo normativo di cui al d.lgs. 50/2016, bensì, solo ed esclusivamente, ai principi dettati dal suo art. 4 per i contratti esclusi.

Violate risultano, poi, la direttiva n. 2014/24/UE, nonché la legge n. 247/2012 recante la “*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*”.

La Direttiva n. 2014/24/UE, come ampiamente dedotto sub I, esclude dal suo ambito di applicazione proprio i servizi di rappresentanza in giudizio, nonché quelli di consulenza legale fornita in preparazione di un giudizio (Cfr. art. 10, lett. d., Dir. 2014/24/UE).

Inoltre, fra gli interessi curati dalla L. 247/2012, spiccano quelli di consentire l'accesso e la permanenza nella professione di avvocato ai più meritevoli e a chi esercita effettivamente la professione, di garantire una maggiore qualificazione e preparazione dei professionisti, di assicurare la trasparenza verso i cittadini ed

un maggiore controllo sulla correttezza (cfr. art. 1, c. 2, L. 247/2012).

In conclusione, esigere che le s.a. verifichino in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti generali di cui all'art. 80 del dlgs 50/2016 in vista dell'affidamento delle prestazioni di cui al suo art. 17, co. 1, lett. d), comporta:

- contraddire le stesse Linee guida nella parte in cui, correttamente, qualificano le prestazioni suddette in termini di contratto d'opera professionale;
- violare l'art. 4 del medesimo Codice che non richiama, affatto, il citato art. 80;
- violare la direttiva 2014/24/UE che esclude dal suo ambito di applicazione proprio i servizi di rappresentanza in giudizio, nonché quelli di consulenza legale fornita in preparazione di un giudizio;
- violare la specificità della funzione difensiva nonché la primaria rilevanza giuridica dei diritti alla cui tutela essa è preposta, per come emergenti dalla precipua disciplina in tema di Ordinamento forense.

VII. Violazione e/o falsa applicazione direttiva n. n. 2014/24/UE. Violazione e/o falsa applicazione L. 247/2012.

Al paragrafo 3.1.7., le Linee guida affermano che le s.a., in vista dell'affidamento dei contratti d'opera professionale di cui all'art. 17, c. 1, lett. d), hanno facoltà, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, di richiedere requisiti minimi:

- di idoneità professionale;
- di capacità economica e finanziaria;
- di capacità tecniche e professionali.

Al fine di dare concreto supporto alle stazioni appaltanti, il paragrafo suddetto rinvia alle indicazioni formulate nel paragrafo 3.2.4.

Sul punto le Linee guida scontano i medesimi vizi articolati nel precedente motivo che, anche in ossequio ai doverosi canoni di sinteticità, qui si abbiano per integralmente riportati e trascritti.

Ma v'è di più.

La previsione secondo cui le Amministrazioni possono richiedere requisiti

minimi di idoneità professionale è portatrice di ulteriore autonoma lesività, atteso che la stessa (previsione) manca di considerare, in radice, le peculiarità di esercizio della professione forense.

Infatti, al di là dell'iscrizione all'Albo dei patrocinanti innanzi alle Magistrature superiore, le s.a. non possono certo richiedere ulteriori requisiti minimi di idoneità professionale, pena la violazione delle regole proprie dell'Ordinamento forense secondo cui l'unico requisito professionale richiesto e richiedibile è quello della iscrizione all'Albo degli avvocati o, al più, a quello dei patrocinatori innanzi alle Magistrature superiori.

Con la conseguenza che la previsione è, certamente, illegittima nella parte in cui assegna alle stazioni appaltanti la facoltà di coniare ulteriori requisiti minimi di idoneità professionale.

*

C. DELLA ILLEGITTIMITA' IN TEMA DI SERVIZI LEGALI DI CUI ALL'ALLEGATO IX DEL CODICE CONTRATTI PUBBLICI.

VIII. Violazione e/o falsa applicazione art. 12 RD 2440/1923. Difetto assoluto di attribuzione. Violazione e/o falsa applicazione art. 3 L. 241/90. Violazione del principio di autonomia organizzativa delle singole pubbliche amministrazioni. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza. Carenza di istruttoria.

Nella “*Premessa*” delle Linee guida, l'ANAC, nel tracciare la distinzione fra “appalto di servizi legali” e “contratto d'opera professionale”, afferma che l'appalto di servizi legali dovrebbe avere “di regola” la durata del triennio.

Il riferimento ad un'ipotetica e tendenziale durata massima pari a tre anni dell'unità di tempo considerata per la gestione del contenzioso in modo continuativo o periodico è illegittimo sotto svariati profili.

In primo luogo, per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 12 del r.d. n. 2440/1923 – previsione a tutt'oggi in vigore ed applicabile alla generalità dei contratti dei pubblici poteri – secondo cui la durata delle “*spese ordinarie non*

può oltrepassare i nove anni". D'altronde, la durata "di regola di tre anni" è prevista, esclusivamente, per le tassative ipotesi di cui all'art. 63, c. 3, lett. b), del dlgs 50/2016, il che conferma, in generale, che il limite massimo di durata di un contratto "pubblico" è quello di nove anni.

In secondo luogo, per difetto assoluto di attribuzione atteso che ANAC ha, di fatto, introdotto una previsione innovativa dell'ordinamento senza essere titolare di alcun potere normativo.

In terzo luogo, per inesistenza e/o carenza della motivazione atteso che non vengono indicati i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche, per come emergenti dall'istruttoria, che hanno portato l'Autorità a coniare il termine triennale qui contestato.

Peraltro, la violazione del generale obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi risulta davvero intollerabile ove solo si consideri che il Consiglio di Stato, nel parere n. 02017/2018 del 03/08/2018, si è riferito al triennio quale durata predeterminata dell'appalto di servizi legali a titolo meramente esemplificativo, nel mentre l'espressione "*di regola*", utilizzata da ANAC, finisce per assegnare alla durata triennale valore tendenzialmente vincolante. Nessuna motivazione si legge nel provvedimento gravato circa le ragioni che hanno portato ANAC a modificare la posizione espressa dal Supremo Consesso Consultivo il cui parere, in conseguenza di una carente istruttoria, risulta, sul punto, del tutto obliterato o, comunque, frainteso.

Infine, la previsione tendenzialmente inderogabile della durata triennale del periodo di svolgimento di un appalto di servizi legali finisce, irrimediabilmente, per violare il principio di autonomia organizzativa di cui ciascuna p.a. - attraverso l'esercizio di poteri ampiamente discrezionali - gode in ordine alla individuazione dei propri bisogni organizzativi.

IX. Violazione e/o falsa applicazione della L. 247/2012; dell'art. 3 L. 241/90; del dlgs 50/16. dell'art. 19 *quaterdecies*, c. 3, DL 148/2017 (conv. con L. 172/2017) e dell'art. 13-*bis* della L. 247/1992.

Le gravate Linee guida, al paragrafo 3.2.6., sia pur suggerendo l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sembrano consentire anche l'utilizzo del criterio del minor prezzo per i soli contratti di valore inferiore a 40.000 euro.

Si tratta di previsione illegittima.

In primo luogo, perché in contrasto con il parere n. 02017/2018 del Consiglio di Stato (paragrafo X) che, proprio in considerazione delle peculiarità del servizio legale, aveva invitato ANAC ad individuare il criterio di aggiudicazione in quello dell'offerta più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo anche in relazione ai contratti di valore inferiore ai 40.000 euro. Peraltro, gli *stakeholders* intervenuti nel dibattito successivo alla pubblicazione del documento di consultazione avevano evidenziato puntuali ragioni ostative all'applicazione del criterio di aggiudicazione del massimo ribasso anche per tali affidamenti. Ma anche sul punto alcuna motivazione viene offerta da ANAC.

In secondo luogo, perché in contrasto con la giurisprudenza formatasi sul punto che, muovendo dalla netta preferenza assegnata dalla direttiva 2014/24/UE ai criteri di aggiudicazione che si fondano su un complessivo apprezzamento del miglior rapporto qualità/prezzo, ha ritenuto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa <<...più agevolmente coniugabile con il disposto dell'art. 2233, 2° comma, cod. civ. che – nel disciplinare il contratto d'opera intellettuale, cui è pur sempre riconducibile l'attività legale – dispone che “in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione”>>, con la conseguenza che il criterio del prezzo più basso “...non è compatibile con le disposizioni dell'art. 95 del Codice poiché il legislatore ne ha reso possibile l'applicazione solo in presenza di prestazioni ripetitive ovvero standardizzate, connotati questi che certo non possono ritenersi propri dell'attività legale che si caratterizza, invece, proprio per la peculiarità e specificità di ciascuna questione, sia contenziosa o stragiudiziale” (così TAR Lecce, sez. II, 31 maggio 2017, n. 875).

Infine, il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, anche per i soli contratti di valore inferiore ai 40.000 euro, si pone in insanabile contrasto con l'art. 19 *quaterdecies*, c. 3, DL n. 148/2017 (conv. con L. 172/2017), nonché con l'art. 13-*bis* della l. n. 247/1992.

All'applicazione del criterio del minor prezzo, infatti, consegue che l'aggiudicatario di un appalto di servizi legali risulterà essere, inevitabilmente, l'avvocato "capace" di realizzare la maggiore "corsa al massimo ribasso", con l'altissima probabilità (se non proprio certezza) che il corrispettivo professionale così venutosi a determinare non sia proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro da svolgere, al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione legale, nonché non sia conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al DM adottato ai sensi dell'art. 13, c. 6, della L. 247/2012.

Non va sottaciuto, infine, come, proprio alla luce della specificità dei servizi legali, le Linee guida avrebbero dovuto rimarcare, se non proprio "caldeggiare", l'applicazione della previsione di cui al c. 7 dello stesso art. 95 che, come noto, consente un confronto competitivo esclusivamente in base a criteri qualitativi.

Senonché, alcun riferimento a tale previsione codicistica viene fatto nell'atto di regolazione gravato, nonostante, da un lato, la sua portata generale, dall'altro, la sua capacità intrinseca di rappresentare solido "baluardo" di una effettiva applicazione del principio dell'equo compenso.

X. Violazione e/o falsa applicazione della L. 247/2012. Violazione e/o falsa applicazione dei principi di trasparenza e pubblicità. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 L. 241/90. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifeste. Carezza dell'istruttoria. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19*quaterdecies*, c. 3, del DL 148/2017 (conv. con L. 172/2017), nonché dell'art. 13*bis* della L. 247/1992.

Il paragrafo 3.2.7 delle Linee guida n. 12/2018 individua i seguenti criteri di valutazione delle "offerte" per l'affidamento dei servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice:

- a) professionalità e competenza;
- b) caratteristiche metodologiche dell'offerta desunte dal progetto globale e dall'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico, in grado di soddisfare al meglio le aspettative della stazione appaltante;
- c) ribasso percentuale unico indicato nell'offerta economica;
- d) titoli accademici o professionali attinenti alla materia oggetto del servizio legale oggetto di affidamento.

Illegittimi risultano essere i criteri *sub b)* e *c)*.

Sul criterio sub b).

Il criterio *sub b)*, in primo luogo, risulta del tutto inapplicabile in ordine agli incarichi di difesa giurisdizionale.

È sin troppo noto che, nei procedimenti giudiziari, le modalità di svolgimento della prestazione difensiva dipendono, esclusivamente, dall'Organo giurisdizionale adito alla cui esclusiva "sfera di dominio" appartengono, in particolare, la tempistica e le modalità di svolgimento della lite.

Gli aspetti della prestazione difensiva "dipendenti" dall'avvocato che, in prima battuta, si riescono ad immaginare sono, da un lato, quelli del rispetto dei termini processuali; dall'altro, quelli inerenti gli obblighi di informazione del cliente durante lo svolgimento dell'incarico difensivo.

Ebbene, relativamente ai primi (aspetti), andrebbe premiato l'avvocato che anziché promuovere una lite ovvero costituirsi in essa nell'ultimo giorno utile secondo la specifica disciplina processuale, migliori tale tempistica assicurando dei tempi più ristretti. E' evidente come una soluzione di tal sorta finisca per minare la compiutezza e la pienezza dell'esercizio dello stesso diritto di difesa atteso che l'avvocato, per poter rispettare la "miglioria" offerta, dovrebbe avere un tempo più ristretto per la proposizione di una controversia (così, magari, trascurando e tralasciando argomenti difensivi essenziali o anche solo utili ad una migliore difesa del proprio cliente); ovvero, dovrebbe anticipare la propria

costituzione in giudizio, così sortendo non solo gli effetti negativi appena stigmatizzati, ma finendo, davvero paradossalmente, per avvantaggiare la parte avversaria che avrebbe più tempo per prendere posizione sulle argomentazioni difensive della parte resistente o convenuta costituitasi anticipatamente rispetto ai termini di legge!

Senza considerare, poi, che tali aspetti non possono, seriamente, essere nemmeno pronosticati dall'offerta per l'affidamento di un servizio legale di cui all'Allegato IX del Codice. Tali prestazioni legali, infatti, sono quelle che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 17, comma 1, lett. d), del Codice, con la conseguenza che il contenzioso ad essi inerente è solamente potenziale e futuro: è l'ipotesi, come specificato dal Consiglio di Stato e dalle stesse Linee guida, in cui l'Amministrazione decide di affidare ad un avvocato il contenzioso di una o più annualità a fronte del pagamento di un corrispettivo determinato forfettariamente. Ebbene, davvero non si comprende come l'offerta possa, seriamente, valutare tempistiche di giudizi non solo non ancora pendenti ma, in realtà, in alcun modo nemmeno immaginabili!

Quanto ai secondi aspetti di cui innanzi (obblighi di informazione), appare davvero poco credibile che l'avvocato che informa il proprio cliente un minuto dopo aver compiuto l'adempimento processuale garantisca una prestazione difensiva migliore rispetto al legale che, in ipotesi, procede a tale informazione ventiquattro ore dopo!

E' "migliore" l'avvocato che articola difese le più compiute ed articolate possibile, aspetti, questi, che non possono certo essere valutati, *ex ante*, da una pubblica Amministrazione dalle quali, come noto, non dipende nemmeno l'esito del giudizio: appartiene al comune sentire la consapevolezza che, spesso, difese di grande livello non sono in grado di evitare la soccombenza in giudizio che, specie nei giudizi di "resistenza" dei pubblici poteri, dipendono dalla qualità degli atti adottati o dei comportamenti posti in essere dagli stessi (pubblici poteri). Se, infatti, un Giudice amministrativo annulla un provvedimento

amministrativo ovvero se un Giudice ordinario condanna un'Amministrazione al risarcimento dei danni patiti da un cittadino caduto in una buca del marciapiedi, ciò non dipende, nella maggior parte dei casi, dalla qualità della prestazione difensiva, bensì dall'assenza di qualità della complessiva azione amministrativa. In secondo luogo, il criterio di valutazione *sub b)* risulta di difficile applicazione anche in ordine alle prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale che pure sostanziano i servizi legali di cui all'Allegato IX del Codice.

Infatti, è agevolmente prevedibile che il confronto competitivo sulle modalità di svolgimento dei servizi legali di consulenza e di assistenza si articoli sul numero di ore e/o di giornate di assistenza e consulenza orale che l'Avvocato si impegna a svolgere presso la sede dell'Amministrazione, con conseguente rischio che le modalità di svolgimento della prestazione in questione finisca per "mascherare", impropriamente, forme di lavoro subordinato e/o parasubordinato, in spregio alla imperativa normativa in tema di accesso ai pubblici impieghi.

Quanto, poi, alla consulenza scritta, l'unico profilo delle sue modalità di svolgimento che sembra poter formare oggetto di un confronto competitivo pare essere quello della sua tempistica: valgano, al riguardo, le tesse critiche negative già formulate in ordine alla tempistica di produzione degli atti giudiziari.

Peraltro, gli *stakeholders* intervenuti nel dibattito successivo alla pubblicazione del documento di consultazione avevano evidenziato puntuali ragioni ostative all'applicazione del criterio in questione. Ma anche sul punto alcuna motivazione viene offerta da ANAC.

Sul criterio sub c).

Anche il criterio di valutazione *sub c)* - ribasso percentuale unico indicato nell'offerta economica – è illegittimo nella parte in cui non viene coordinato con il rispetto del principio dell'equo compenso.

Pure in questo caso, l'avvocato che conseguirà il massimo punteggio relativo all'elemento di valutazione del prezzo sarà quello più "capace" nel realizzare la maggiore "corsa al massimo ribasso"!

Il tutto in violazione del principio dell'equo compenso che, in considerazione della natura di norma generale sia dell'art. 13-*bis* della L. 247/2012, sia del comma 3 dell'art. 19*quaterdecies* del DL 148/2017, non può non trovare applicazione anche in vista degli affidamenti dei servizi legali inquadrabili nell'All. IX del Codice.

Peraltro, gli *stakeholders* intervenuti nel dibattito successivo alla pubblicazione del documento di consultazione avevano evidenziato puntuali ragioni ostative all'applicazione del criterio in questione. Ma anche sul punto alcuna motivazione viene offerta da ANAC.

XI. Violazione e/o falsa applicazione della L. 247/2012. Violazione e/o falsa applicazione dei principi di trasparenza e pubblicità. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della L. 241/90. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifeste. Carenza dell'istruttoria. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19*quaterdecies*, c. 3, del DL n. 148/17 (conv. con L. 172/17), nonché dell'art. 13*bis* della L. 247/1992.

Il punto 3.2.9 delle gravate Linee guida, dedicato all'offerta economica delle procedure di affidamento dei servizi legali di cui all'All. IX del Codice, sconta tutti i vizi già denunciati nel precedente motivo di ricorso a cui, per evidenti ragioni di sinteticità, sia consentito rinviare e che qui si abbiano per integralmente riportati e trascritti.

*

D. DELLA ILLEGITTIMITA' IN TEMA TANTO DI SERVIZI LEGALI EX ART. 17, COMMA 1, LETTERA D), QUANTO DI SERVIZI LEGALI DI CUI ALL'ALLEGATO IX DEL CODICE CONTRATTI PUBBLICI

XII. Violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifeste. Carenza dell'istruttoria.

Le impugnate Linee guida sono illegittime anche nella parte in cui mancano di supportare le stazioni appaltanti in ordine ad un aspetto dell'affidamento dei servizi legali, comune ad entrambe le tipologie di cui si compongono (servizi

legali *ex art. 17* e servizi legali di cui all'All. IX).

Tanto nel caso in cui il servizio legale sia un incarico conferito *ad hoc* per la trattazione di una singola controversia o questione (art. 17 Codice), quanto nell'ipotesi in cui il servizio legale consista nell'affidamento della gestione del contenzioso in modo continuativo o periodo per un'unità di tempo considerata (All. IX Codice), le linee guida n. 12 mancano, del tutto, di offrire alle stazioni appaltanti dei chiarimenti circa le modalità attraverso cui determinare "a monte" il corrispettivo da porre, in prima battuta, a base della procedura di scelta dell'avvocato.

Le stazioni appaltanti, invero, nel momento in cui devono affidare un servizio legale, hanno prioritaria necessità di stabilire quale è il corrispettivo da porre a base del confronto concorrenziale, sia che si svolga attraverso la c.d. *short list* (servizi legali *ex art. 17*), sia che si articoli mediante una procedura di affidamento di un appalto di servizi in senso stretto (servizi legali di cui all'All. IX).

Ed invero, anche nel caso in cui l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17 del Codice avvenga attraverso l'uso di elenchi di professionisti, le Linee guida impongono, sempre e comunque, la scelta dell'avvocato "a valle" di un confronto concorrenziale sia pur ristretto tra i professionisti iscritti negli elenchi stessi.

Peraltro, la necessità di determinare "a monte" il corrispettivo dell'avvocato sussiste anche, e soprattutto, nei casi di affidamento diretto del servizio - ammessi tanto per i servizi legali *ex art. 17* (paragrafo 3.1.4 linee guida n. 12), quanto per i servizi legali di cui all'All. IX di valore inferiore ai 40.000 euro (paragrafo 3.2.1 linee guida n. 12) – in cui è la stazione appaltante stessa a determinare, unilateralmente, il corrispettivo da riconoscere all'avvocato beneficiario dell'affidamento diretto avendo il potere di non accettare alcuna forma di negoziazione sul suo ammontare. D'altronde, sia pur in relazione ai soli servizi legali di cui all'All. IX, le Stazioni appaltanti devono, preventivamente,

quantificare l'importo del corrispettivo da porre a base di gara persino anche al fine di stabilire la soglia di rilevanza del servizio legale e, conseguentemente, le procedure da seguire per il suo affidamento: se il valore stimato sarà inferiore ai 40.000 euro, potranno procedere con l'affidamento diretto; se sarà compreso fra i 40.001 ed i 750.000 euro potrà essere affidato attraverso le procedure c.d. sottosoglia; se supererà i 750.001 euro, l'affidamento avverrà secondo le ordinarie procedure di scelta del contraente.

Si tratta di una lacuna non giustificabile, illogica ed irragionevole, ove solo si ponga mente al fatto che proprio relativamente a tale tipologia di appalto legale, ogni potenziale offerente deve essere messo in condizione di essere a conoscenza di tutte le informazioni necessarie all'appalto in modo tale da consentire un'offerta completa ed adeguata. Si pensi alla tipologia (materia, valore, ecc.) o quantità del contenzioso potenziale da affidare, dati, questi, che ben possono essere determinati dalla stazione appaltante, sia pur presuntivamente, prendendo in considerazione il contenzioso e l'attività di assistenza legale degli anni precedenti.

Peraltro, e tanto evidenzia una grave carenza istruttoria, la giurisprudenza amministrativa occupatasi della questione ha annullato delle procedure di gara per l'affidamento di servizi legali di cui all'All. IX in cui la stazione appaltante ha mancato di fornire i dati statistici, desunti dall'attività svolta negli anni precedenti, attraverso cui individuare, nel modo più esatto possibile, la qualità e quantità dell'attività giudiziale e/o stragiudiziale da affidare: l'applicazione dei principi di trasparenza e di pubblicità, come detto, richiedono che ogni potenziale concorrente sia in grado di conoscere tutte le informazioni necessarie all'appalto in modo tale da presentare un'offerta consapevole (Tar Lecce sentenza n. 875/2017).

Ebbene, le linee guida non offrono alle stazioni appaltanti alcuna indicazione di tal sorta così lasciandole libere di coniare procedure di affidamento di servizi legali in contrasto con i principi di trasparenza e pubblicità pure declinati dalle

stesse linee guida.

Peraltro, il semplice richiamo all'art. 13-*bis* della l. n. 247/2012 sarebbe stato sufficiente a colmare la lacuna sin qui stigmatizzata.

Il citato articolo, infatti, considera equo il compenso dell'avvocato che sia non solo conforme ai parametri di cui al d.m. n. 55/2014, ma che risulti anche proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione legale e, dunque, agli stessi elementi di valutazione che, secondo la riportata giurisprudenza, consentono la presentazione di una offerta completa ed adeguata.

Ma su tali fondamentali aspetti dell'affidamento dei servizi legali le linee guida n. 12 nulla dicono nonostante che gli *stakeholders* intervenuti nel dibattito successivo alla pubblicazione del documento di consultazione avevano evidenziato puntuali ragioni tese a colmare le lacune sin qui stigmatizzate. Ma anche sul punto alcuna motivazione viene offerta da ANAC.

La mancanza censurata nel presente motivo è, infine, afflitta da ingiustificabile disparità di trattamento.

Con le Linee guida n. 1, dedicate ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, ANAC si è correttamente premurata di indicare, fra le operazioni preliminari che le stazioni appaltanti devono porre in essere in vista dell'affidamento di tali servizi, la determinazione del corrispettivo da porre a base di gara (punto 1.4 e 2 del paragrafo III *Indicazioni operative*). In particolare, secondo quanto si legge nelle citate Linee guida, sono proprio i principi di trasparenza e correttezza a rendere “*obbligatorio riportare nella documentazione di gara il procedimento adottato per il calcolo dei compensi posti a base di gara, inteso come elenco dettagliato delle prestazioni e dei relativi corrispettivi. Ciò permette ai potenziali concorrenti di verificare la congruità dell'importo fissato, l'assenza di eventuali errori di impostazione o calcolo*”.

Ebbene, nonostante i servizi di architettura e ingegneria condividano la stessa

natura dei servizi legali (sono entrambi servizi di natura intellettuale), le impugnate Linee guida non si occupano, affatto, della imprescindibile questione della determinazione del corrispettivo da porre a base di gara per l'affidamento dei servizi legali!

Evidenti sono, sul punto, le ingiustificabili disparità di trattamento, illogicità ed irragionevolezza del provvedimento impugnato.

* * *

Tutto ciò premesso, i ricorrenti, come in epigrafe rappresentati, difesi ed elettivamente domiciliati

CHIEDONO

che l'on.le TAR adito annulli gli atti impugnati, previa occorrendo rinvio pregiudiziale alla GUCE e/o rimessione degli atti alla Corte Costituzionale per le questioni di compatibilità comunitaria e costituzionale poste nella parte finale del motivo di ricorso sub A.

Con vittoria di spese ed onorari di giudizio.

Con ogni salvezza.

I sottoscritti difensori dichiarano che la controversia in esame rientra nei giudizi di cui all'art. 119, comma 1, lett. b), del DLgs n. 104/2010 di valore indeterminabile e pertanto il contributo unificato anticipato è pari ad euro 650,00 e che le copie analogiche utilizzate per la notifica in proprio ai sensi dell'art. 7 della Legge 21 gennaio 1994 n. 53 dall'Ufficio Poste Lecce Centro, sono conformi all'originale nativo del presente atto.

Lecce-Roma, 10/01/19

Avv. Valeria Pellegrino

Avv. Giuseppe Misserini

.....