

Conferimento di patrocinio legale

L'affidamento degli incarichi di patrocinio legale da parte della Pubblica Amministrazione: applicazioni pratiche per la soluzione ai contrasti interpretativi

di Iacopo Cavallini e Maria Orsetti - Università di Pisa

La natura e le modalità di conferimento del patrocinio legale da parte di una Pubblica Amministrazione risultano, a tutt'oggi, particolarmente controverse. È ancora oggetto di dibattito, infatti, se gli incarichi in esame possano essere affidati *intuitu personae*, in quanto ricadenti nella fattispecie dei contratti d'opera intellettuale, oppure se debbano essere oggetto di una procedura comparativa in quanto appalti di servizi. E anzi, è proprio la puntuale esclusione dell'assistenza e difesa in giudizio dall'appalto di servizi, operata dal «Codice Appalti» (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ss.mm.ii.), a generare un netto contrasto interpretativo.

Il contributo ricostruisce le diverse posizioni giurisprudenziali e professionali in materia, per poi proporre alcune soluzioni concrete al fine di dirimere la *vexata quaestio*.

La natura e le modalità di conferimento del patrocinio legale da parte di una PA: appalto di servizi o contratto d'opera professionale?

Come premesso, natura e modalità di conferimento del patrocinio legale da parte della Pubblica Amministrazione risultano tuttora particolarmente controverse, nonostante il tenore letterale dell'art. 17 del D.Lgs. n. 50/2016. Questa disposizione annovera, infatti, tra le categorie escluse dall'applicazione del

medesimo Codice degli appalti cinque tipologie di servizi legali, tra cui, alla lettera d), n. 1), la rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'art. 1 della Legge 9 febbraio 1982, n. 31 (1). Anche a fronte di questa chiara previsione normativa è ancora oggetto di dibattito se gli incarichi in esame possano essere affidati *intuitu personae*, in quanto contratti d'opera intellettuale, oppure se debbano essere oggetto di una procedura comparativa perché appalti di servizi (2). Anzi, è proprio la puntuale qualificazione

(1) Libera prestazione di servizi da parte degli avvocati cittadini degli Stati membri delle Comunità europee (in G.U. Serie Generale n. 42 del 12 febbraio 1982).

(2) Con riferimento alla normativa previgente (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) il Consiglio di Stato - sez. V, con la sentenza 11 maggio 2012, n. 2730 distingueva tra:

- attività di consulenza legale che, in quanto caratterizzata dalla predeterminazione della durata del rapporto, dalla complessità dell'oggetto, e dalla continuità, richiede una struttura organizzativa complessa e, pertanto, deve essere affidata tramite evidenza pubblica;

- difesa o assistenza in un singolo giudizio, qualificabile come contratto d'opera intellettuale e pertanto sottratta alle procedure previste nel codice degli appalti.

Pertanto, "la scelta fiduciaria del patrocinatore legale è esclusivamente soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione". In tal senso anche la prevalente giurisprudenza amministrativa, per la quale è configurabile un appalto di servizi legali quando "l'affidamento non si esaurisca nel patrocinio legale o episodico dell'amministrazione, ma si configuri come modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e

dell'assistenza e difesa in giudizio, operata dal D.Lgs. n. 50/2016, come fattispecie esclusa dagli appalti di servizi, a generare un netto contrasto interpretativo tra la giurisprudenza contabile confortata da ANAC, Consiglio di Stato e Consiglio Nazionale Forense.

La posizione della Corte dei conti e dell'Anac

Secondo la Corte dei conti - sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, *ex multis* nella Delibera n. 35/2018, la qualificazione degli incarichi in esame come appalti di servizi sarebbe maggiormente in linea con l'ordinamento comunitario, che prevede una nozione di questa figura contrattuale più ampia rispetto a quella nazionale. Conseguentemente, l'affidamento dovrebbe avvenire secondo i principi generali di cui all'art. 4 del predetto Codice, ovvero economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità: *"L'applicazione anche al singolo patrocinio della disciplina dei principi summenzionati, conferma l'orientamento consolidato di questa Corte in merito all'impossibilità di considerare la scelta dell'avvocato esterno all'ente come connotata da carattere fiduciario"*.

Questa impostazione è del tutto in linea, peraltro, con la ricostruzione fornita dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nella delibera n. 1158 del 9 novembre 2016 (3) e nelle emanande Linee Guida sull'affidamento dei servizi legali (attualmente in fase di consultazione). Secondo ANAC, la legislazione comunitaria non distingue - ricomprendendole in un'unica generale nozione di appalto pubblico di servizio legale - tra singola difesa in giudizio e attività di consulenza legale, prescindendo dalla nozione civilistica nazionale e attraendo anche *"negozi qualificabili come contratto d'opera o contratto d'opera intellettuale"* (4). E la qualificazione del patrocinio legale *ex art. 17 D.Lgs. n. 50/2016* come appalto di servizi impone *"il necessario rispetto dei principi generali che informano l'affidamento degli appalti pubblici, esplicitati nell'art. 4 del D.Lgs. n. 50/2016, e la conseguente impossibilità di procedere attraverso affidamenti fiduciari (...) in cui è sufficiente dimostrare il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa"* (5). Tuttavia,

questa impostazione presenta un difetto di coerenza: dall'applicazione dei soli suddetti "principi generali" discende l'elaborazione di regole che vengono definite "minime", ma che, in realtà, tali non sono; esse, infatti, configurano una vera e propria procedura selettiva, analoga a quella dei contratti non esclusi dall'ambito della normativa in materia di appalti.

Infatti, dall'applicazione del principio di economicità l'Autorità fa discendere la necessità di confrontare due o più preventivi; inoltre, *"la stazione appaltante deve garantire una procedura di aggiudicazione equa e imparziale"* (6). Il principio di trasparenza e parità di accesso costituisce «l'occasione» per affermare l'obbligo di garantire la pubblicità dell'avviso sul sito internet istituzionale, e per prevedere *"termini adeguati per la presentazione della manifestazione d'interesse o dell'offerta e un approccio trasparente e oggettivo, di modo che tutti i concorrenti conoscano in anticipo le regole applicabili e abbiano la certezza che tali regole saranno applicate nello stesso modo a tutti gli operatori"* (7).

Allo scopo di dare concreta attuazione ai suddetti principi si prevede la necessità per le stazioni appaltanti *"di applicare sistemi di qualificazione, ovvero la redazione di un elenco di operatori qualificati mediante una procedura trasparente e aperta oggetto di adeguata pubblicità da cui selezionare, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare offerta"* (8); a questo elenco si deve attingere applicando il principio di rotazione, derogabile, solo in casi di urgenza, con l'estrazione a sorte. Infine, *"nell'ambito delle richiamate procedure, la stazione appaltante può non esigere il medesimo rigore formale di cui all'art. 80 e gli stessi vincoli procedurali; essa ha comunque l'obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti di moralità previsti dell'art. 80"*. (9)

Si consente, comunque, l'affidamento diretto in tre casi, in realtà riconducibili a due sole fattispecie: a) *"consequenzialità tra incarichi"* e *"complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento"*; b) *"l'affidamento diretto per ragioni di urgenza"*. Per i servizi non ricompresi nell'art. 17 la disciplina applicabile è contenuta nell'allegato IX - art. 140 del Codice (10). Questa

articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce" (*ex multis*, TAR Campania - Salerno, sez. II, sentenza 28 maggio 2015, n. 1197).

(3) *Costituzione del nuovo Elenco degli avvocati per la rappresentanza e difesa in giudizio delle società del Gruppo Equitalia - rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 50 del 2016 - richiesta di parere.*

(4) Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, parere 30 maggio 2016, n. 162.

(5) Delibera ANAC n. 1158/2016, pag. 5.

(6) Cfr. *ibidem*.

(7) Cfr. *ibidem*.

(8) *Ibidem*

(9) *Ivi* pag.7

(10) Sono i servizi giuridici che si articolano in:

- consulenza giuridica e di rappresentanza;
- consulenza in materia di brevetti e diritti d'autore;
- documentazione e certificazione giuridica;
- consulenza e informazione giuridica;
- servizi amministrativi connessi ai tribunali.

tipologia di servizi, qualora al di sotto delle soglie di cui all'art. 35, comma 1, lett. d) e comma 2, lett. c) del Codice - rispettivamente, euro 750.000 nei settori ordinari ed euro 1.000.000 nei settori speciali - devono essere affidati secondo quanto previsto dalle disposizioni codicistiche per gli affidamenti sotto soglia. Se al di sopra si tali soglie, si applica quanto previsto dagli artt. 140 (settori speciali) e 142 (pubblicazione degli avvisi e bandi) del D.Lgs. n. 50/2016, ovvero un regime pubblicitario alleggerito.

Gli orientamenti del Consiglio Nazionale Forense e del Consiglio di Stato

Di segno completamente opposto a quanto descritto fin qui, è l'orientamento del Consiglio di Stato e del Consiglio Nazionale Forense (11). Quest'ultimo, chiamato proprio dai giudici di Palazzo Spada (12) a esprimere un parere sulle predette linee guida, fornisce una lettura nettamente diversa delle stesse norme comunitarie richiamate dall'Autorità. In particolare la Direttiva 24/2014/UE, al paragrafo n. 25, precisa che *“Tali 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. (...) Tali servizi legali dovrebbero pertanto essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva”*. In altre parole, il diritto comunitario è chiaro nel sottrarre alcuni servizi legali, tra cui la rappresentanza in giudizio, dalla disciplina dell'evidenza pubblica. Non vi sarebbe, quindi, alcun superamento della distinzione tra contratto d'opera e contratto di appalto - che è propria, invece, del diritto interno - attraverso un'unica e più generale nozione comunitaria di appalto pubblico di servizi legali, come delineata dall'ANAC; piuttosto, si prende atto che la rappresentanza in giudizio di un cliente, anche se Pubblica Amministrazione, da parte di un avvocato, non può che essere *intuitu personae* stante il suo carattere fiduciario, con conseguente ricaduta sul regime di scelta del legale che non potrà che essere mediante affidamento diretto. Infatti, *“la rappresentanza in giudizio, il rapporto di mandato, la potenziale proiezione processuale di una certa attività legale sono ciò che fa di una prestazione qualcosa di infungibile, di personale e strettamente fiduciario, di non predeterminabile, di non confrontabile sulla base di giudizi comparativi*

né tantomeno di formule matematiche” (parere del Consiglio Nazionale Forense, 15 dicembre 2017).

Se il rapporto in esame non godesse di questo regime di specialità e non fosse, pertanto, sottratto alle procedure di evidenza pubblica, non vi sarebbe differenza con l'altra tipologia di servizi legali, che sono invece tenuti nettamente distinti dal D.Lgs. n. 50/2016 *“nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art. 17, comma 1, lett. d)”*: i servizi, cioè, diversi da quelli disciplinati nell'art. 17 medesimo, che ai sensi del combinato disposto di cui all'Allegato IX e degli artt. 140 ss. del Codice Appalti, sono sottoposti a un regime procedimentale di evidenza pubblica semplificato.

Inoltre, le argomentazioni dell'ANAC sulla procedura mediante cui affidare il singolo patrocinio non sarebbero convincenti neppure laddove fanno discendere l'obbligo di una procedura comparativa dall'applicazione dell'art. 4 D.Lgs. n. 50/2016. Questa norma, nel caso dei servizi legali in esame, imporrebbe solo il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa; in altre parole, la Pubblica Amministrazione deve comunque ricorrere a una valutazione ponderata nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, e anche trasparente, attraverso una motivazione e l'acquisizione del *curriculum* del professionista. Appare al riguardo condivisibile l'affermazione del Consiglio Nazionale Forense secondo cui *“Non si vede perché questi principi debbano essere una cosa diversa, al punto di stilare un modello di gara”*.

Anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 2017 del 3 agosto 2018 formulato ancora una volta sulle emanande Linee Guida ANAC, conforta la posizione del Consiglio Nazionale Forense attraverso ulteriori argomentazioni. In particolare, esistono due tipologie di contratti che possono essere stipulati da una Pubblica Amministrazione con un professionista di ambito legale:

- ove essa sia di grandi dimensioni, o se gestisce specifici settori che possono generare contenziosi frequenti, oltretutto della medesima tipologia oppure in serie, potrà aver bisogno di un'assistenza continuativa resa da uno o più professionisti in forma organizzata, che si occupano dell'intera «massa» di contenzioso;

- ove essa sia di piccole dimensioni, o se gestisce attività eterogenee e solo occasionalmente soggette a contenzioso, avrà invece la necessità di conferire singoli incarichi a un professionista individuato per quello specifico patrocinio.

(11) Cfr. il parere adottato nella seduta amministrativa del 15 dicembre 2017.

(12) Che si sono poi pronunciati con il parere del 6 ottobre 2017 n. 2109, ANAC - *Autorità nazionale anticorruzione. Linee guida per l'affidamento dei servizi legali*.

Nel primo caso, ad avviso del Consiglio di Stato la fattispecie si attaglia perfettamente alla nozione di appalto di servizi di cui agli artt. 1655 e segg. Cod. civ., consistendo “nella messa a disposizione di una organizzazione di natura imprenditoriale (fornita da un singolo professionista o in una qualsiasi delle forme associate previste dal nostro ordinamento) al fine di soddisfare in maniera indifferenziata i bisogni via via emersi circa una rappresentanza o consulenza giuridica o documentazione giuridica o certificazione non connessa a una questione o a un affare predeterminato, ma conseguente all’insorgere della necessità e quindi del bisogno nel corso del tempo”.

Il secondo caso, invece, corrisponde a un contratto d’opera professionale di cui agli artt. 2229 e segg. Cod. civ., esplicandosi in una prestazione da eseguire “con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente (...) secondo un incarico non continuativo o periodico ma puntuale ed episodico, destinato a soddisfare un singolo bisogno manifestatosi (la difesa e rappresentanza in una singola causa)”. Soltanto nei casi di appalto di servizi legali propriamente inteso si applicano le regole poste dall’allegato IX del Codice degli Appalti, attraverso il richiamo agli artt. 140, 142, 143 e 144: trattasi di procedure semplificate, attinenti soprattutto la pubblicità attraverso cui le Pubbliche Amministrazioni dovrebbero affidare l’intero contenzioso che le riguarda, per un arco di tempo definito (il periodo congruo è individuato in un triennio), a professionisti preferibilmente organizzati in forma associata che, «trattando» diverse materie e dunque in virtù delle variegate competenze di cui dispongono, possono assicurare una complessiva attività di assistenza legale e far fronte a qualsiasi tipo di contenzioso (13).

I casi definiti «tecnicamente» come contratti d’opera professionale rientrano, invece, nella categoria degli «esclusi» di cui all’art. 17 del D.Lgs. n. 50/2016; questa disposizione, infatti, si estende anche a fattispecie contrattuali giuridicamente non rientranti nell’appalto, come ad esempio l’acquisto o la locazione (comma 1, lett. a): conseguentemente, devono sottostare al rispetto dei principi di cui all’art. 4 del

Codice. Tuttavia, il Consiglio di Stato è critico circa l’ampiezza con cui essi vengono interpretati e applicati dall’ANAC; in particolare, si ritiene che l’elenco dei professionisti debba essere predisposto in forma ristretta, anche se comunque sufficiente a consentire un adeguato confronto concorrenziale: “Un elenco ampio sarebbe oneroso e complesso da gestire per l’amministrazione in contrasto con i principi di efficacia e economicità dell’azione amministrativa.”

Anche il criterio di scelta deve essere orientato a valorizzare, anzitutto, il curriculum e l’esperienza professionale in funzione delle specifiche e concrete esigenze della stazione appaltante, privilegiando una pregressa positiva collaborazione, e solo da ultimo, allorché sia riscontrabile una sostanziale equivalenza di competenze, il «prezzo più basso».

Si suggerisce, pertanto, il superamento del principio di rotazione, in favore di quello dell’equa ripartizione. Il primo, infatti, mal si coniuga sia con la doverosa scelta in base alle competenze tecniche necessarie alla fattispecie concreta, sia con un affidamento diretto correttamente motivato: “Soltanto in presenza di incarichi di minore rilevanza, anche per la loro eventualità serialità, è possibile coniugare il criterio della competenza con quello della rotazione”. Il secondo, invece, offre spazio alla “attribuzione ragionata degli incarichi in funzione della loro natura, delle caratteristiche del professionista”, attraverso una scelta discrezionale da parte della Pubblica Amministrazione.

Infine, anche il Consiglio di Stato configura l’affidamento diretto come eccezionale, e circoscritto a ipotesi in cui il contenzioso presenti elementi particolari tali da richiedere uno specifico legale, in possesso di pertinenti competenze professionali e che non fa parte né dello studio associato cui è affidato l’intero contenzioso dell’Ente, né dell’elenco di professionisti predisposto da quest’ultimo. I giudizi di Palazzo Spada ritengono, però, che le ipotesi configurate dall’ANAC siano meramente residuali (14), e che “la particolarità che possa giustificare l’affidamento diretto deve essere diversa e strettamente collegata alla natura della controversia (si pensi, a solo titolo

(13) Anche se, in parziale contraddizione con tali enunciazioni, si richiede che i requisiti tecnico-professionali non siano particolarmente restrittivi, al fine di non penalizzare gli studi associati nei quali siano presenti professionisti con minore esperienza.

(14) “Quanto alla prima situazione - consequenzialità e complementarità tra incarico precedentemente affidato ed incarico da affidare - non potrà in concreto più verificarsi affidando l’amministrazione l’intero contenzioso ad un professionista o ad un unico gruppo di professionisti. Del tutto residuale sarà il caso di precedente incarico affidato quando non era stato ancora scelto uno studio per gestire l’intero contenzioso ovvero l’elenco dei professionisti non era ancora stato costituito. Una nuova valutazione, anche in presenza di consequenzialità e complementarità degli

incarichi, appare, pertanto, doverosa. Va da sé che anche, nel caso in cui l’Amministrazione abbia proceduto all’appalto o alla istituzione dell’elenco, potrà aversi l’affidamento diretto giustificato dalla complementarità o consequenzialità, se ben motivato in tal senso. Quanto alla seconda situazione - ragioni di urgenza - vale quanto esposto in precedenza: affidare l’intero contenzioso ad un unico gruppo di professionisti (come anche istituire un elenco di professionisti sempre disponibili alla bisogna) significa proprio evitare le difficoltà connesse al reperimento, in tempi celeri, di un avvocato disponibile a trattare la controversia che necessita di immediata trattazione. Anche tale considerazione, per incidere, corrobora la individuazione di queste come le migliori pratiche. Né, d’altro canto, il ritardo con cui l’amministrazione si sia

esemplificativo, ad una questione nuova non ancora esaminata dalla giurisprudenza)".

Possibili soluzioni dei contrasti interpretativi: conclusioni

Alla luce di queste critiche, a nostro parere pienamente condivisibili, è auspicabile che l'ANAC provveda a una revisione delle Linee Guida in materia. A ogni buon conto, si tratta comunque di fonti non vincolanti in base al sistema gerarchico delle fonti del diritto, che secondo quanto espresso dal Consiglio di Stato (comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855) (15) hanno natura di provvedimenti amministrativi generali. Le predette Linee Guida sono state emanate, infatti, ai sensi dell'art. 213, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 e, quindi, nell'ambito del potere di regolazione proprio delle Autorità amministrative indipendenti (come, per l'appunto, l'ANAC). L'affidamento del patrocinio legale non può sottostare alle specifiche disposizioni di dettaglio dettate per le procedure di gara, essendo espressamente negata - mediante la dicitura "contratti esclusi" - l'applicazione delle stesse dal tenore letterale dell'art. 17. E anche la normativa comunitaria, in particolare il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea di cui la Direttiva n. 24 del 2014 sugli appalti pubblici costituisce essa stessa attuazione, non è competente a procedere sulla corretta qualificazione delle fattispecie contrattuali nazionali (essendo tale materia riservata agli Stati membri), ma solo quella di garantire la libera concorrenza e la libera circolazione di merci e servizi. La predetta Direttiva, al paragrafo 25, come egregiamente illustrato nel parere sopra riportato del Consiglio Nazionale Forense esclude che la rappresentanza di clienti in giudizio da parte di avvocati possa essere assegnata mediante le norme sugli appalti. E al paragrafo 116 spiega ulteriormente che *"Taluni servizi legali riguardano esclusivamente questioni di puro diritto*

nazionale e sono pertanto offerti (...) solo da operatori ubicati negli Stati membri interessati ed hanno pertanto anche una dimensione limitatamente transfrontaliera. Dovrebbero, pertanto rientrare solo nel regime alleggerito, con una soglia di 750.000 euro" (soglia oltre la quale si ritiene, invece, che potrebbero essere di interesse per studi legali di altri Stati).

Pertanto, l'esigenza comunitaria di garantire la libera circolazione di merci e servizi e di tutelare la concorrenza sembra, in questo campo, estremamente affievolita se non inesistente. E comunque, da questa attenta lettura del diritto sovranazionale si evince come il legislatore comunitario estrometta, anche rispetto alla disciplina semplificata, i servizi totalmente esclusi dall'art. 10, lettera e) *bis* della Direttiva citata (trasfusi poi nell'art. 17, lett. d), D.Lgs. n. 50/2016); né la Direttiva n. 24/14 prevede una norma simile del tenore dell'art. 4 del Codice degli appalti, che impone per le fattispecie escluse il rispetto, quanto meno, dei principi generali in esso contenuti.

In altri termini, nella normativa comunitaria non vi è traccia per i contratti esclusi di imposizione di regole, mentre per gli altri servizi legali si prescrivono procedure semplificate se al di sopra di una soglia elevata e assai superiore rispetto a quella - attualmente 221.000€ - applicata in via ordinaria agli appalti pubblici.

Se, come sembra, il rispetto dell'art. 4 del D.Lgs. n. 50/2016 per le fattispecie di cui all'art. 17 è stato il frutto di una scelta operata del legislatore italiano ma non imposta dal diritto comunitario, e se - com'è del tutto evidente - non è compito dell'Unione Europea definire le singole fattispecie contrattuali degli Stati membri (come sopra evidenziato), merita ricordare che la legislazione nazionale contiene una norma speciale, che disciplina procedure e modalità di scelta del contraente da parte di una pubblica amministrazione nei casi di

eventualmente ridotta a conferire, anche se, e soprattutto se, trattasi di rito abbreviato o brevissimo sia nel civile che nell'amministrativo, può giustificare una deviazione, a questo punto colpevole, dalle regole".

(15) I Giudici di Palazzo Spada con il parere citato hanno escluso il carattere normativo *extra ordinem* delle Linee Guida, facendole rientrare negli "altri atti di regolamentazione flessibile" di cui alla Legge delega n. 11 del 2016 per l'adozione del nuovo Codice dei Contratti, e ciò in ragione dell'assenza di un chiaro fondamento per un'innovazione di tale portata nel nostro sistema delle fonti del diritto: *"Questo Consiglio di Stato ritiene, invece, preferibile l'opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l'ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, 'di*

regolazione'. Tale ricostruzione consente di chiarire e di risolvere una serie di problemi sul piano applicativo. In primo luogo, essa non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti ed erga omnes di tali atti dell'ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lett. t), che come si è detto parla di "strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante". In secondo luogo, tale assimilazione consente di assicurare anche per questi provvedimenti dell'ANAC tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità Indipendenti, in considerazione della natura 'non politica', ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del 'principio di legalità sostanziale' con un più forte rispetto di criteri di 'legalità procedimentale'. Tra queste ... l'obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di 'consultazione'. Per ultimo, ma non da ultimo, resta confermata la piena giustificabilità delle linee guida dell'ANAC di fronte al giudice amministrativo, peraltro affermata chiaramente già dalla legge delega."

contratti d'opera professionale: ovvero, l'art. 7 commi 6 e segg. del D.Lgs. n. 165/2001 (Testo Unico sul Pubblico Impiego) (16).

Pertanto, sembra potersi concludere che per il patrocinio legale, come per le altre fattispecie elencate all'art. 17, lett. d) del Codice degli appalti, qualora si configurino come contratto d'opera intellettuale ex art. 2229 e segg. Cod. civ., la normativa applicabile sia rinvenibile nel suddetto D.Lgs. n. 165/2001. Mentre nei casi in cui esse abbiano le caratteristiche ex art. 1655 Cod. civ. degli appalti di servizi, perché svolti in maniera continuativa, solitamente per una durata predeterminata, attraverso un'organizzazione di più persone e affidati in serie per la medesima tipologia di contenziosi, la normativa da applicare va rintracciata nel D.Lgs. n. 50/2016 e precisamente nel combinato disposto degli artt. 17 e 4.

Le fattispecie residuali di servizi legali, non elencati nell'art. 17, rientrano nell'allegato IX relativamente ad attività connotate dallo svolgimento in forma organizzata e/o continuativa. Si tratta dei servizi legali che *“nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'art.*

*17, comma 1, lett. d)”, ai sensi del combinato disposto di cui all'Allegato IX citato e degli artt. 140 ss., sono sottoposti a un regime procedimentale di evidenza pubblica semplificato, e comunque affidabili con procedure negoziate ex art. 36, comma 2, lett. b) ove di importo inferiore alla soglia comunitaria (750.000€). L'impostazione così definita appare, peraltro, del tutto in linea con l'orientamento della Corte di cassazione (17) e del Consiglio di Stato (18), i quali ammettono che il soggetto preposto al conferimento del mandato al legale sia il Sindaco. Secondo «gli ermellini», infatti, il momento che genera - ex art. 1372 Cod. civ. - il sorgere dei diritti e obblighi reciproci è rappresentato dallo specifico accordo sottoscritto dal sindaco stesso, che potrebbe anche non coincidere con il deliberato della Giunta o di altri soggetti coinvolti nel processo decisionale. Queste argomentazioni, sulla base delle quali sarebbe il Sindaco a individuare il Legale, non paiono *ex se*, almeno astrattamente, conciliabili con gli obblighi di esperire procedure per il conferimento di incarichi sulla base del Codice dei contratti.*

(16) In occasione del Convegno UPI-ANCI Piemonte, tenutosi a Torino il 20 gennaio 2017, si arriva a concludere che:

1) i contratti d'opera o di opera intellettuale, non qualificabili come appalti ai sensi del D.Lgs. n. 50 del 2016, sono disciplinati, nei presupposti e procedure di affidamento, dall'art. 7, commi 6 e seguenti, del D.Lgs. n. 165 del 2001;

2) i servizi legali elencati all'art. 17 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (nonché gli altri contratti d'opera intellettuale ivi indicati, come i servizi d'arbitrato e di conciliazione), ove affidati ad un professionista che espleta la prestazione con attività prevalentemente personale, sono soggetti anch'essi alle regole previste dal testo unico sul pubblico impiego;

3) i servizi legali elencati nel predetto art. 17, ove affidati a un operatore economico che espleta la prestazione mediante un'organizzazione in forma di impresa, sono soggetti ai principi, di

concorrenza e trasparenza, indicati all'art. 4 del D.Lgs. n. 50 del 2016;

4) gli altri servizi legali, non compresi nell'elenco di cui all'art. 17, ricadono, in virtù dell'Allegato IX del D.Lgs. n. 50 del 2016, nella disciplina prevista dagli artt. 140 e seguenti del Codice dei contratti, che prescrive l'osservanza di predeterminate regole di evidenza pubblica solo oltre la soglia dei 750.000 euro (cfr. art. 35, comma 1, lett. d). Per quelli di importo inferiore, si ritengono applicabili, in analogia a quanto prescritto dall'art. 4 per i cosiddetti contratti esclusi, i medesimi principi (D. Centrone, *Il conferimento di incarichi di consulenza e collaborazione da parte degli enti locali e delle società partecipate, alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 50 del 2016, e del testo unico sulle società pubbliche, D.Lgs. n. 175 del 2016*).

(17) Cass. civ., sentenza 19 novembre 2014, n. 24654.

(18) Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 01954/2014.